

EN LO PRINCIPAL: APORTA ANTECEDENTES

EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: TÉNGASE PRESENTE

EN EL TERCER OTROSÍ: TÉNGASE PRESENTE

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO YBAR ABAD, abogado, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, en autos caratulados "**Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. sobre operación de concentración**", Rol NC N° 384-10 acumulado a los autos Rol NC N° 385-10, a este H. Tribunal, con respeto, digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal, respecto de las consultas (las "**Consultas**") formuladas en autos por Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. (en adelante individualmente "**Soprole**" y "**Nestlé**" y conjuntamente, las "**Consultantes**")

Para estos efectos, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante e indistintamente la "**Fiscalía**" o "**FNE**") analizará la operación consultada, los mercados relevantes afectados, la concentración que se produce en cada uno de ellos, sus condiciones de entrada, y los riesgos para la competencia que la operación podría generar, así como la evaluación de las medidas de mitigación de acuerdo con los criterios establecidos en su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, en adelante la "**Guía**". Para recabar los antecedentes pertinentes, esta Fiscalía inició, de oficio, con fecha 1 de diciembre de 2010, la investigación Rol N° 1799-10 respecto de la operación de concentración consultada (la "**Investigación**")

Asimismo, se revisarán los argumentos esgrimidos por las Consultantes como contrapesos a los riesgos que la operación pueda generar.

El siguiente es el análisis de la Fiscalía Nacional Económica:

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. RESUMEN EJECUTIVO	5
ii. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN CONSULTADA	25
A. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.	25
1. Partes de la operación consultada	25
2. El Convenio de Alianza	28
3. Negocios desarrollados por Soprole y Nestlé en Chile.	32
4. El Joint Venture	35
5. El Acuerdo Marco	40
6. Antecedentes Judiciales de las Consultas	45
II. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN SEGÚN MERCADO	47
A. MERCADO DE APROVISIONAMIENTO Y PROCESAMIENTO DE LECHE	47
1. Aprovisionamiento de Leche Cruda	47
1.1. Descripción de la Industria de Producción de Leche en Chile	47
1.2. Aspectos relacionados con la entrada a la producción lechera	52
1.3. Evolución de los Predios Lecheros	58
1.4. Movilidad de Productores entre Plantas Procesadoras	59
1.5. Precios pagados por las Plantas Procesadoras	62
1.5.1. Regulación emanada de la Sentencia N° 7	62
1.5.2. Correlación entre el precio nacional e internacional de la leche	64
1.5.3. Existencia de seguimiento de precios en el mercado	70
1.5.4. Existencia de competencia por captación de productores entre Soprole y Nestlé	74
2. Procesamiento de Leche para Elaboración de Productos Lácteos	76
3. Mercado Relevante	79
3.1. Mercado Relevante de Producto	79
3.2. Mercado Relevante Geográfico	79
4. Concentración y Umbrales	89
5. Condiciones a la entrada	92
5.1. Barreras a la entrada.	93
5.2. Tiempo y suficiencia	95
5.3. Comportamiento estratégico	96
6. Riesgos para la Competencia	96
6.1. Medidas de mitigación propuestas por las Consultantes	98
B. MERCADO DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS	113
1. Descripción de la Industria	113
2. Mercado Relevante	119
2.1. Mercado Relevante de Producto	119
2.1.1. Mercado del yogur batido, yogur más cereal y yogur más agregado.	126

2.1.2.	Mercado de los probióticos, yogures funcionales y diet.	131
2.1.3.	Petit Suisse	135
2.1.4.	Postres Refrigerados	138
2.1.5.	Leche Líquida	141
2.1.6.	Crema de Leche	147
2.1.7.	Mantequilla y Margarina	150
2.1.8.	Queso Fresco	151
2.1.9.	Queso Maduro	152
2.1.10.	Manjar	153
2.1.11.	Jugos y Néctares	155
2.2.	Mercado Relevante Geográfico	156
3.	Concentración y Umbrales	156
3.1.	Mercados de Yogur	157
3.2.	Petit Suisse	159
3.3.	Postres Refrigerados	161
3.4.	Leche Líquidas	162
3.5.	Crema de Leche	163
3.6.	Mantequilla y Margarina	165
3.7.	Queso Fresco	165
3.8.	Queso Maduro	166
3.9.	Manjar	167
3.10.	Jugos y Néctares	168
4.	Condiciones a la Entrada al Mercado	169
4.1.	Barreras a la Entrada	170
4.1.1.	Barreras Legales	171
4.1.2.	Costos Hundidos	171
4.2.	Tiempo y Suficiencia de la Entrada	178
4.2.1.	Tiempo de Consolidación de la Marca	178
4.2.2.	Escala Mínima Eficiente de Producción	184
4.2.3.	Afianzamiento y Desarrollo de una Red de Distribución	185
4.2.4.	Escasas Probabilidades de Acceso al Canal Tradicional	188
4.2.5.	Dificultades de acceso al Canal Supermercados	190
4.3.	Comportamiento Estratégico	195
4.3.1.	Proliferación de marcas	195
4.3.2.	Posibilidad de las empresas establecidas de cerrar espacios en los Supermercados	196
4.3.3.	Celebración de contratos de exclusividad con empresas de transporte	196
4.3.4.	Inscripción de marcas de potenciales entrantes internacionales	198
4.4.	Posibilidad de importaciones de productos lácteos y ampliación de las líneas de producción de otras empresas procesadoras	199
4.4.1.	Posibilidades de importación de productos lácteos	199
4.4.2.	Posibilidad de ampliación de las líneas de producción de las procesadoras.	201
5.	Riesgos para la Competencia	203
5.1.	Riesgos Directos a Consumidores	203
5.1.1.	Riesgo Unilateral en los mercados relevantes constituidos por los distintos tipos de yogur, postres lácteos refrigerados y petit suisse.	204
5.1.2.	Riesgo de abuso unilateral en el mercado de las leches líquidas	205
5.1.3.	Riesgo Coordinado en el mercado relevante de las cremas, manjar, yogur batido y diet.	212
5.2.	Riesgos Indirectos a Consumidores: Ejecución de Conductas estratégicas respecto de competidores establecidos	215
5.2.1.	Exclusión al acceso de insumos y de logística de distribución	215
5.2.2.	Exclusión del Canal Tradicional y del Canal Supermercados	217
6.	Contrapesos a los riesgos	219
6.1.	Eficiencias	219

6.1.1. Eficiencias productivas esgrimidas por las Consultantes	221
6.1.2. Eficiencias dinámicas esgrimidas por las Consultantes	224
6.1.3. Eficiencias dinámicas concretas propuestas por las Consultantes	228
6.2. Medidas de mitigación	229

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Con fecha 26 de noviembre de 2010, Soprole y Nestlé sometieron al conocimiento de este H. Tribunal una consulta sobre una operación de concentración consistente en la formación de un *joint venture* (el "JV"), cuya finalidad sería elaborar, comercializar y vender determinados productos lácteos, líquidos y refrigerados, quesos, jugos y néctares de fruta.
2. Según se analizará, la operación de concentración se enmarcaría dentro de un acuerdo global de cooperación que vincula a las entidades controladoras de las Consultantes, esto es, a Fonterra y a Nestlé Suiza, respecto del territorio americano.
3. Conforme a la información presentada por las Consultantes en estos autos, actualizada de acuerdo a presentación de éstas con fecha 2 de marzo de 2011, las líneas de negocios de productos lácteos líquidos y refrigerados que tanto Soprole como Nestlé contribuyen al JV son las que a continuación se indican:
 - (a) Productos aportados por Soprole al JV: Leches líquidas; leches cultivadas; yogurt; postres lácteos refrigerados y *petit suisse*; cremas (espesas y para batir); manjar; mantequilla y margarina; quesos (maduros y frescos) y quesillo; y jugos y néctares de fruta.
 - (b) Productos aportados por Nestlé al JV: Leches líquidas; leches cultivadas; yogurt; postres lácteos refrigerados y *petit suisse*; y cremas (espesas y para batir).

- (c) Plantas de Producción (y/o su equipamiento) de Soprole aportadas al JV:
 - (i) Planta de San Bernardo y su equipamiento; y (ii) Equipamiento Planta de Los Ángeles¹.
 - (d) Plantas de Producción (y/o su equipamiento) de Nestlé aportadas al JV:
Equipamiento de la Planta Macul.
4. Las Consultantes exponen que la operación de concentración tiene por objeto aprovechar las potenciales sinergias derivadas de la complementariedad existente entre ambas empresas. En efecto, se señala que Fonterra ha centrado sus negocios globales en la elaboración de ingredientes lácteos o *commodities*, mientras que Nestlé Suiza se ha dedicado a la producción y comercialización de productos de valor agregado.
5. Atendido lo anteriormente expuesto, las Consultantes esperan que por intermedio de la operación de concentración consultada, Soprole desarrolle de mejor manera el giro exportador que ha venido ejecutando principalmente a través de su filial Prolesur. Asimismo, se espera que a través del acceso a una masa crítica de consumidores superior a la que exhibe hoy en día, Nestlé potencie la elaboración en Chile de productos lácteos terminados, incorporando tecnología e innovación a los mismos.
6. Ahora bien, para el estudio de la operación de concentración de estos autos, debe efectuarse el análisis de la misma según mercado. Por ende, es menester primeramente examinar el mercado de aprovisionamiento y procesamiento de leche, según consta en el Capítulo III A de esta presentación. Así, en el marco de la Investigación, esta Fiscalía se abocó a recabar los antecedentes pertinentes de los montos de las inversiones necesarias para convertirse en un productor lechero. De acuerdo con información recibida, el tamaño mínimo eficiente para el ingreso de un

¹ La Planta de Los Ángeles es de propiedad de Cooperativa de Leche de Bío Bío ("Bioleche"), la cual arrienda dichas instalaciones a Soprole.

productor lechero es de 200 vacas. El siguiente Cuadro da cuenta de la inversión necesaria para instalar un plantel lechero de este tamaño.²

Cuadro A: Requerimientos para la instalación de una planta lechera de 200 vacas, en la X y XVI región (valores en miles de pesos)

Carga Animal: 1 vaca/año		Arriendo		Compra	
Hectáreas	200	\$ 100	\$ 20.000	\$ 5.000	\$ 1.000.000
Praderas	70	\$ 400	\$ 28.000		\$ 28.000
Vacas	200	\$ 100	\$ 20.000	\$ 500	\$ 100.000
Sala de Ordeña	1		\$ 100.000		\$ 100.000
Otras infraestructuras		\$ 100.000	\$ 100.000		\$ 100.000
Capital de Trabajo		\$ 70.000	\$ 70.000		\$ 70.000
		Total		\$ 1.398.000	

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados a la investigación

7. Adicionalmente, según esta Fiscalía pudo determinar, los predios de más de 200 vacas, que representan el 74% de la producción nacional de leche, han realizado considerables inversiones en capacidad productiva, fertilización de praderas y mejoramiento de genética, las que en opinión de la FNE constituirían costos hundidos. Las inversiones hundidas referidas involucran un monto anual por vaca de aproximadamente \$692.250, lo que para un productor con 200 vacas representa una inversión anual de aproximadamente \$138.450.000.

8. Debido a la existencia de costos hundidos, incluso en caso de drásticas bajas de precio resulta esperable que las lecherías sigan produciendo leche – incluso a pérdida- y perseverando en los negocios referidos con el objeto de no perder las inversiones realizadas, toda vez que muerto el espécimen de ganado bovino lechero, muere consigo todo el mejoramiento genético efectuado.

² Debe tenerse presente que el monto inicial de la inversión difiere considerablemente de si se arrienda o se compra la tierra.

9. Por lo mismo, cuando un productor decide abandonar la actividad lechera lo hace de manera definitiva. Al respecto, los productores lecheros que prestaron declaración ante esta Fiscalía, coinciden en que no se retorna a la producción de leche cruda una vez que se ha abandonado dicha actividad.

10. Respecto del grado de movilidad de los productores lecheros se encuentra que la cantidad de proveedores que rotaron entre las empresas procesadoras y receptoras de leche cruda es ínfima. Así, los datos de más de 4.400 proveedores de leche cruda que surtieron a seis empresas procesadoras entre los años 2003 a 2010, arrojan que un 97% de los productores sirvió a una sola empresa durante todo el período examinado³.

11. Por su parte, esta presentación contempla en su Capítulo III A sobre el mercado de aprovisionamiento de leche, una sección relativa a los precios pagados por las plantas procesadoras por la recepción de la leche cruda desde los predios de los productores. Como bien podrá apreciar este H. Tribunal, en dicho capítulo se evidencia de manera gráfica y estadística, con un análisis de correlaciones contemporáneas en niveles entre ambos precios de la leche cruda –nacional e internacional-, que durante el período del fuerte incremento del precio internacional de la leche, el mercado nacional de compra se comportó de manera desigual a como se venía comportando los seis años anteriores, debido a que el aumento en el precio internacional no se vio reflejado en los precios nacionales de compra. Lo anterior permite concluir, en una primera instancia, que los procesadores nacionales pudieron ejercer cierto poder de compra en este período, quedándose con las ganancias del mayor precio internacional, las que en su mayoría no fueron traspasadas a los productores.

³³ Al respecto, se hace presente que no obstante ser Prolesur un miembro vigoroso en el mercado de la compraventa de leche cruda, Soprole no proveyó a este H. Tribunal ni a esta Fiscalía los datos relativos a dicha filial, razón por la cual la estadística señalada no incluye a los productores que suministran leche cruda a Prolesur.

12. En este contexto, se analizan y evidencian las asimetrías existentes en el traspaso del precio internacional de la leche en polvo al precio de compra de leche interno. Asimismo, la FNE examinó estadísticamente si los precios de compra de leche de las distintas plantas son causados por los precios de compra de Soprole, y aplicando un test de causalidad de Granger, fue posible evidenciar que Soprole es la empresa procesadora líder en la determinación de los precios y en los movimientos al alza o a la baja de los precios de compra en el mercado nacional. Del mismo modo, se constató que existen zonas geográficas donde Nestlé compite con Soprole por la leche, pagando al efecto un precio base superior por la recepción de dicho insumo.

13. Ahora bien, conforme a la Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal de esta Fiscalía, se analizó el mercado relevante aguas arriba afectado por la operación de concentración, esto es, el de la recepción de leche fluida para procesamiento y elaboración de productos lácteos. Asimismo, con respecto al mercado relevante geográfico, esta Fiscalía mediante la aplicación de tests de correlación, el Test de Granger y un análisis econométrico, pudo concluir que el mercado relevante de compra de leche cruda tiene un alcance nacional, y no regional según lo aducen las Consultantes.

14. La existencia de un mercado relevante geográfico nacional de compra de leche, constituye un hecho que viene a demostrar que en la práctica, a pesar de que se observa escasa movilidad de productores de leche, y de que los altos costos de transporte de la leche impiden que sea rentable para las plantas procesadoras recolectarla más allá de un radio de influencia acotado, los precios de dicho insumo son fijados a nivel nacional, utilizando como referencia los precios de la Región de Los Lagos.

15. Del análisis gráfico efectuado por la FNE en este contexto, se colige que la evolución de los precios de la leche cruda sigue una tendencia similar en

cada una de las regiones en estudio. Lo anterior implicaría que existen determinantes comunes en los precios de compra de dicho insumo existentes en cada región.

16. Adicionalmente, la FNE analizó el coeficiente de correlación para medir el grado de relación, del tipo lineal, entre los precios pagados en diferentes regiones. De ello, resulta que los coeficientes son superiores o iguales a 0,97 para todas las correlaciones entre las regiones, estableciendo de esta forma, que existe una fuerte relación lineal positiva entre los precios. Lo anterior implica que un aumento del precio en un período del tiempo t en la región X, vendrá acompañado de un aumento en la región Y, en el mismo período.
17. Asimismo, esta Fiscalía analizó los coeficientes de correlación de la variación de los precios en cada una de las regiones en estudio. Como resultado de ello, se tiene que existe un alto coeficiente de correlación entre las regiones del país. En efecto, todos los coeficientes superan el nivel de 0,80. Lo anterior, evidencia a todas luces que las variaciones de los precios de compra se encuentran fuertemente relacionados entre las distintas regiones.
18. Ahora bien, habiendo analizado esta Fiscalía la concentración del mercado relevante de compra de leche cruda y sus umbrales, de acuerdo al índice HHI (**Herfindahl-Hirschman Index**) es posible concluir que el mercado de compra de leche es un mercado altamente concentrado, alcanzando los 2.096 puntos. Conforme se expondrá en este informe, la FNE es del parecer que atendidas las vinculaciones de propiedad existentes entre las partes, éstas tendrán interés en actuar como un sólo agente en este mercado. De ser esto efectivo, los indicadores de concentración posteriores a la operación de concentración, de materializarse ésta, se incrementarían en 1.648 puntos, alcanzando un índice HHI de 3.749, cifra indicativa de una concentración excesiva en la industria.

19. De igual manera, esta Fiscalía examinó las condiciones a la entrada del mercado de aprovisionamiento de leche cruda, centrandó su análisis en las condiciones necesarias para ser un procesador de leche cruda (no respecto de la distribución y comercialización de productos lácteos, lo cual se analiza posteriormente). De los antecedentes recabados fue posible concluir que los costos hundidos para iniciar el funcionamiento de una planta procesadora ascienden, en promedio, a US\$ 2,5 millones.
20. Respecto del tiempo y la suficiencia a la entrada, se pudo colegir que en relación a una planta que decida procesar insumos lácteos exclusivamente para la exportación de productos elaborados, una entrada suficiente estaría relacionada a la capacidad que tenga el nuevo entrante de captar productores y de comprar la leche a un precio competitivo con respecto a sus competidores, y de esta manera, lograr producir leche u otros productos lácteos para terceros, o bien, exportar sus productos a un precio competitivo.
21. Finalmente, en el referido capítulo se analizaron los principales comportamientos estratégicos que podrían afectar la entrada de nuevas plantas procesadoras de leche. De dicho estudio se tiene como resultado que tales comportamientos están dados por factores que impedirían que el entrante acceda a una masa crítica de productores, a saber, el otorgamiento de créditos u otros tipos de beneficios que generan cautividad en el productor que lo recibe, o bien, el incremento en los precios de compra de leche cruda a los potenciales proveedores del entrante (por la vía, por ejemplo, del pago a los proveedores de leche de bonos adicionales a la pauta de pagos).
22. Asimismo, en este capítulo se analizaron las medidas propuestas por las Consultantes a este H. Tribunal -originariamente en sus Consultas y a *posteriori* en la presentación antes singularizada- a fin de mitigar los potenciales riesgos de falta de independencia y de coordinación del JV, entre otras, la existencia de directores independientes, sus particulares mecanismos de selección, así como la sujeción voluntaria a las normas que

- en la materia rigen a las Sociedades Anónimas Abiertas. Respecto de dichas medidas, esta Fiscalía estimó que sin perjuicio de las mismas, el JV y sus personas relacionadas -en particular Nestlé, Soprole (y por tanto, Prolesur)-tenderán a actuar como una unidad y no como unidades económicas autónomas entre sí.
23. Lo anterior, obedece principalmente a que las medidas de gobierno corporativo propuestas no están estructuradas para mitigar los riesgos de libre competencia que generaría la operación⁴, y dado que la fiscalización de las mismas resulta compleja y onerosa.
24. Asimismo, esta Fiscalía determinó, desde una perspectiva de racionalidad económica y de la teoría de juegos, que no es sustentable entender que las decisiones del JV serán independientes de las que adopten sus personas relacionadas. Lo anterior, toda vez que la vinculación de facto que existirá entre Prolesur, Nestlé y el JV, conduce a que en la mayoría de las decisiones susceptibles de ser adoptadas en materia de precios de compra de leche, el bienestar individual de cualquiera de las tres empresas referidas vaya de la mano del beneficio colectivo de todas ellas⁵.
25. Por su parte, en el capítulo IV de esta presentación, la FNE analizó el mercado de la distribución y comercialización de productos lácteos, examinando, de conformidad con el Cuadro B a continuación, cada uno de los mercados relevantes de producto, los índices de concentración *ex ante* y

⁴ Es menester señalar que los mecanismos de administración societaria que contempla la Ley de Sociedades Anónimas, y que las Consultantes hacen aplicable al JV, están establecidos principalmente en protección de los accionistas minoritarios y no son atingentes a los riesgos de libre competencia que mediante ellas se pretenden mitigar, esto es, la falta de independencia y la potencial coordinación entre el JV y sus partes relacionadas.

⁵ Así, si el líder de precios fuese el JV habría razones para creer que ni Nestlé ni Prolesur querrán herir sus intereses quitándole productores, o produciendo un incremento en los precios pagados a éstos; Asimismo, si el líder fuese Prolesur, no convendría ni al JV ni a Nestlé competir por precios, toda vez que de hacerlo se incrementarían los costos del JV, que como sabemos adquirirá leche y mantequilla de Prolesur; Finalmente, si el líder de precios fuese Nestlé, no estaría en el interés del JV actuar de manera independiente de uno de sus dueños, el que, además, seguramente proveerá al JV de leche en polvo desde su planta en Los Ángeles.

ex post de la operación de concentración, así como la variación y las características de dichos mercados. Sobre la base de dichos datos, fue posible concluir cual es el nivel de riesgo, en términos de concentración de mercado, que el JV ocasionaría en los mercados constituidos por las líneas de productos contribuidas por las Consultantes al mismo.

**Cuadro B: Análisis de concentración de los productos lácteos
 aportados por las Consultantes al JV**

Resumen Canal supermercados

Mercado Relevante	HHI ex Ante	HHI ex post	Variación	Denominación	Características
Yogur Batido	2279	3445	1166	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 4
Probióticos	4202	8234	4032	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Yogur Diet	3152	3887	515	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 4
Petit Suisse	5861	8515	2654	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Postres Refrigerados	4271	8395	4124	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2

Resumen Canal Tradicional

Mercado Relevante	HHI ex Ante	HHI ex post	Variación	Denominación	Características
Yogur Batido	4548	7965	3417	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Probióticos	4687	9363	4676	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Yogur Diet	6062	8084	2022	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Petit Suisse	6805	9225	2420	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Postres Refrigerados	4315	8590	4275	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2

Resumen Otros Mercados

Mercado Relevante	HHI ex Ante	HHI ex post	Variación	Denominación	Características
Leches Líquidas	2468	2777	309	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 5
Cremas	2654	4836	1982	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 2
Mantequillas Margarina	2303	2303	0	No Supera Umbral	
Queso Fresco	2013	2013	0	No Supera Umbral	
Queso Maduro	1640	1640	0	No Supera Umbral	
Manjar	2812	4167,5	1356	Supera Umbral	Se fusionan los competidores 1 y 3
Jugos y Néctares	3138	3138	0	No Supera Umbral	

26. En este capítulo, la Fiscalía realizó un estudio detallado de las condiciones a la entrada al mercado de la comercialización y distribución de productos lácteos líquidos y refrigerados. A este respecto, la FNE considera que los principales costos hundidos de ingresar al mercado en análisis dicen relación con los costos de puesta en marcha y la inversión en publicidad y marketing,

la creación, desarrollo y afianzamiento de las marcas asociadas a dichos productos y las inversiones en investigación y desarrollo.

27. Adicionalmente, esta Fiscalía pudo concluir que el desarrollo de una marca potente, con cierta recordación en los consumidores, así como las inversiones en publicidad asociadas a ello, constituyen costos altísimos para un potencial nuevo entrante. Por lo demás, según se analizó en detalle, el incurrir en dichos costos hundidos no aseguran la permanencia eficaz y rentable del entrante o inversor en el mercado.
28. Asimismo, en el marco del análisis de la operación de concentración consultada, esta Fiscalía consideró que el tiempo y suficiencia a la entrada a la comercialización y distribución de los productos que conforman los mercados relevantes en estudio se verían perjudicados por el tiempo de consolidación de marca y los requerimientos de una escala mínima eficiente de producción, así como el afianzamiento y desarrollo de una red de distribución que le permita al entrante o nuevo competidor alcanzar redes de comercialización de sus productos. Asimismo, las escasas probabilidades de acceso al canal tradicional, así como las dificultades de acceso a los supermercados, fueron analizados como factores que obstaculizan la entrada a los mercados relevantes.
29. En el mismo acápite, esta Fiscalía analizó aquellos comportamientos estratégicos de las empresas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores a la industria de la comercialización y distribución de productos lácteos líquidos y refrigerados, las que eventualmente podrían ser utilizadas para impedir u obstaculizar el ingreso al mismo. Así, la FNE determinó como prácticas estratégicas que han dificultado la entrada o expansión de competidores, la proliferación de marcas, la posibilidad de las empresas establecidas de cerrar espacios en los canales de distribución, la celebración de contratos de exclusividad con empresas de transporte, y la inscripción de marcas de potenciales entrantes internacionales, conforme se expondrá en esta presentación.

30. Por su parte, esta Fiscalía se abocó a analizar los argumentos de las Consultantes en cuanto a que la posibilidad de importación de productos lácteos y la capacidad que tendrían las plantas procesadoras establecidas de ampliar sus líneas de producción serían elementos que tendrían la aptitud de disciplinar cualquier comportamiento explotativo del JV, concluyendo que las importaciones no son aptas para disciplinar el mercado interno y que ciertas líneas de productos implican tal grado de inversiones que los actuales competidores del JV difícilmente incurrirán en ella en el mediano plazo.
31. En su Capítulo III B.5 el informe analiza los riesgos asociados a la operación de concentración, determinando que la misma tiende a impedir de manera significativa la competencia dentro de la mayor parte de los mercados relevantes en que operaría el JV.
32. En efecto, se tiene que el principal riesgo asociado a la operación consultada es la creación de un ente que exhibe una posición de dominio en los mercados relevantes de los siguientes productos lácteos, buena parte de ellos con alto valor agregado: yogur con probióticos, yogur con cereal, yogur más agregado, yogur *diet*, postres refrigerados y petit suisse. La existencia de una posición de dominio implica que el JV tendrá la habilidad y los incentivos necesarios para incrementar los precios de los mercados relevantes referidos.
33. En particular, respecto de los distintos tipos de yogur, la combinación de las Consultantes a través del JV, implica la unión, en buena parte de los mercados, del primer y segundo actor, y la consiguiente eliminación de la presión competitiva ejercida por Nestlé, como principal competidor de Soprole. Respecto de los postres refrigerados y el *petit suisse*, las Consultantes son las únicas dos competidoras relevantes de la industria, cuya unión conforma, *de facto*, un monopolio. Todavía más, el informe da cuenta de que en el mercado de los postres refrigerados la competencia

actual entre Soprole y Nestlé es intensa, situación que se vería gravemente afectada con la materialización del JV.

34. Esta Fiscalía encontró, asimismo, riesgos de naturaleza unilateral en el mercado relevante de la leche líquida. Al respecto, en complemento al análisis de correlación entre las alzas y bajas pronunciadas de los precios internacionales de la leche cruda descrito anteriormente, la FNE analizó si las variaciones en los precios de la compra de leche cruda se traspasan al precio de venta de la leche líquida y, de esta manera, a los consumidores.
35. Examinada la evolución mensual de los precios pagados a los productores de leche, así como los datos de precios de venta mensual de leche líquida por parte de Soprole a supermercados, entre los meses de enero de 2004 a noviembre de 2010, en relación al precio de venta de la leche líquida, el resultado es asimétrico. Lo anterior significa que los cambios de precios de compra son transmitidos más que proporcionalmente hacia las alzas de precios de venta en comparación a las bajas. Así, durante el periodo comprendido entre julio 2008 y septiembre de 2009, mientras el precio de compra de la leche cruda y el precio del diesel caían en torno a un 30% su valor, el precio de venta de la leche líquida por parte de Soprole cayó en tan sólo un 11%, es decir, el precio de venta registró una variación de un tercio respecto de la variación de los principales insumos.
36. Lo anterior daría cuenta de una doble marginalización por parte de Soprole, tanto en el mercado de compra como en la venta de la leche líquida, lo que llevaría a presumir que Soprole exhibe una posición de dominio. En opinión de esta Fiscalía, ello es relevante por cuanto demuestra que la empresa líder de la industria, una de las Consultantes en esta operación de concentración, exhibe un significativo poder de mercado y, en ocasiones, lo ejerce. Atendido lo señalado, la eventual consolidación de la operación consultada encierra el riesgo cierto de que el JV ejerza en el futuro su poder de venta reforzado, aún con mayor vigor que en el pasado.

37. Finalmente, el análisis de la Fiscalía echa por tierra uno de los principales argumentos de las Consultantes para sostener que la operación no genera riesgos a la competencia, esto es, que los supermercados exhiben un poder de negociación suficiente para contrarrestar hipotéticos ejercicios de poder de mercado por parte del JV.
38. Adicionalmente, esta Fiscalía pudo detectar la posibilidad que de concretarse la operación se generen riesgos de naturaleza coordinada⁶ en los mercados relevantes del manjar, la crema de leche, el yogur batido y el yogur *diet*.
39. Así, de concretarse la operación consultada, una vez consolidado el liderazgo del JV en los mercados referidos, se prevé que su nueva administración optará por rentabilizar la operación de concentración mediante la consolidación de sus márgenes. Ahora bien, como señalan las Consultantes, los restantes competidores exhibirían la capacidad instalada necesaria para aumentar su producción y revertir un eventual incremento de precios, al tratarse de productos relativamente homogéneos. Lo anterior descartaría la existencia de un riesgo de naturaleza unilateral, esto es, que el JV pueda fijar precios con independencia de sus competidores.
40. Con todo, esta Fiscalía considera que el hecho de que el resto de los competidores puedan restringir eventuales comportamientos perjudiciales de los consumidores de parte de la empresa líder del mercado, no significa que tengan el incentivo para hacerlo. Ello, ya que la conducta maximizadora de beneficios de los restantes competidores, muy posiblemente, será otra, esto es, seguir el alza de precios que inicie el JV, obteniendo mayores márgenes por unidad de producto vendido.
41. Lo anterior, atendidas ciertas características de los mercados del manjar, las cremas, y el yogur batido y *diet*, tales como el reducido número de competidores y la frecuente interacción entre los mismos (los productos

⁶ En efecto, el riesgo de coordinación dice relación, principalmente, con la denominada "coordinación tácita", también conocida como "paralelismo consciente". Esto es, que para una empresa resulte racional, dado la estructura y características del mercado, igualar la estrategia de precios de sus competidores, en vez de presionar estos últimos a la baja.

lácteos las procesadoras compiten repetidamente), la homogeneidad y bajo nivel de innovación de dichos productos, existencia de una demanda relativamente constante y de contactos multimercados entre las empresas (lo que torna ilusorio que decidan competir por precios en mercados pequeños como el manjar o la crema, arriesgando represalias de la entidad dominante en otros mercados más significativos).

42. En síntesis, conforme lo expuesto, esta Fiscalía estima que la operación consultada generará, en lo inmediato, un actor dominante en la industria láctea, como consecuencia de lo cual es probable que ocurran alzas en los precios de la leche líquida, el yogur, los postres refrigerados, el *petit suisse*, el manjar y las cremas. Lo anterior, ya sea debido a la ausencia de competidores relevantes, o bien, porque aquellos carecerán de incentivos suficientes para intentar disciplinar al JV, considerando que dichas alzas también vendrán a engrosar los márgenes de comercialización de las restantes partícipes de los mercados relevantes.
43. Prosiguiendo con el análisis de riesgos de la operación consultada, la FNE pudo determinar que existe asimismo la posibilidad de que se generen riesgos respecto de los competidores actuales del JV, mediante el ejercicio de parte de éste de ciertas conductas estratégicas destinadas a eliminar o a restringir la capacidad competitiva de aquéllos.
44. Considerando que para el procesamiento de la leche y la elaboración de los distintos productos lácteos, se requiere de una enorme variedad de insumos distintos de la leche (envases, colorantes, saborizantes, etc.), una de las conductas cuya ocurrencia esta Fiscalía detectó como posible, de materializarse la operación, consiste en el ejercicio de ciertos actos de exclusión de competidores en lo que al acceso a insumos y a sistemas logísticos de distribución respecta.
45. Esta Fiscalía estima posible que la operación revista al JV de un poder de negociación tal respecto de ciertos proveedores de insumos, que lo dejaría en condiciones no sólo de obtener mejores precios de aquéllos, sino además,

- de realizar respecto de éstos ciertas exigencias que podrían afectar el acceso de sus competidores a dichos insumos (contratos de exclusividad, compromisos de disponibilidad inmediata que impliquen la necesidad de mantención de capacidad ociosa, entre otras).
46. En este ámbito, las Consultantes presentaron a este H. Tribunal ciertos compromisos de inhibirse de celebrar contratos de exclusividad, ventas atadas y negociaciones conjunta. Con todo, las medidas ofrecidas no cubren los riesgos de exclusión referidos, pues aluden exclusivamente a las relaciones que se tengan con los canales de distribución (mayoristas, canal tradicional y supermercados) y no con las fuentes de aprovisionamiento.
47. Otro riesgo de cara a competidores detectado por esta Fiscalía dice relación con la posible ejecución, por parte del JV, de ciertas prácticas exclusorias en los canales tradicional, mayorista y supermercados.
48. Respecto del canal tradicional, donde las Consultantes tienen una participación prácticamente exclusiva, las conductas estratégicas que el JV podría ejercer para evitar el ingreso de nuevos competidores, consisten, entre otras, en el establecimiento contractual o *de facto* de exclusividades, descuentos retroactivos individuales por cumplimiento de metas de compra, ventas atadas y empaquetamiento de productos⁷.
49. En el canal supermercados, esta Fiscalía detectó que aún cuando el poder del JV se encontrará atenuado respecto de lo que ocurre en el canal tradicional, resulta un hecho público y notorio que buena parte de los ingresos de los supermercados están dados por los cobros hechos a proveedores, algunos de los cuales no implican un juego de suma cero. Así, por ejemplo, la suscripción del contrato de CSI con Walmart (que implica metas de crecimiento y asignación de espacio en góndola), o el establecimiento de premios por cumplimiento de metas de compras de

⁷ La posibilidad de generar prácticas exclusorias de facto, más allá de lo que digan los contratos, y lo difícil que resulta fiscalizar las relaciones entre las empresas y los miles de locales del canal tradicional, es lo que hace que esta Fiscalía no otorgue mayor importancia al compromiso establecido por las Consultantes en orden a no llevar a cabo algunas de convenciones referidas.

Cencosud y SMU, implican necesariamente un crecimiento a costa de los competidores. En ese sentido, de materializarse la operación, parece no haber dudas respecto del actor de la industria láctea que siempre estará en condiciones de pagar más a los supermercados a cambio de este tipo de descuentos.

50. En otro orden de cosas, la FNE analizó las eficiencias productivas aducidas por las Consultantes, ponderando las mismas a la luz de la jurisprudencia de ese H. Tribunal y de nuestra Guía para Operaciones de Carácter Horizontal. De dicho análisis se concluyó que sólo una parte menor de las eficiencias esgrimidas son demostrables, inherentes a la operación y susceptibles de ser traspasadas a los consumidores.
51. Ahora bien, en lo que a eficiencias dinámicas concierne, las Consultantes aducen que las mismas se generarían tanto respecto de los productores lecheros como de los consumidores de productos lácteos, en especial atención a los beneficios aparejados a la complementariedad existente entre sus matrices, Fonterra y Nestlé Suiza. No obstante ello, esta Fiscalía estima que a diferencia de la realidad a nivel mundial, en nuestro país ambas empresas compiten directamente por el consumidor final, como lo demuestra el hecho de que la operación consultada haya sido tratada como una operación de concentración horizontal y no de conglomerado.
52. Sin perjuicio de ello, no puede desconocerse que Nestlé es una empresa líder mundial en materia de investigación y desarrollo alimentario, mientras que Soprole, aún liderando la innovación en productos lácteos en Chile, carece de acceso a redes internacionales de investigación y desarrollo. Fundados en esta situación es que las Consultantes argumentan que la celebración del JV otorgará a Nestlé la masa crítica de consumidores necesarios para rentabilizar el ingreso al país de aquellos desarrollos innovadores realizados por sus filiales internacionales.
53. Ahora bien, y sin perjuicio de que eventualmente podrían acreditarse ciertas eficiencias dinámicas emanadas de la complementariedad parcial expuesta,

lo cierto es que esta Fiscalía es de la opinión de que el vigor de la competencia es un mejor acicate para la innovación que la generación de economías de escala y ámbito en empresas que como el JV, bien pueden ser calificadas como supra-dominantes en ciertas líneas de productos. Lo anterior, es consistente con una institucionalidad que apuesta directamente por la competencia como la mejor forma de obtener más y mejores productos, a menores precios.

54. Por lo mismo, independientemente de que la operación en análisis otorgue a las Consultantes la masa crítica de consumidores necesaria para realizar una serie de actos de innovación⁸, esta Fiscalía es del parecer que la preservación de la actual estructura competitiva, garantiza de mejor manera a los consumidores una permanente mejora en la oferta de productos lácteos, y en los precios asociados a los mismos.
55. Finalmente, el informe se hace cargo de la más importante medida de mitigación del riesgo unilateral antes expuesto propuesta por las partes, consistente en un mecanismo de estabilización de precios respecto de ciertos productos comercializados en los mercados donde la creación del JV produce una mayor concentración. Lo anterior implica que dichos productos se indexarán con el índice de precios al consumidor relativo a los alimentos (IPC Alimentos).
56. A este respecto, es preciso señalar que los remedios de mitigación de los riesgos unilaterales propuestos por las Consultantes pertenecen a la categoría de remedios de comportamiento⁹. En general, la doctrina administrativa comparada se muestra contraria a los remedios de comportamiento como única medida de revertir los riesgos detectados,

⁸ En este sentido las Consultantes informaron a ese H. Tribunal, con fecha 2 de marzo de 2011, compromisos concretos de lanzamientos de nuevos productos, orientados al Canal Tradicional, a un precio inferior al actual, valor que estaría vigente por un determinado período de tiempo.

⁹ En contraposición a los denominados remedios estructurales, que involucran la enajenación de una parte del negocio de las empresas fusionadas, y que son preferidos por la regulación extranjera como forma de eliminar los riesgos asociados a las operaciones de concentración.

atendidos los costos y riesgos de diseño, monitoreo y fiscalización asociados a ese tipo de compromisos, y, principalmente, puesto que dichas medidas están orientadas, por naturaleza, a restringir los efectos adversos esperados de la operación de concentración, y no a reparar la pérdida significativa de competencia.

57. En síntesis, y recogiendo los principios expuestos precedentemente para el caso concreto de las medidas de mitigación ofrecidas por Nestlé y Soprole, en particular respecto de la propuesta de un mecanismo de estabilización de precios antes detallada, y aún cuando esta Fiscalía valora la disposición de las Consultantes en ofrecer dichas medidas¹⁰, tenemos que: a) las mismas resultan de difícil fiscalización; b) el congelamiento de precios puede introducir distorsiones en el mercado; c) los riesgos detectados en los distintos mercados relevantes se dependen de la posición dominante que obtendrá el JV en el mismo, y ciertamente, salvo que se introduzcan cambios estructurales, durarán un mayor tiempo que cualquier medida de comportamiento que se proponga; d) por último, a juicio de esta Fiscalía, las Consultantes no han acreditado la existencia de eficiencias significativas que pudiesen perderse de rechazarse la operación y que justifiquen los costos sociales y riesgos que implica la aceptación de un remedio de comportamiento.
58. Descartado entonces que las medidas de mitigación propuestas por las Consultantes eliminen los riesgos inherentes a la creación del JV, se hace presente que de acuerdo con las mejores prácticas observadas en el concierto internacional, se observa que ante operaciones de concentración que generan riesgos en la gran mayoría de los mercados relevantes en que operan las partes –analogía válida para la operación informada-, se ha requerido la enajenación de las líneas de negocios que se superponen, con todos los elementos necesarios para que el adquirente de las mismas pueda ingresar de manera suficiente y viable a los mercados afectados.

¹⁰ Enunciadas en sus escritos de 26 de noviembre de 2010 y de 2 de marzo de 2011.

59. Lo anterior implica el traspaso de marcas, maquinarias, personal, derechos de propiedad industrial, nóminas de clientes, así como la cesión de contratos de abastecimiento, distribución y comercialización final de productos (por ejemplo, espacio asignado en góndolas de supermercados).
60. Lo señalado, aplicado al caso puntual de la operación de concentración entre Soprole y Nestlé en análisis, implicaría la cesión de todas las marcas de una u otra empresa que operan en los mercados relevantes donde han sido encontrados riesgos a la competencia, junto con los demás elementos referidos en el párrafo anterior.
61. Ahora bien, la cesión de marcas específicas (ej. "Uno al Día", "Huesitos", etc.) con sus respectivas máquinas elaboradoras, no garantiza a ningún tercer actor, nuevo o existente, el ingreso al canal tradicional o a supermercados, porque el principal valor está en las marcas "madres", "Soprole" y "Nestlé". Por lo mismo, de optarse por el traspaso de marcas secundarias, dicho compromiso debiese acompañarse de ciertas medidas de comportamiento que garanticen la penetración suficiente del adquirente de las marcas.
62. Así, en el canal tradicional, debiese el JV comprometerse a permitir la participación de terceros en sus máquinas de frío o *coolers*¹¹, a cambiar la estructura de sueldos de los vendedores de ruta (de manera que perciban sueldos fijos que no incentiven la exclusión de terceros), abstenerse de celebrar contratos de exclusividad¹², descuentos retroactivos, ventas atadas o empaquetamientos. Por otra parte, en el Canal Supermercado, el JV debiese abstenerse de suscribir contratos que impliquen descuentos retroactivos por cumplimiento de metas (por ejemplo, el contrato CSI que ha propuesto Walmart), así como a limitar el espacio de góndola a utilizar, al menos, en las

¹¹ Medida ofrecida por la Consultantes en su presentación ante este H. Tribunal de 2 de marzo de 2011.

¹² El compromiso a no celebrar acuerdos de exclusividad ni realizar ventas atadas consta en la Consulta de 26 de noviembre de 2010.

cadena de supermercados que tengan una participación nacional de mercado superior al 20%.

63. Con todo, el cumplimiento de las medidas referidas resulta difícil de fiscalizar, de manera tal que tampoco se erige como un sustituto perfecto a la pérdida de competencia que origina la operación de concentración. A mayor abundamiento, en muchos mercados las Consultantes no operan con sub-marcas, sino que bajo la denominación genérica "Soprole" o "Nestlé" (por ejemplo, en los mercados de las cremas y el manjar), de manera tal que no existirían marcas específicas que enajenar, no existiendo, entonces, medidas de mitigación para los riesgos de coordinación detectados.

64. En síntesis, esta Fiscalía es del parecer que la operación consultada implica la creación de un agente económico dotado de una posición dominante en la industria láctea, capaz de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados en que opera, y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores, proveedores y, en último término, de los consumidores. De acuerdo a lo expuesto, los riesgos asociados a dicha condición de dominancia no se ven acotados de manera suficiente ni por las eficiencias aducidas, ni por las medidas de mitigación propuestas.

ii. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN CONSULTADA

A. LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.

1. Partes de la operación consultada

1. Con fecha 26 de noviembre de 2010, tanto Soprole como Nestlé sometieron al conocimiento de este H. Tribunal una consulta sobre una operación de concentración consistente en la formación de un joint venture (el "JV"), cuya finalidad sería elaborar, comercializar y vender determinados productos lácteos, líquidos y refrigerados, quesos, jugos y néctares de fruta.
2. Previo al análisis del JV, de su estructura corporativa y de los negocios aportados por la Consultantes, es precisa la referencia a las partes del mismo. Primeramente, Soprole, sociedad anónima¹³ constituida en Chile, cuya sociedad matriz es la sociedad "Inversiones Dairy Enterprises S.A.", entidad que a su vez, es una sociedad de inversión de la cooperativa neozelandesa "Fonterra Cooperative Group Ltd." ("Fonterra"), mayor procesador internacional de productos lácteos¹⁴.
3. Según se señala en la Consulta de Soprole, ésta habría sido recientemente fusionada con la sociedad Soprole S.A. (sociedad anónima abierta constituida originariamente bajo la razón social de "Sociedad de Productores de Leche S.A."), como consecuencia de lo cual ésta última se disolvió y su patrimonio pasó a la titularidad de Soprole, en calidad de sucesora y continuadora legal de la misma.

¹³ Según consta en la Consulta de Soprole, el trámite de inscripción de ésta en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros estaría aun pendiente (pág. 9).

¹⁴En

www.fonterra.com/wps/wcm/connect/fonterracom/fonterra.com/our+business/fonterra+at+a+glance

4. Soprole es, a su vez, matriz y/o sociedad relacionada de las siguientes sociedades: (a) Soprole S.A. (ex "Soprole Alimentos S.A."); (b) Sociedad Procesadora de Leche del Sur S.A. ("**Prolesur**"); (c) Comercial Santa Elena S.A. ("**Santa Elena**"); (d) Sociedad Agrícola y Lechera Praderas Australes S.A. ("**Pradesur**"); y (v) Comercial Dos Álamos S.A. ("**Dos Álamos**").

5. Es atinente destacar que Soprole es la matriz de la ya referida Soprole S.A. (ex "Soprole Alimentos S.A."), a la cual habría aportado en dominio la totalidad de su patrimonio asociado a la explotación del negocio de productos lácteos refrigerados y líquidos, y de jugos y néctares¹⁵. Como consecuencia de dicha contribución, se tiene que es Soprole S.A. la entidad que desarrollaría dichas líneas de producción —que son las que se aportarán al JV- y no Soprole, la cual ha reservado en su patrimonio, las líneas de negocios remanentes¹⁶.

6. En su calidad de sociedad filial de Soprole, es procedente hacer una referencia a Prolesur, sociedad anónima abierta cuyo capital accionario, a esta fecha¹⁷, es de titularidad de las siguientes entidades: Soprole (70,45%); Inversiones Dairy Enterprises S.A. (15,77%); y la Fundación de Beneficencia Isabel Aninat Echazarreta (la "**Fundación Isabel Aninat**") (13,61%). Las líneas de negocios de Prolesur consisten en la producción y venta y exportación de ingredientes y *commodities* lácteos¹⁸ y el suministro de leche fortificada a la Central Nacional de Abastecimiento del Servicio Nacional de Salud. Consecuentemente con sus líneas de producción, Prolesur es un importante demandante y comprador de leche

¹⁵ Mediante acuerdo adoptado en asamblea extraordinaria de accionistas de Soprole, celebrada con fecha 24 de septiembre de 2010.

¹⁶ Los negocios de la elaboración, comercialización y venta de leche en polvo y agua embotellada. A través de Prolesur, el negocio de exportación de ingredientes lácteos. En este sentido, Soprole indica: "Soprole será sustituida como actor del mercado por el JV, por lo que no mantendrá productos residuales compitiendo con el JV". (Consulta de Soprole, pág. 23).

¹⁷ Según información pública de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre entidades emisoras de valores de oferta pública.

¹⁸ Prolesur elabora y comercializa leche fluida, quesos, suero de leche, mantequilla y leche en polvo a granel, la cual es envasada por sus sociedades relacionadas Soprole y Santa Elena. Su negocio de exportación se centra en los quesos maduros, leche y suero en polvo y mantequilla.

cruda en el mercado lácteo nacional, en el cual participa, al menos formalmente, independientemente de Soprole¹⁹.

7. El otro consultante, Nestlé, es una sociedad anónima cerrada constituida en Chile, cuya matriz es la sociedad anónima de origen suizo Nestlé S.A. (“Nestlé Suiza”), empresa multinacional líder de la industria alimentaria a nivel mundial.
8. No obstante en la Consulta de Nestlé se indicó que las únicas personas relacionadas a Nestlé de acuerdo a la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores sería su matriz y los accionistas minoritarios de la misma, en una nueva presentación a fojas 1880 de autos, se indicó que existirían otras entidades relacionadas no advertidas con anterioridad, respecto de las cuales –a juicio de Nestlé– la operación de concentración no produciría efectos²⁰.
9. Conforme a lo señalado en la presentación a este H. Tribunal de Nestlé Suiza²¹, Nestlé y Soprole serán los titulares del 50% de las acciones ordinarias del JV. Sin embargo, una vez aprobada la operación de concentración consultada, la participación de Nestlé será adquirida por Nestlé Suiza: *“la participación que Nestlé Chile tendría en el joint venture será transferida a Nestlé [Suiza] en virtud de ello, Nestlé [Suiza] y Soprole serán los únicos y exclusivos dueños de DPA Chile, sin que Nestlé Chile tenga participación alguna en la estructura de propiedad de la nueva compañía, como tampoco control sobre sus negocios ni sobre su administración”*²². En consecuencia, Nestlé Chile continuaría su operación con los negocios no aportados al JV, en circunstancias que éste estaría conformado en partes iguales, por Nestlé Suiza y Soprole.

¹⁹ Según se indica en presentación de la Fundación Isabel Aninat, con fecha 20 de enero de 2011, a fojas 3457 de autos, sección V.

²⁰ Dichas sociedades son: Comercializadora de Productos Nestlé S.A., Cereales C.P.W. Chile Limitada, Nestlé Waters Chile S.A. y Nespresso Chile S.A.

²¹ A fojas 3793 de autos, con fecha 20 de enero de 2011.

²² Presentación de Nestlé Suiza a fojas 3793 de autos, con fecha 20 de enero de 2011, pág. 27.

2. El Convenio de Alianza

10. La operación de concentración respecto de la cual se formularon las respectivas Consultas se enmarcaría dentro de un acuerdo global de cooperación que vincula a las entidades controladoras de las Consultantes, esto es, a Fonterra y a Nestlé Suiza, respecto del territorio americano. Dicha alianza se ha materializado a través de un documento denominado *Alliance Agreement*²³ (en adelante e indistintamente, el “**Convenio de Alianza**” o la “**Alianza**”), suscrito entre Fonterra y Nestlé Suiza con la finalidad de complementar las competencias de las mismas y de sus filiales, para cuyo logro acuerdan la creación de ciertos *joint ventures* locales, destinados principalmente a la elaboración, manufactura y comercialización de los productos lácteos que al efecto produzcan dichos *joint ventures*, los que estarían ubicados en distintos países del continente americano (entre ellos, Chile²⁴).
11. En particular, las mencionadas alianzas para países americanos, mediante la figura de los *joint ventures*, se denominan *Dairy Partners America* (en adelante, el “**DPA**”). Al efecto, y según da cuenta el documento de la Alianza, los DPA se han materializado en nuestro continente a través de dos clases de *joint ventures*: (i) *joint ventures de producción de leche en polvo* (alianza enfocada a la producción de leche en polvo básica y de ingredientes lácteos); y (ii) *joint ventures de productos líquidos y refrigerados* (alianza enfocada en la producción, comercialización y venta de productos lácteos líquidos y refrigerados). Este último es el tipo de *joint venture* que las partes se proponen celebrar en el país y que han consultado a este H. Tribunal. Por su parte, consta en el Convenio de

²³ Acuerdo celebrado con fecha 25 de marzo de 2002, y modificado posteriormente mediante documentos de fecha 7 de octubre de 2002, 19 de enero de 2006 y 25 de noviembre de 2010.

²⁴ Según listado de países contenido en el Anexo N°2 del Convenio de Alianza.

Alianza que los *joint ventures* singularizados precedentemente operarían actualmente en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela²⁵.

12. El referido Convenio de Alianza *“establece el acuerdo alcanzado entre las partes respecto de la estructura general de la Alianza, los principios de creación y conducción de los joint ventures y las normas que regirán la relación entre las partes, tanto en lo referente a la Alianza como en lo referente a cada joint venture”*²⁶. A este respecto, el órgano rector de la Alianza en términos de administración sería un consejo supervisor (en adelante, el **“Consejo”**), entidad de gestión responsable de las políticas relacionadas con los negocios y/o líneas de productos aportadas a cada *joint venture*, así como de su control y/o modificación. El Consejo estaría conformado por seis miembros, tres de los cuales serían nombrados por Nestlé y tres por Fonterra, el cual detentaría facultades directas respecto de la composición y organización interna de cada *joint venture* que en virtud de la Alianza se constituyere, en cuanto a su administración, remuneración, políticas de contratación de personal y nombramiento de auditores externos²⁷. Es preciso destacar que a pesar de la relevancia del Consejo como órgano macro de supervisión y administración del JV, sus

²⁵ Según se señala en la Consulta de Soprole y en el Informe Económico de P. Rojas y C. Forascepi (2010): *“Análisis de la Alianza Estratégica entre Soprole Inversiones S.A. y Nestlé-Chile S.A. y sus Efectos en la Competencia de los Mercados Involucrados”* (el **“Informe de Patricio Rojas”**) acompañado a este H. Tribunal en el número 5 del segundo otrosí de la Consulta de Soprole. No obstante lo anterior, conforme lo que se indica en www.fonterra.com/wps/wcm/connect/fonterra.com/fonterra.com/our+business, el DPA solo operaría en Bermuda, Brazil, Argentina y Ecuador: *“In March 2002 we established an alliance with Nestle to set up joint ventures in the dairy business in the Americas. We have equal stakes, with Fonterra providing the expertise in large-scale milk procurement, processing, technologies and brands and Nestle providing its brands, product development expertise and distribution infrastructure. Under the arrangement, the joint venture sources fresh milk from dairy farmers in the Americas and its ingredients from New Zealand. Dairy Partners Americas operates in Bermuda, Brazil, Argentina and Ecuador”*.

²⁶ Convenio de Alianza, sección 1.7.

²⁷ En el Anexo 12 del Convenio de Alianza se indica que serán responsabilidades del Consejo Supervisor (entre otras): *“(ix) Aprobar cualquier cambio en la gerencia principal de un joint venture; (x) establecer las políticas de dotación y contratación de personal de cada joint venture, incluidas las prácticas de evaluación de desempeño para cada joint venture; (xii) aprobar las políticas generales de recursos humanos/ramuneraciones de cada joint venture; y (xviii) aprobar el nombramiento de los auditores externos de cada joint venture”*.

características, funciones e importancia no han sido mencionadas ni detalladas en las respectivas Consultas²⁸.

13. En virtud de las disposiciones de la Alianza, además de la evidente relación contractual que surge entre Fonterra y Nestlé Suiza con motivo de dicho instrumento, emanan relaciones de facto entre dichas entidades matrices con los *joint ventures* que al efecto constituyeren las respectivas sociedades filiales en los países americanos. Es evidencia de lo anterior, lo establecido en ciertas cláusulas de la Alianza que regulan la gestión interna y/o los negocios a ser desarrollados por los *joint ventures*, a saber:

(a) Asuntos Reservados. Se establece lo señalado en el Anexo Confidencial I que se acompaña en otrosí de esta presentación, en su numeral [1]. Lo anterior, obstaculizaría la eventual competencia de las sociedades filiales de las compañías matrices en el territorio del *joint venture*, respecto de los productos incorporados al mismo. En este sentido, la Fundación Isabel Aninat en su presentación ante este H. Tribunal²⁹, señala como efecto de la operación de concentración: "*Prolesur se vería impedida de competir con el JV, lo que la excluiría de participar en el mercado nacional como oferente de numerosos productos en que es un competidor potencial natural*".

(b) Territorio de la Alianza. Se establece que los *joint ventures* no podrán realizar actividades fuera del territorio de la Alianza, salvo que así lo apruebe el Consejo Supervisor, Fonterra y Nestlé Suiza. Esta disposición es de relevancia por cuanto radicaría las decisiones

²⁸ A este respecto, Danone Chile S.A. ("Danone") indica en presentación ante este H. Tribunal, con fecha 20 de enero de 2011, a fojas 3598 de autos: "Y todo ello [el JV] coordinado y administrado por un Consejo Supervisor y sus estamentos regionales, quienes coordinan las operaciones comerciales de la Alianza en todo el territorio, condicionando y determinando las decisiones de los directorios locales".

²⁹ A fojas 3457 de autos, con fecha 20 de enero de 2011, págs. 13 y 14.

relativas a la exportación de productos lácteos nacionales en un órgano foráneo y externo al JV³⁰.

- (c) Nombramiento y remoción del Auditor Independiente. Se estipula que el Consejo tendrá la responsabilidad de designar a un auditor independiente para cada *joint venture*, aparejada a la facultad de removerlo y de reemplazarlo³¹.
- (d) Contratos de Servicios al costo. Se señala que a solicitud del Consejo, Fonterra, Nestlé Suiza y sus filiales respectivas prestarán servicios a los *joint ventures*, al costo, lo que implica la aplicación de subsidios cruzados entre las partícipes³². Sin embargo, respecto de las filiales cuyo capital accionario no es en su totalidad de propiedad de las Consultantes, se debe tener presente que dichos acuerdos deberían aprobarse mediante los mecanismos societarios establecidos para dichos efectos (acuerdos de administración y/o de accionistas), los cuales por mandato legal deben ser adoptados en beneficio del interés social de la filial y no de los accionistas individualmente considerados (Nestlé o Soprole, según corresponda)³³.
- (e) Propiedad Intelectual. El Convenio de Alianza establece que en la medida que la normativa local del país respectivo no lo prohíba, la *Société de Produits Nestlé S.A.* actuará como propietario registrado de

³⁰ En este sentido, en la presentación de Danone a este H. Tribunal se señala: "Por consiguiente, las exportaciones de productos lácteos a futuro se encontrarán supeditadas a lo que en definitiva resuelva el Comité Supervisor [el Consejo], órgano que mantiene intereses relevantes en los mercados objetivos de exportación".

³¹ Convenio de Alianza, sección 13.13.

³² En este sentido, el Informe de Patricio Rojas establece en su sección IV.4.: "La estructura del *Joint Venture* establece que la comercialización y producción de los productos de la alianza se hará en forma independiente de las empresas matrices y/o relacionadas; sin embargo, **esto no impide que pudiesen observarse prácticas no competitivas como subsidios cruzados en el valor de insumos o ventas atadas con otros productos elaborados por Prolesur o Nestlé**".

³³ En este sentido, el artículo 42 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas: "Los directores no podrán: 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el **interés social**". Al respecto, en la sección III de la Presentación de la Fundación Isabel Aninat se señala: "La Ley [18.046] impone a los directores deberes fiduciarios, que los obligan a obrar en forma diligente y con absoluta lealtad hacia la compañía, sin privilegiar sus propios intereses, los de aquellos que los nominaron o los de cualquier otra persona relacionada a ellos".

todas las marcas comerciales otorgadas bajo una licencia por Fonterra o Nestlé Suiza a los *joint ventures*, las cuales serán mantenidas en fideicomiso. Al efecto se indica: "*Las marcas registradas que fuesen desarrolladas por un joint venture serán registradas en nombre de Société de Produits Nestlé S.A. y mantenidas por ésta en fideicomiso en beneficio de ambas partes*³⁴". A mayor abundamiento, se establece la posibilidad de uso de dichas marcas por terceros ajenos al DPA: "*Solamente los joint ventures tendrán el derecho de usar dichas marcas comerciales, salvo que el Consejo Supervisor apruebe el uso de las mismas por un tercero que no pertenezca a la Alianza*³⁵".

14. No obstante lo señalado, la celebración de contratos de suministro entre el JV y sus personas relacionadas es una materia particularmente tratada en las Consultas, en las cuales se indica que se celebrarán ciertos contratos de *back office* entre el JV y Soprole y Prolesur, los cuales deberán constituir "*acuerdos equitativos para las partes involucradas en los mismos, suscritos en condiciones de mercado*"³⁶, lo cual, se contradice con las disposiciones del Convenio de Alianza recientemente analizadas.

3. Negocios desarrollados por Soprole y Nestlé en Chile.

15. Resulta preciso hacer referencia a los negocios desarrollados por cada una de las Consultantes en nuestro país, en particular, las líneas de productos lácteos involucrados en la operación de concentración de estos autos. Desde dicha perspectiva, es posible señalar que las Consultantes, sin perjuicio de su calidad de filiales en Chile de empresas multinacionales líderes en el rubro agroalimenticio, no han sido del todo seguidoras o receptoras de las líneas de producción desarrolladas por sus matrices.

³⁴ Convenio de Alianza, sección 11.5.

³⁵ Convenio de Alianza, sección 11.5.

³⁶ Consulta de Nestlé, sección 41.

16. En este sentido, y siendo que la experiencia internacional de Nestlé Suiza dice relación con su enfoque hacia el consumidor y con marcas de gran presencia, apoyadas en investigación, desarrollo y publicidad³⁷, dichas fortalezas no resultan evidentes a la luz de la realidad nacional. En efecto, Nestlé no representa en Chile una empresa líder en innovación en cuanto a productos lácteos se refiere, al punto que del total de sus líneas de productos comercializadas en el país los lácteos no representan más del 10%. A este respecto, las principales líneas de productos elaborados y comercializados por Nestlé son las que se indican en el Cuadro N°1 a continuación:

Cuadro N°1
Líneas de Productos elaboradas/comercializadas por Nestlé

Leches Ilíquidas	Leche condensada
Leches cultivadas	Leche evaporada
Yogur	Helados
Postres lácteos refrigerados y <i>petit suisse</i>	Colados y picados
Cremas espesas y para batir	Galletas
Leche en polvo	Cafés y saborizantes
Crema en tarro	Cereales
Manjar en tarro	Productos marca Maggi
Alimentos para mascotas	

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por Nestlé.

17. Por su parte, Soprole no se condice con el giro meramente productor y procesador de ingredientes lácteos de su matriz Fonterra. Al igual que Nestlé en Chile, Soprole elabora, procesa y comercializa productos lácteos finales con elementos de valor agregado, siendo la compañía líder del mercado de los productos lácteos líquidos y refrigerados, distribuidos bajo marcas de su propiedad ampliamente arraigadas en el mercado chileno. Dichos productos, en gran medida y como se verá en esta presentación,

³⁷ Consulta de Soprole, pág. 33.

compiten activamente con aquellos producidos por Nestlé en los mercados de referencia. En este contexto, para Soprole el rubro de elaboración y comercialización de productos lácteos representa alrededor del 90% del total de los negocios que Fonterra desarrolla en Chile en éste ámbito, siendo sus principales líneas de producción las a continuación se señalan en el Cuadro N°2:

Cuadro N°2

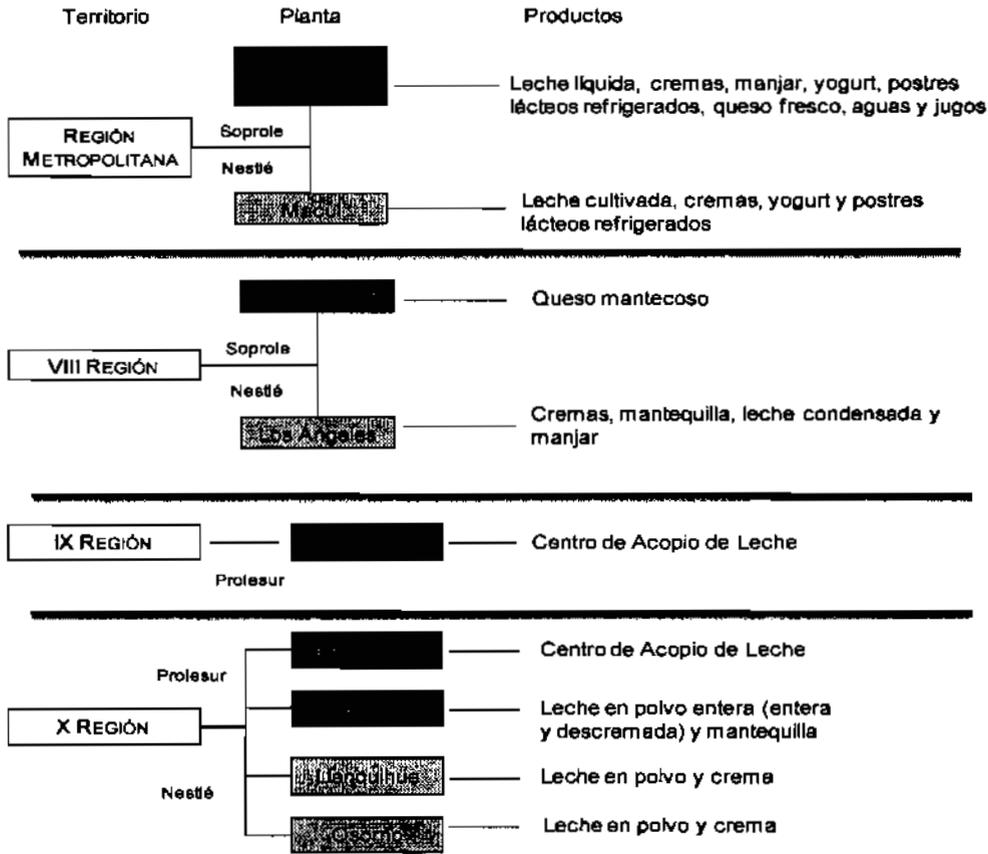
Líneas de Productos elaborados/comercializados por Soprole

Leches líquidas	Manjar
Leches cultivadas	Mantequilla y margarina
Yogur	Quesos frescos y maduros
Postres lácteos refrigerados y <i>petit suisse</i>	Quesillo
Cremas espesas y para batir	Jugos y néctares de fruta
Leche en polvo	Agua embotellada

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por Soprole.

18. En el Cuadro N°3 a continuación se exponen los activos de propiedad de las Consultantes, en particular, sus plantas de producción, procesamiento o acopio, así como los equipamientos de las mismas:

Cuadro N°3



Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por las Consultantes.

4. El Joint Venture

- La operación de concentración sometida a la aprobación de este H. Tribunal, y sin perjuicio de la reorganización corporativa de las Consultantes que se detallará en los numerales posteriores, consiste en la creación entre las partes de un JV, el cual se conformará en base a los aportes de Soprole y de Nestlé, tanto de sus líneas de negocios de productos lácteos líquidos y refrigerados, como de sus plantas de producción y/o su equipamiento, según se detalla en los numerales siguientes de esta sección.

20. Ahora bien, previo al análisis particular de los productos que las Consultantes aportan al JV, debe analizarse cuál es la naturaleza de la operación de concentración, teniendo presente que Soprole y Nestlé, al formular sus Consultas, señalaron que la operación de concentración consiste en un *joint venture* y no en una fusión. Por su parte, según la OCDE, un *joint venture* implica una asociación o acuerdo entre empresas o individuos, con la finalidad de emprender un negocio o proyecto en particular³⁸, mientras que dicho organismo entiende por fusión es la unión de dos o más empresas a una existente o una nueva, un método mediante el cual las empresas aumentan su tamaño y se expanden hacia mercados y actividades económicas existentes o nuevas³⁹.
21. Habida consideración a que la operación consultada no podría considerarse una fusión bajo el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas⁴⁰, esta Fiscalía estima, desde un análisis sustantivo de libre competencia de la operación de concentración y no simplemente de las estructuras societarias instrumentales que las Consultantes han utilizado para materializarla, que los términos de la misma exceden a las de un *joint venture* y se asemejan a los de una fusión propiamente tal.

³⁸ OCDE, "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>, "Joint Venture: Association of firms or individuals formed to undertake a specific business project. It is similar to a partnership, but limited to a specific project (such as producing a specific product or doing research in a specific area)."

³⁹ Según la OCDE, diversos motivos pueden existir en una fusión: el aumento de eficiencias económicas, la adquisición de poder de mercado, la diversificación e expansión hacia mercados geográficos diferentes o la persecución de sinergias financieras y de investigación y desarrollo. OCDE, "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", "Merger: An amalgamation or joining of two or more firms into an existing firm or to form a new firm. A merger is a method by which firms can increase their size and expand into existing or new economic activities and markets. A variety of motives may exist for mergers: to increase economic efficiency, to acquire market power, to diversify, to expand into different geographic markets, to pursue financial and R&D synergies, etc".

⁴⁰ Art. 99. "La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos [...]"

22. No obstante lo anterior, la Guía da un concepto amplio de lo que se entiende por operación de concentración o concentración, en el cual se contemplan ambas figuras societarias en análisis⁴¹. Y en dicho sentido, esta Fiscalía analizará la operación consultada según su estructura, naturaleza y sobre la base de los datos disponibles para su exhaustivo examen, independientemente de la nomenclatura utilizada por las Consultantes y/o los aportantes a estos autos para denominarla.
23. En otro orden de cosas, es menester señalar cuáles son los aportes de las Consultantes al JV que conformarían en participaciones equivalentes. En este sentido, las líneas de negocios de productos lácteos líquidos y refrigerados que tanto Soprole como Nestlé contribuyen al JV, con las que a continuación se indican:
- (e) Productos aportados por Soprole al JV: Leches líquidas; leches cultivadas; yogur; postres lácteos refrigerados y *petit suisse*; cremas (espesas y para batir); manjar; mantequilla y margarina; quesos (maduros y frescos) y quesillo; y jugos y néctares de fruta.
 - (f) Productos aportados por Nestlé al JV: Leches líquidas; leches cultivadas; yogur; postres lácteos refrigerados y *petit suisse*; y cremas (espesas y para batir).
 - (g) Plantas de Producción (y/o su equipamiento) de Soprole aportadas al JV:
 - (i) Planta de San Bernardo y su equipamiento; y (ii) Equipamiento Planta de Los Ángeles⁴².

⁴¹ Sección IV.1. Se entiende por *operación de concentración o concentración*, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa o a formar parte de un mismo grupo empresarial.

⁴² La Planta de Los Ángeles es de propiedad de Cooperativa de Leche de Bío Bío ("Bioleche"), la cual arrienda dichas instalaciones a Soprole. Según se indica en la Consulta de Nestlé (pág. 15) por motivos ajenos a la operación de concentración consultada, dicho contrato caducaría al 30 de junio de 2011.

- (h) Plantas de Producción (y/o su equipamiento) de Nestlé aportadas al JV:
Equipamiento de la Planta Macul⁴³.

24. Según lo han indicado las Consultantes en sus respectivas presentaciones, Soprole aportaría, además de lo ya indicado, dos plantas de producción que a esta fecha, son de propiedad de Prolesur: la Planta de Los Lagos y la Planta de Temuco. Se establece que con la finalidad de que las referidas plantas puedan ser aportadas al JV, Soprole celebraría con Prolesur un acuerdo de transferencia, previa aprobación de dicha enajenación por el directorio de Prolesur y/o por la junta de accionistas respectiva, de ser necesario, a fin de contribuirles al JV en condiciones de mercado. No obstante lo anterior, la Fundación Isabel Aninat en su calidad de accionista de Prolesur, señala al efecto que “[...] de *autonizarse la operación consultada, en los términos que ha sido propuesta, Prolesur sería despojada de (i) uno de sus más valiosos activos productivos (Planta Los Lagos); ii) del negocio de producción de quesos maduros que desarrolla a través de dicha planta; (iii) de su planta de recepción y acopio de leche cruda ubicada en Temuco, lo que disminuiría sustancialmente su capacidad de acceder al insumo más relevante para la compañía [...]*”⁴⁴⁻⁴⁵.

25. Según lo señalado precedentemente, los productos aportados por las Consultantes al JV constituyen, en mayor o menor medida, sólo parte de los negocios que ambas desarrollan en nuestro país. En efecto, en las Consultas se indica que tanto Soprole como Nestlé se reservarán ciertos

⁴³ Según se indica en Acta de Sesión de Extraordinaria de Directorio de Soprole, celebrada con fecha 25 de noviembre de 2010 y el Acuerdo Marco, la planta de lácteos de Nestlé ubicada en la comuna de Macul **se cerrará dentro un plazo determinado, pasando la producción de la misma a la Planta San Bernardo de Soprole.**

⁴⁴ Presentación ante este H. Tribunal, a fojas 3457 de autos, sección VI.

⁴⁵ Sin embargo, las Consultantes han presentado a este H. Tribunal, con fecha 2 de marzo de 2011, un documento que contiene ciertas medidas de mitigación, adicionales a las ya presentadas ante este H. Tribunal. No obstante en el Acuerdo Marco y en las Consultas se indica que Soprole aportaría al JV las Plantas de Los Lagos y de Temuco, las Consultantes señalaron el dicha presentación que, a efectos de mitigar los potenciales riesgos de coordinación entre las partes del JV y entre éstas y sus personas relacionadas, Prolesur mantendrá la propiedad y la operación de las plantas Los Lagos y Temuco, por lo que dichas plantas no conformarían el patrimonio del JV sino que permanecerían en Prolesur, tal como en la actualidad.

negocios que continuarían siendo llevados a cabo por las Consultantes conforme estos son conducidos en la actualidad. Lo anterior, según lo que a continuación se indica:

- (a) Negocios no aportados por Soprole al JV: Agua embotellada y leche en polvo.
- (b) Negocios no aportados por Nestlé al JV: Leche en polvo; crema en tarro; manjar en tarro; leche condensada; leche evaporada; helados; colados y picados; galletas; cafés y saborizantes; cereales; productos marca Maggi; y alimentos para mascotas.

26. Las Consultantes exponen que la operación de concentración tiene por objeto aprovechar las potenciales sinergias derivadas de la complementariedad existente entre ambas empresas. En efecto, se señala que Fonterra ha centrado sus negocios globales en la elaboración de ingredientes lácteos o *commodities*, mientras que Nestlé Suiza se ha dedicado a la producción y comercialización de productos de valor agregado.

27. Atendido lo anteriormente expuesto, las Consultantes esperan que por intermedio de la operación de concentración consultada, Soprole desarrolle de mejor manera el giro exportador que ha venido ejecutando principalmente a través de su filial Prolesur; Asimismo, se espera que a través del acceso a una masa crítica de consumidores superior a la que exhibe hoy en día, Nestlé potenciaría la elaboración en Chile de productos lácteos terminados, incorporando tecnología e innovación a los mismos⁴⁶.

28. Ante tal escenario propuesto por las Consultantes, será necesario analizar la real magnitud en la que operaría tal complementariedad en sus

⁴⁶ Según señala Soprole: "Una combinación de la penetración de mercado de Soprole, con los recursos en R&D [investigación y desarrollo] que Nestlé puede poner a disposición del JV, permitirán lanzar una mayor cantidad de productos innovadores y abarcar nichos de mercado que hoy no se encuentren completamente abastecidos". Consulta de Soprole, pág. 34.

operaciones, dada la realidad particular del mercado lácteo de nuestro país, tanto a nivel de aprovisionamiento de leche cruda y de otros insumos, como a nivel de procesamiento, distribución y comercialización de productos lácteos.

5. El Acuerdo Marco

29. A efectos de materializar en Chile el acuerdo de colaboración internacional entre Fonterra y Nestlé Suiza mediante la creación del JV, con fecha 25 de noviembre de 2010, Soprole y Nestlé suscribieron un documento denominado *Heads of Agreement* (en adelante, el “**Acuerdo Marco**”), mediante el cual las Consultantes convinieron los términos bajo los cuales se implementaría y desarrollaría el DPA en Chile. Con esa misma fecha, las partes acordaron una modificación a la Alianza, con el objeto de ajustar la misma al plan de negocio a desarrollar en Chile, esto es, un *joint venture* de productos líquidos y refrigerados, y de fijar las líneas de productos que las partes aportarán al mismo.
30. Es preciso señalar que el Acuerdo Marco constituye un contrato independiente del Convenio de Alianza, evidentemente más amplio en sus disposiciones y términos por su efecto de general aplicación a los países en que se constituyere el DPA. Sin embargo, y a diferencia de lo que las Consultantes señalan en sus presentaciones, en orden a que dicho Acuerdo Marco estaría subordinado a los términos del Convenio de Alianza⁴⁷, lo cierto es que este último no establece en ninguna parte su preeminencia sobre el acuerdo global, el que por lo mismo debe considerarse, al menos, como igualmente vinculante para las partes⁴⁸.

⁴⁷ En la Consulta de Nestlé se indica que “*La materialización de la Alianza para Chile, a través de la operación y sus documentos fundantes [...] prima, en cuanto a sus acuerdos, por sobre las consideraciones, evidentemente más generales, contempladas en los documentos-marco contractuales que dan cuenta la Alianza*”.

⁴⁸ En efecto, el Convenio de Alianza dispone en su cláusula 1.7: “*Acuerdo entre las partes. Este Convenio establece el acuerdo alcanzado entre las partes respecto de la estructura general de la*

31. En este sentido, las Consultantes han presentado a este H. Tribunal, con fecha 2 de marzo de 2011, una propuesta contiene ciertos compromisos de mitigación, adicionales a las ya presentadas por Soprole y Nestlé en sus Consultas. Una de dichas medidas de mitigación consistiría en la modificación de las cláusulas pertinentes del Acuerdo Marco y/o Convenio de Alianza, en términos tales de despejar todas las dudas que pudieren existir respecto de la primacía del Acuerdo Marco por sobre las disposiciones de la Alianza.
32. Ahora bien, para la constitución del JV, en el Acuerdo Marco se contemplan una serie de reorganizaciones societarias, aportes de capital y la celebración de determinados contratos y acuerdos entre las Consultantes, así como entre éstas y sus sociedades relacionadas⁴⁹, supeditados, entre otras condiciones, a que las partes hayan recibido la aprobación final y vinculante de parte de este H. Tribunal, o bien, de la Corte Suprema⁵⁰.
33. En efecto, a la fecha, la única reestructuración efectuada con miras a la eventual formación del JV ha sido el aporte por parte de Soprole a su filial Soprole S.A. de la totalidad del patrimonio asociado a la explotación del negocio de productos lácteos refrigerados y líquidos, y de jugos y néctares. Cabe destacar que Soprole S.A. constituirá el vehículo legal por medio del cual se conformará el JV. Así, una vez cumplidas las condiciones a las cuales está sujeta la operación de concentración, Nestlé debiese efectuar un aporte en especie y principalmente en dinero, hasta alcanzar un 50% del capital accionario de Soprole S.A. Constituido el JV

*Alianza, los principios de creación y conducción de los Joint Venture y las **normas que regirán la relación entre las partes, tanto en lo referente a la Alianza como en lo referente a cada Joint Venture**".*

⁴⁹ Se entenderá que son sociedades relacionadas a todas aquellas entidades que les sea aplicable el concepto de persona relacionada del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

⁵⁰ Acuerdo Marco, sección 5.1. La creación del JV estará sujeta, además de la condición señalada, a: (a) la negociación y firma de todos aquellos acuerdos entre las Consultantes y sus partes relacionadas, que sean pertinentes para la formación del JV; y (b) la aprobación de la creación del JV y de la suscripción de los acuerdos indicados en la letra (a) anterior, por los directorios y/o juntas de accionistas de Soprole, Nestlé y de ser necesario, de Prolesur.

de esta forma, Soprole S.A. pasará a denominarse "Dairy Partners America Chile S.A."

34. A continuación se precisan los pasos necesarios para la implementación del JV en Chile:
- (a) Primer Aporte de Soprole al JV. Según ya se expuso, Soprole ya ha efectuado un aporte en especie a Soprole S.A. -el eventual JV- consistente en sus líneas de productos lácteos refrigerados y líquidos y de jugos y néctares. Lo anterior implica, en particular, la contribución de los siguientes activos: i) la Planta de San Bernardo y sus activos; ii) las instalaciones y equipamiento de la Planta de Los Ángeles que sean de propiedad de Soprole o Prolesur⁵¹; iii) la totalidad de las acciones de la sociedad Santa Elena; iv) el capital de trabajo esencial para operar los negocios aportados al JV; v) los acuerdos relevantes relativos a dichos negocios; y v) una licencia provisora para el uso de la propiedad intelectual de Soprole.
 - (b) Segundo Aporte de Soprole al JV: Análogamente a la contribución ya efectuada, Soprole aportaría al JV la Planta Los Lagos y la Planta Temuco, ambas de propiedad de Prolesur. Para ello, celebraría con Prolesur un acuerdo de transferencia, a fin de contribuir al JV dichas plantas de producción en condiciones de mercado⁵².
 - (c) Aporte en especie de Nestlé al JV. Nestlé aportará al JV: i) la totalidad de su patrimonio asociado a la explotación del negocio de productos lácteos líquidos y refrigerados ya singularizados; y ii) todos los activos y pasivos relacionados con dichos productos (el Acuerdo Marco enumera como

⁵¹ Debe tenerse en consideración la calidad de arrendataria de Soprole de la Planta Los Ángeles, la cual es de propiedad de Bioleche.

⁵² Conforme se expuso precedentemente, las Consultantes señalaron a esta Fiscalía que como medida de mitigación adicional a las presentadas en estos autos, Soprole no aportaría las plantas de Los Lagos y de Temuco al JV, sino que Prolesur mantendrá la propiedad y la operación de las mismas, conforme en la actualidad.

- algunos de dichos activos, el equipamiento de la Planta Macul⁵³, el capital de trabajo requerido para operar los negocios aportados, y los acuerdos relevantes relativos a los mismos).
- (d) Aporte en dinero de Nestlé al JV. Se establece que Nestlé aportará al JV un monto de dinero equivalente a la deuda bancaria preexistente de Soprole S.A., a cambio de acciones ordinarias de nueva emisión del JV (el "Pago de Ecuilización"). Según indica Soprole: *"Este pago se desglosa en la valorización de los negocios a ser aportados por Nestlé a la filial Soprole S.A., futuro vehículo del joint venture, más un aporte en dinero y más el precio de la compraventa de acciones de esta última [...] ⁵⁴"*.
- (e) Contratos de Suministro entre Partes Relacionadas. El JV celebraría los siguientes contratos de suministro: i) Con Prolesur suscribiría diversos contratos de suministro de insumos, en los cuales Prolesur se obligaría a suministrar al JV mantequilla, mientras el JV se obligaría a aprovisionar a Prolesur queso maduro para exportación e ingredientes como suero de leche y leche en polvo; ii) Con Soprole y Prolesur, suscribiría contratos de prestación de servicios de *back office* a fin de que el JV les proveyese dichos servicios, al costo⁵⁵; y iii) Con Nestlé, celebraría lo indicado en [2].
- (f) Licencias de Propiedad Intelectual. En el Acuerdo Marco se establece que las Consultantes celebrarían con el JV contratos de licencia para permitir

⁵³ Según se indica en la sección 10.1 del Acuerdo Marco, a partir de la constitución del JV, éste acordará con Nestlé un contrato de comodato gratuito sobre el equipamiento de la Planta Macul, por un período de 12 meses, con el fin de que éste elabore bienes propios de la planta (esto es, yogur, postres lácteos refrigerados, crema y leche cultivada), los que posteriormente serán suministrados al JV pagando sólo los costos directos incurridos por Nestlé en la elaboración de dichos productos.

⁵⁴ En acta de Sesión Extraordinaria de Directorio de Soprole de fecha 25 de noviembre de 2010, sección I, a fojas 3282 de autos.

⁵⁵ Es menester tener presente que la Fundación Isabel Aninat, en su presentación ante este H. Tribunal a fojas 3457 de autos, identifican la prestación de servicios de *back office* de Prolesur a Soprole como un riesgo para la libre competencia en el mercado de compra de leche cruda, en atención a que, según se indica "(...) existiría un alto riesgo de acuerdos anticompetitivos o de abusos colectivos del poder de compra, prácticas que serían facilitadas, entre otras cosas, por la circunstancia que el JV prestaría servicios de *back office* a Prolesur, y por ende, tendría acceso inmediato e ilimitado a toda su información de precios y volúmenes comprados".

el uso de su propiedad intelectual. Además, Soprole otorgaría una sublicencia al JV para el uso de la propiedad intelectual de Fonterra y de Prolesur, y las mejoras introducidas a la misma, efectuando al efecto instrucciones a sus sociedades relacionadas que sean titulares de dicha propiedad intelectual, a fin de que suscriban las licencias respectivas a favor del JV. Asimismo, se establece que las regalías obtenidas por el JV por estos conceptos, se dividirán equivalentemente entre las partes⁵⁶.

- (g) Cláusula de No Competencia. En el Acuerdo Marco se establece que, durante la vigencia del JV, ninguna de las Consultantes en su calidad de sociedades matrices del JV, ni sus respectivas personas relacionadas, podrán desarrollar actividades similares que compitan con las líneas de negocios contribuidas al JV⁵⁷. Lo anterior, sin perjuicio de lo siguiente: (i) Nestlé perseverará en la comercialización de manjar y de crema enlatada, compitiendo con el JV; (ii) la exportación de ingredientes lácteos por las Consultantes y/o sus entidades relacionadas; o (iii) la posibilidad de Soprole y de Nestlé de adquirir hasta un 5% de las acciones de una sociedad anónima cuya actividad comercial compita con las actividades propias del JV.
- (h) Pacto de Accionistas. Se establece que al completarse el aporte de las líneas de negocios de Nestlé al JV, según lo expuesto en la letra (c) anterior, las partes deberán suscribir un pacto de accionistas, el cual entrará asimismo en vigencia⁵⁸. Dicho pacto de accionistas, conforme a la naturaleza del mismo, podría eventualmente modificar los derechos y

⁵⁶ Esto es asimismo señalado en la Consulta de Soprole, pág. 29. No obstante ello, debe tenerse presente lo señalado anteriormente en el numeral 13 (e) en cuanto a la titularidad de la propiedad intelectual del JV en el Contrato de Alianza, lo cual correspondería a la *Société de Produits Nestlé S.A.*, en calidad de fideicomisaria de dichos registros marcarios.

⁵⁷ Sin embargo lo expuesto en la sección 12.2 del Acuerdo Marco, la Consulta de Soprole señala: "Soprole será sustituida como actor del mercado por el JV, por lo que no mantendrá productos residuales compitiendo con el JV".

⁵⁸ Según lo indica en su exposición el Sr. Paul Campbell, gerente general de estrategia de Fonterra, en Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio de Soprole, celebrada con fecha 25 de noviembre de 2010.

obligaciones que se establecen para las partes del JV en el Acuerdo Marco.

6. Antecedentes Judiciales de las Consultas

35. Cabe señalar que existen algunos antecedentes a la operación de concentración consultada, consistentes en resoluciones de la Comisión Preventiva Central mediante los Dictámenes N° 1.193 del 15 de enero de 2002, N° 1.281 de 23 de enero de 2003, así como la Resolución N° 726 de 10 de marzo de 2004, emitida por la Comisión Resolutiva. De dichos pronunciamientos, se genera para Soprole y Nestlé la obligación de comunicar a la Comisión Preventiva Central, y por ende a este H. Tribunal, cualquier convenio que eventualmente suscriban en el marco de la alianza estratégica regional que sostienen sus matrices, de manera previa a que produzca efectos y con el objeto de la realización de un examen *ex ante* del mismo.

36. En efecto, mediante el Dictamen N° 1.281 antes referido, se obligó a las Consultantes a comunicar a la autoridad de libre competencia la ocurrencia de cualquier acto o evento preparatorio de o relativo a la operación de joint venture, tales como negociaciones entre ambas empresas sobre ventas combinadas en los actuales mercados en los que intervienen o, en nuevos mercados, la optimización o eficiencia en el uso de sus actuales activos o infraestructuras; el aprovechamiento del uso de los recursos y de las fortalezas de cada empresa en las áreas de distribución y producción; o sobre cualquier aspecto que pudiere producir un impacto tanto en la adquisición de los insumos en el mercado nacional, especialmente leche fluidas, como en la elaboración, distribución y comercialización de productos finales, sea para venta en el mercado nacional o extranjero.

37. Posteriormente, con fecha 5 de agosto de 2004, este H. Tribunal se pronunció en la Sentencia N°7, respecto del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las Consultantes, de personas relacionadas a éstas⁵⁹ y de otras empresas procesadoras de leche⁶⁰, estableciendo, entre otras medidas, la obligación de las Consultantes de mantener un listado de precios de compra y de los parámetros que lo componen, además del deber de anunciar los cambios en las políticas de compra de leche y de justificar las negativas de compra. Lo anterior, en atención a que *"...el mercado de la adquisición y procesamiento de leche bovina en las Regiones VIII, IX y X adolece de imperfecciones, observándose falta de transparencia en el mismo"*⁶¹.
38. Otro antecedente a considerar es la formulación por Nestlé, con fecha 29 de mayo de 2006, de una consulta⁶² con el objeto de comunicar a este H. Tribunal la voluntad de las Consultantes de materializar en Chile la alianza internacional sostenida entre sus matrices, mediante la creación de un *joint venture*, que al igual que el que ahora pretenden llevar a cabo, abarcaría una fracción del negocio de productos lácteos de Nestlé y Soprole, en circunstancias que ciertos productos no considerados en el *joint venture* seguirían siendo comercializados por Soprole y Nestlé de manera independiente. En dicha oportunidad, las Consultantes no habrían detectado riesgos derivados de la concentración de los mercados involucrados, razón de la cual se desprende que no hayan propuesto en su presentación medida de mitigación alguna. No obstante lo anterior, dicha consulta fue retirada por las Consultantes, en atención a que las partes no habrían arribado a acuerdos respecto de los términos económicos de la operación de concentración.

⁵⁹ Lechera del Sur S.A. (sociedad adquirida por Nestlé) y Dos Álamos S.A., filial de Soprole.

⁶⁰ Entre ellas Watt's Alimentos S.A., Parmalat Chile S.A. y Cooperativa Agrícola y Lechera de La Unión Ltda.

⁶¹ Sentencia N° 7/2004, Parte Resolutiva, numeral Cuarto.

⁶² Rol NC 138-06, caratulada "Consulta de Nestlé Chile S.A. sobre alianza estratégica con Soprole S.A."

II. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN SEGÚN MERCADO

A. MERCADO DE APROVISIONAMIENTO Y PROCESAMIENTO DE LECHE

1. Aproveccionamiento de Leche Cruda

1.1. Descripción de la Industria de Producción de Leche en Chile

39. La producción y recepción de leche cruda en Chile consiste en una actividad agropecuaria de ordeña y extracción de leche producida por vacas lecheras, por medio de ciertos procedimientos industriales, destinado a servir de insumo a plantas procesadoras que tienen por objeto la elaboración de diversos productos lácteos. Por su parte, se ha definido la leche como *"producto de la ordeña completa e ininterrumpida de vacas sanas, bien alimentadas y en reposo, exenta de calostro"*⁶³.
40. Entre los meses de enero y noviembre de 2010, la recepción de leche cruda en las distintas plantas procesadoras existentes en el país alcanzó los 1.686 millones de litros⁶⁴. Este insumo proviene de aproximadamente 12.000 productores de leche cruda⁶⁵, los que se encuentran concentrados geográficamente en las siguientes regiones: VII Región del Maule, VIII Región del Bío-Bío, IX Región de la Araucanía, XIV Región de los Ríos y X Región de los Lagos. A este respecto, debe tenerse presente que las Regiones X y XIV agrupan aproximadamente el 82% de la masa ganadera bovina nacional⁶⁶.

⁶³ Artículo 198 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

⁶⁴ A partir de datos proporcionados por la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura ("Odepa").

⁶⁵ En este sentido, Consulta de Nestlé, sección II.1, N°44.

⁶⁶ "Encuesta de Ganado Bovino Zona Sur, 2009", Instituto Nacional de Estadísticas, 25 de mayo de 2010.

41. Los productores de leche pueden ser clasificados, según el volumen de producción de su predio lechero, en pequeños (aquellos que elaboran menos de 400 mil litros anuales), medianos (aquellos que elaboran entre 400.000 y 1,5 millones de litros anuales) y grandes productores (los que elaboran más de 1,5 millones de litros anuales)⁶⁷.
42. Desde un punto de vista de la localización geográfica de los predios lecheros, es preciso señalar que éstos también se concentran en las regiones de los Ríos y de los Lagos. En efecto, según el VII Censo Nacional Agropecuario y Forestal⁶⁸, se estima que el 47,8% de los predios lecheros se ubican en las antedichas regiones. Por su parte, la región de la Araucanía concentra el 16% de los predios lecheros, mientras que la región del Biobío el 12,9%, según se indica al efecto en el Cuadro N°4.

Cuadro N° 4: Distribución Geográfica de Predios Lecheros

Región	% Predios
XV - I	0,2%
II	0,0%
III	0,1%
IV	1,5%
V	3,4%
VI	4,0%
VII	6,9%
VIII	12,9%
IX	16,1%
XIV - X	47,8%
XI	2,8%
XII	0,2%
RM	4,1%

Fuente: Agenda de Innovación para la Cadena de Valor Láctea

43. Por otra parte, la encuesta de Ganado Bovino para la Zona Sur antes mencionada, muestra que la existencia de ganado bovino de lechería se encuentra, asimismo, concentrada en las Regiones X y XIV.

⁶⁷ Declaración de don Michel Junod, Gerente General de la Asociación Gremial de Productores de Leche de Osorno ("Aproleche"), ante esta Fiscalía, con fecha 20 de diciembre de 2010.

⁶⁸ "VII Censo Nacional Agropecuario y Forestal", Instituto Nacional de Estadísticas y Odepa, Noviembre de 2007.

44. Por otra parte, aproximadamente el 50% del ganado de la lechería en Chile está compuesto por vacas para ordeña, el 23% por vaquillas, el 16% por terneras y un 1% de vacas de desecho. Para estos efectos, ver Anexo N°1 acompañado en otrosí de esta presentación.
45. Según lo anterior, es evidente la importancia que tienen las regiones de los Ríos y de los Lagos para la producción lechera, en términos de presencia de vacas lecheras, de superficie destinada a la lechería y de recepción de leche en plantas procesadoras. A este respecto, es preciso indicar que tales regiones agrupan el 73% de las vacas lecheras existentes en el país, el 62% de la superficie lechera destinada al efecto y el 67% de la recepción de la leche producida en el territorio, según se muestra en el Cuadro N° 5 a continuación:

Cuadro N° 5: Importancia Regional en la Producción de Leche

	Valor	Unidad	XV-VII	VIII	IX	XIV - X
Vacas Lecheras	488.383	Vacas	9%	9%	9%	73%
Superficie Lechera Total	1.236.587	Hectáreas	14%	10%	14%	62%
Recepción de Leche	2.141	Millón Litros	11%	11%	12%	67%

Fuente: Agenda de Innovación para la Cadena de Valor Láctea

46. De acuerdo con el Cuadro anterior, se tiene que de acuerdo a los datos de la Agenda de Innovación para la Cadena de Valor Láctea⁶⁹, al comparar los dos últimos censos agropecuarios, el número de vacas lecheras ha disminuido, especialmente en la región del Maule.

⁶⁹ "Agenda de Innovación para la Cadena de Valor Láctea 2008-2018", Ministerio de Agricultura, Fundación para la Innovación Láctea.

Cuadro N° 6: Evolución en el Número de Vacas Lecheras por Región

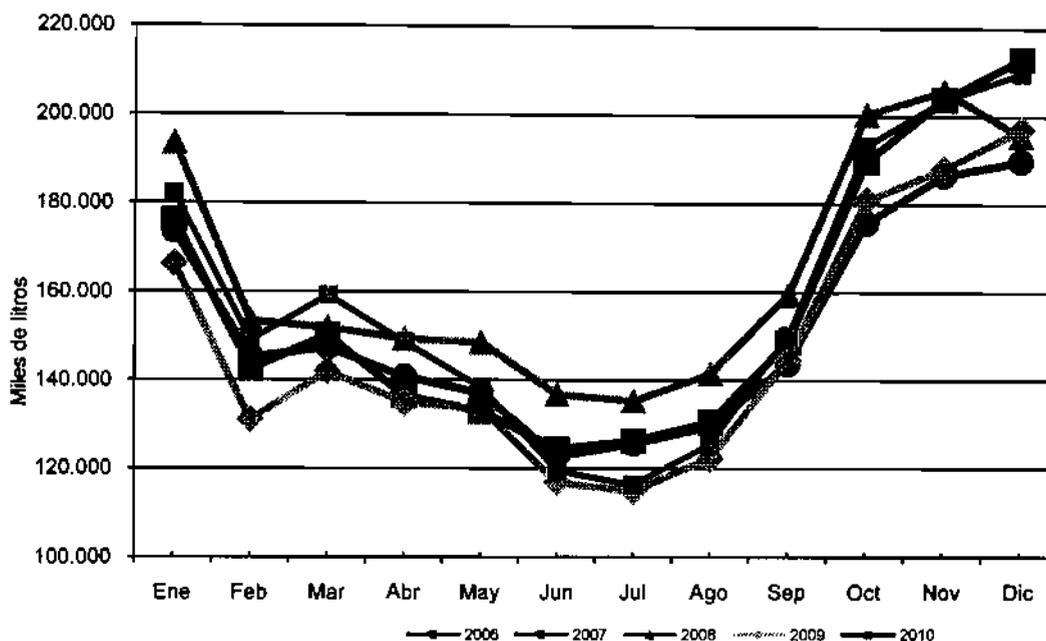
Vacas Lecheras	RM	Maule	Biobío	Araucanía	De los Ríos De los Lagos
1997	31.587	22.480	73.112	71.844	378.853
2007	20.544	9.908	42.662	44.207	356.768
Variación (%)	-35%	-56%	-42%	-38%	-6%

Fuente: Agenda de Innovación para la Cadena de Valor Láctea

47. En otro orden de cosas, la oferta doméstica de leche resulta inelástica en el corto plazo, como consecuencia de que la leche es un insumo esencialmente perecible y a que en periodos cortos de tiempo la cantidad de animales productores es fijo.
48. Adicionalmente, debe tenerse en consideración que la producción de leche es estacional, puesto que es mayor en el periodo primavera-verano que en los meses de invierno (Ver Gráfico N° 1). Esta característica se da principalmente en la zona sur del país, donde los mayores volúmenes producidos de leche se concentran en la época estival del año. La mutabilidad que presenta la producción láctea según las estaciones del año se debe, en parte, a que en la zona sur la alimentación del ganado está basada en praderas, por lo que está sujeta a la variabilidad y disponibilidad de éstas. Por otra parte, la producción de leche en la zona centro es bastante más estable dado que en este territorio, la alimentación de los rebaños no se basa en praderas sino que en la entrega de raciones totales mezcladas ("RTM")⁷⁰.

⁷⁰ Las RTM consisten en la formulación de una ración que incorpora forrajes y suplementos, la cual se mezcla y se ofrece a los animales para su alimentación. Lo usual es que se utilicen de una a tres raciones a lo largo del año, siendo la principal causa de variación las mutaciones experimentadas en los precios de los alimentos y la disponibilidad de forrajes.

Gráfico N° 1: Recepción de Leche Mensual, años 2006 a 2010



Fuente: Odepa

49. De acuerdo a la Encuesta de Ganado Bovino, la producción de leche en Chile tiene como principal destino las empresas procesadoras lácteas, quienes reciben en promedio un 90% del total de la leche producida en el país. En un nivel muy inferior aparecen como destino del insumo lácteo las queserías, que en promedio reciben el 6% de la leche cruda que se produce. Así lo evidencia el Cuadro N° 7:

Cuadro N° 7: Destino de la producción anual de leche (litros en %)

REGIÓN/PROVINCIA	Destino de la producción anual de leche (litros en %)						
	Plantas lecheras	Queserías	Crianza de terneros	Auto consumo humano	Venta directa	Industrialización en el predio	Otro
REGIÓN DEL MAULE	85,2	7,4	1,3		2,5	1,8	1,8
REGIÓN DEL BIOBÍO	88,2	11,3	0,5				
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA	90,6	6,4	2,6	0,4			
REGIÓN DE LOS RÍOS	96,4	1,0	2,1	0,4			0,1
REGIÓN DE LOS LAGOS	94,1	1,5	3,1	0,3		1,0	

Fuente: elaboración propia a partir de los Datos de la Encuesta de Ganado Bovino Zona Sur 2009

1.2. Aspectos relacionados con la entrada a la producción lechera

50. Según indican las Consultantes, el mercado tampoco presentaría costos hundidos, de manera tal que no existiría barrera alguna a la entrada⁷¹. En efecto, Soprole y Nestlé coinciden en señalar que en el mercado de la producción de leche cruda no existen barreras a la entrada, entre otras circunstancias, dado que los productores tienen la libertad de modificar los destinatarios de su producción, que los costos de cambio para los productores sean bajos, que existen en el mercado de compra de leche cruda actores con capacidad económica y de infraestructura y fortaleza financiera suficientes como para reaccionar ante intentos de obtención de rentas sobre-normales en perjuicio de los productores y por el crecimiento constante de la industria láctea menor que revela un activo ritmo de expansión y construcción periódica de nuevas plantas queseras⁷². En definitiva, señalan que al mercado de producción de leche cruda sería muy fácil entrar –bastaría con comprar ganado y tener un terreno– y más fácil salir –si el precio de la leche es malo, el ganado puede venderse como carne.
51. No obstante lo anterior, las opiniones vertidas por otros actores de la industria exteriorizaron una realidad diametralmente opuesta. En efecto, habiendo sido citados a declarar diversos productores lecheros de la X y XIV Regiones [3], todos con capacidad productiva heterogénea y de distinto tamaño, prácticamente el 100% de los mismos coincidió en señalar que el ingreso al negocio de la leche requiere de la realización de diversas inversiones en infraestructura, específicamente en estanques de leche, equipos de ordeña, patios de alimentación, drenaje, salas de ordeña, corrales, estanques de frío, redes de camino, sistemas de agua,

⁷¹ "Dado que no existe discriminación en términos del tamaño de Agricultores, cualquier agricultor puede entrar a un negocio rentable --como lo es la venta de leche cruda--, ya que cumpliendo con las condiciones de calidad, sanidad y salubridad de la leche cruda, podrá ser proveedor de Soprole, o de cualquiera de los otros agentes que participan comprando leche a Agricultores en los distintos mercados relevantes". Consulta de Soprole, pág. 172.

⁷² Consulta de Nestlé, págs. 57 a 59.

capacitación de mano de obra, etc.. Las estimaciones monetarias de estas inversiones se encuentran en el Cuadro N° 8 más delante de esta presentación.

52. Adicionalmente, los productores concordaron en señalar que para lograr una escala de producción razonable que les permita no sólo ingresar al mercado, sino mantenerse en éste, se deben invertir fuertes sumas de dinero en tecnología. En concreto, para lograr una estructura óptima de costos de producción no basta con la compra de múltiples cabezas de ganado, sino que se requiere inversión en tecnologías de ordeña y pastura, educación en métodos de alimentación y procesos de mejoramiento genético⁷³.

53. De acuerdo con los productores, la genética en los ganados es una tecnología que se genera y se perfecciona año a año, por medio de la selección de vaquillas, la inseminación artificial y el trasplante de embriones. De acuerdo a los productores, existen predios que no obstante alcanzar ya la cuarta generación de ganado, aún no encuentran el nivel óptimo de su rebaño en relación al rendimiento de éste y de la cantidad de hectáreas de predio. Del mismo modo, los productores señalaron como otro costo relevante de este segmento el mantener a las vacas libre de enfermedades (por ejemplo, tuberculosis, brucelosis o leucosis)⁷⁴, lo cual se logra liquidando los ejemplares enfermos y adquiriendo nuevas vacas.

54. Con el objeto de alcanzar una opinión fundada, entre dos visiones tan contrapuestas, es que esta Fiscalía resolvió la contratación de un asesor en materia lecheras y ganaderas, que ilustrara a este Servicio respecto de

⁷³ En el mismo sentido, Watt's indica que para poder entrar al mercado con un volumen considerable de leche no basta con comprar un alto número de cabezas de ganado y un campo extenso [...] existe una diferencia en la producción de leche que no necesariamente tiene que ver con el tamaño del campo. Los que invierten en más tecnología tienen diferencias significativas con los que no han introducido tecnologías en su empresa.

⁷⁴ Reconocido por el Servicio Agrícola y Ganadero como "Predio Libre de Enfermedad" y denominado patrimonio sanitario.

la estructura y funcionamiento de la industria lechera y, en particular, sobre los costos de entrada y salida a la producción lechera.

55. De acuerdo con los antecedentes proporcionados en esta asesoría, que oportunamente serán remitidos a este H. Tribunal, se ha concluido que el tamaño mínimo eficiente para el ingreso de un productor lechero es de 200 vacas. Los requerimientos para la instalación de un plantel lechero de este tamaño se muestran en el Cuadro N° 8. El monto inicial de la inversión difiere considerablemente de si se arrienda o se compra la tierra⁷⁵.

Cuadro N° 8: Requerimientos para la instalación de una planta lechera de 200 vacas, en la X y XVI región (valores en miles)

Carga Animal: (vacas/ha)		Arriendo		Compra	
Hectáreas	200	\$ 100	\$ 20.000	\$ 5.000	\$ 1.000.000
Praderas	70	\$ 400	\$ 28.000		\$ 28.000
Vacas	200	\$ 100	\$ 20.000	\$ 500	\$ 100.000
Sala de Ordeña	1		\$ 100.000		\$ 100.000
Otras infraestructuras		\$ 100.000	\$ 100.000		\$ 100.000
Capital de Trabajo		\$ 70.000	\$ 70.000		\$ 70.000
		Total	\$ 318.000		\$ 1.398.000

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados a la investigación

56. En relación con la inversión en equipos e infraestructura, esta Fiscalía dispone de antecedentes que dan cuenta que para el ingreso a la producción lechera, la leche producida debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos⁷⁶:

- (a) Refrigeración de la leche en estanques. La leche debe estar a 4° C o de lo contrario no es recibida por las plantas procesadoras de destino.

⁷⁵ La decisión de compra o arriendo está ligada al riesgo y el monto de la inversión, dado que arrendar implicar construir sobre un terreno no propio, sin embargo, comprar constituye una inversión inicial aproximadamente cuatro veces mayor.

⁷⁶ Ingreso a PABCO (en fase de bonificación).

- (b) Recuento de células somáticas. Este requisito ha ido haciéndose cada vez más estricto: de exigirse 700.000 en un comienzo, actualmente se exigen menos de 300.000.
 - (c) Estado sanitario óptimo de los rebaños. Esto implica contar con un rebaño libre de tuberculosis, brucelosis, leucosis, etc.
 - (d) Calidad de leche, con un Nivel de Unidades Formadoras de Colonias (UFC) de menos 30.000 unidades.
57. Las exigencias referidas conducen a la eliminación de los animales con enfermedades, incurriéndose en gastos de reemplazo. Específicamente, a juicio del asesor externo de esta Fiscalía, experto en materias ganaderas y lecheras de Chile, *“esto significa que cada animal se debe vender a matadero donde se decomisa, por lo que su valor residual es cero y debe ser reemplazado por un animal que se demora 2 años en que ingrese en su fase productiva o se compra una vaca o vaquilla en producción a un valor entre \$400.000 a \$600.000. Además es necesario implementar medidas de manejo sanitario para impedir la reinfección y diseminación de la enfermedad, medidas que también tiene costos asociados. Por lo que el costo de reemplazar un rebaño es alto y muchas veces difícil de financiar”*.
58. Adicionalmente, con los antecedentes disponibles se sabe que los predios con más de 200 vacas, los cuales representan el 74% de la producción nacional de leche y el 54% del número de vacas a nivel nacional, han realizado considerables inversiones en capacidad productiva, fertilización de praderas y mejoramiento de genética, las que en opinión de esta Fiscalía constituirían costos hundidos, toda vez que ante una eventual salida del mercado de un productor lechero, las mismas no pueden ser recuperadas, dado que la venta de la vaca como carne no valoriza las inversiones específicas en que se ha incurrido.

59. Las inversiones hundidas involucran un monto anual por vaca de aproximadamente \$692.250, lo que para un productor con 200 vacas representa una inversión anual de aproximadamente \$138.450.000.
60. Adicionalmente, relacionado con el tiempo para una entrada suficiente, se sabe que el mismo está relacionado con el capital disponible del agricultor. Así, a juicio del asesor lechero externo de la Fiscalía, si se cuenta con \$1.200 millones de pesos, el tiempo mínimo de entrada es un año, de lo contrario, la capacidad de producción se debe ir mejorando año a año a través de inversiones en capacidad productiva y genética, pudiendo el ingreso demorar entre 5 y 8 años.
61. Los antecedentes expresados vienen a desmitificar el escenario propuesto por las Consultantes según el cual, enfrentados a un precio explotativo de compra, los productores lecheros podrían optar por sacrificar el ganado y venderlo como carne, para luego reingresar al negocio lechero en la medida que el precio de compra de leche haya alcanzado niveles óptimos. Así, por ejemplo, a juicio de Soprole, la posibilidad que exhiben los productores de dar un uso alternativo rentable a las vacas lecheras, al venderlas por su carne, resulta sintomática de la inexistencia de barreras de salida del mercado a su respecto⁷⁷.
62. Lo anterior podría resultar cierto algunos años atrás, cuando el negocio productivo se conducía de manera menos profesional y la existencia de vacas doble propósito era la regla general. Sin embargo hemos visto que para que la entrada al negocio resulte rentable, debe invertirse en maximizar el potencial rendimiento del ganado, de manera tal que el grueso de los productores lácteos debe necesariamente operar con vacas

⁷⁷ Consulta de Soprole, sección 6.2.4 “La evidencia da cuenta que la mayoría de los Agricultores se mantienen en el negocio de producción de leche, a pesar de poder destinar el ganado a otro uso y/o los predios a usos alternativos, como pudiere ser la venta del inmueble o el cultivo y la venta de la carne respectivamente [...] En conclusión, no existen barreras de salida para los Agricultores, ni en cuanto a tierra ni en cuanto a animales”.

lecheras, cuyo uso alternativo como carne resulta a todas luces un pésimo negocio.

63. En efecto, los productores señalaron que los retornos de las razas de ganado bovino lechero difieren de sobremanera a los retornos del ganado bovino de carne⁷⁸. Así lo resalta don Dieter Konow Hott, Presidente de la Federación Nacional de Productores de Leche F.G. ("**Fedeleche**"), quien señaló en declaración ante esta Fiscalía que *"es distinto que un productor en su campo decida tomar el rubro carne, producir carne, que producir leche, porque los retornos son distintos, son caminos distintos [...] entrar en el negocio de la carne y salir del negocio de la carne es mucho más fácil que en el negocio de la leche"*⁷⁹.
64. Asimismo, don Michel Junod López, Gerente General de la Asociación Gremial de Productores de Leche de Osorno ("**Aproleche**"), señaló ante esta Fiscalía que *"tradicionalmente se habla de que si una vaca lechera se decide vender para carne sólo se paga un 30% del valor del animal"*⁸⁰. En el mismo sentido, la empresa procesadora y comercializadora de quesos Comercial de Campo S.A. ("**Comercial de Campo**"), señaló que *"para producir leche eficientemente se invierte en razas de vacas lecheras. Venderlas como carne implica el pago de un precio muy inferior al costo inicial de la vaca, por lo que existen altos costos hundidos en su venta"*⁸¹.
65. De acuerdo con los antecedentes expuestos, incluso en caso de drásticas bajas de precio, resulta esperable que las lecherías sigan produciendo leche –incluso a pérdida– y perseverando en las inversiones referidas con el objeto de no perder las inversiones hundidas, toda vez que muerto el

⁷⁸ Las siguientes cifras ilustran las diferencias existentes entre los distintos tipos de ganado bovino, conforme lo señalado: Mientras las vacas para carne producen leche básicamente sólo para alimentar al ternero, la vaca doble propósito produce un máximo de 5.000 litros al año. Por último, una vaca lechera produce como mínimo entre 15 litros y 20 litros al día.

⁷⁹ Declaración efectuada con fecha 20 de diciembre de 2010.

⁸⁰ En toma de declaración efectuada con fecha 20 de diciembre de 2010.

⁸¹ En toma de declaración ante esta Fiscalía de don Vicente Álamos Alessandri, en representación de la empresa Comercial de Campo, con fecha 21 de diciembre de 2010.

espécimen de ganado bovino lechero, muere consigo todo el mejoramiento genético efectuado.

66. Por lo mismo, cuando un productor decide abandonar la actividad lechera, lo hace de manera definitiva. Al respecto, los productores lecheros que rindieron declaración ante esta Fiscalía, coinciden en hay una baja probabilidad de retorno al mercado de la producción de leche cruda, una vez que se ha salido del mismo.

1.3. Evolución de los Predios Lecheros

67. El Cuadro N°9 muestra la evolución de los productores lecheros, según el número de vacas con que cuentan. En este cuadro puede verse que los productores con menos de 200 vacas han disminuido, en promedio, un 53% desde el año 1997 al año 2009, mientras que los predios que poseen más de 200 ejemplares, han crecido significativamente.

Cuadro N° 9: N° de productores según número de vacas lecheras rebaño.

	Censo 1997	Censo 2007	Estimación 2009	Variación '97 - '09	2007 Salas de Ordeña	2007 Número estanques
N° Vacas	Numero de Productores					
ene-19	43.657	16.164	13.192	-70%	1.373	344
20 - 49	3.107	1.717	1.391	-55%	1.153	651
50 - 99	1.177	677	527	-55%	648	510
100 - 149	510	353	264	-48%	312	326
150 - 199	267	225	174	-35%	206	221
200 - 299	250	294	299	20%	273	246
300 - 499	147	212	242	65%	246	302
500 y más	39	97	139	256%	171	217
Total	49.154	19.739	16.228		4.396	2.917

Fuente: Datos aportados por la Asesoría Lechera

68. Adicionalmente, el mismo Cuadro N° 9 muestra que los predios con más de 200 vacas presentan mayores niveles de tecnificación, medida a través

de las salas de ordeña y números de estanques de los productores lecheros.

1.4. Movilidad de Productores entre Plantas Procesadoras

69. De acuerdo a lo expresado por Soprole en su Consulta existe *“una alta tasa de movilidad de productores entre plantas, por lo que no se puede hablar de cautividad de los Agricultores, sino que por el contrario, existe movilidad tanto de Agricultores desde las plantas de Prolesur hacia otras plantas, como también de Agricultores desde plantas de terceros hacia las de Prolesur”*⁸².
70. Por el contrario, en su presentación ante este H. Tribunal⁸³, Todoagro S.A. (“**Todoagro**”) señaló que *“la movilidad de productores desde o hacia Soprole y Nestlé es prácticamente nula, tema a revisar en los argumentos expuestos por Soprole en el punto noveno de la operación de concentración respecto a la antigüedad de sus productores, ya que no es información pública. Los cambios que se producen involucran a otras empresas, por lo que la competencia entre Soprole - Nestlé por captar productores en la práctica no existe”*.
71. A fin de determinar el grado real de movilidad de los productores lecheros entre las plantas procesadoras receptoras del insumo lácteo, esta Fiscalía utilizó datos provenientes de Odepa, las Consultantes y otras empresas que operan en el mercado. Al respecto, se hace presente que no obstante ser Prolesur un miembro vigoroso en el mercado de la compraventa de leche cruda, Soprole no proveyó a este H. Tribunal ni a esta Fiscalía los datos relativos a dicha filial, razón por la cual no fue posible corroborar la afirmación referente a la movilidad de los productores de leche que abastecen a Prolesur.

⁸² Consulta de Soprole, pág. 183.

⁸³ Presentación realizada con fecha 28 de diciembre de 2010, rolante a fojas 1773 y siguientes.

72. Realizada la precisión anterior, estamos en condiciones de señalar que la cantidad de proveedores que rotaron entre las empresas procesadoras y receptoras de leche cruda es ínfima. Así, los datos de más de 4.400 proveedores de leche cruda que surtieron a seis empresas procesadoras⁸⁴ entre los años 2003 a 2010 arrojan que un 97% de los productores sirvió a una sola empresa durante todo el período. Lo anterior no significa que el 3% restante haya rotado entre plantas, pues bien puede haber proveído más de dos plantas procesadoras simultáneamente.
73. Por ejemplo, durante el periodo 2003-2010 sólo diez productores aparecen abasteciendo de leche cruda a Nestlé y Soprole (sin tomar en consideración a Prolesur), ya sea en un mismo o distinto período de tiempo, cifra que representa el 2,22% del total de proveedores de Soprole, y el 0,52% de Nestlé.

Cuadro N° 10: Número de proveedores de leche cruda que abastecieron dos o más procesadoras durante los años 2003 a 2010⁸⁵.

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [1]

74. La situación descrita se justificaría principalmente en el carácter de largo plazo de la relación entre productores y plantas procesadoras. En efecto, estas últimas fomentan e incentivan a los productores a realizar inversiones en determinados métodos de producción, mediante préstamos, créditos, entrega de estanques, apoyo a la capacitación, entre otros incentivos y beneficios que, en algunas circunstancias, son incluso pagados por los productores a las empresas procesadoras con suministro de leche.

⁸⁴ Los datos provistos por las compañías procesadoras consideran el nombre y el RUT de la empresa proveedora de leche cruda. Respecto de las empresas Nestlé, Soprole y Colún, los datos analizados corresponden a aquellos correspondientes a los años 2003 a 2010; respecto de Lácteos Frutillar, los datos analizados son los correspondientes a los años 2006 hasta junio de 2009 y respecto de Danone y Watt's sólo se cuenta con datos correspondientes para el año 2010.

⁸⁵ Para el caso de Nestlé, Soprole y Colún se dispone de datos durante todos los años, para Lácteos Frutillar se dispone solo entre los años 2006 a 2009 y para Danone y Watt's solo para el año 2010.

75. Otro factor que influiría en la falta de movilidad de productores es el pago de bonos por sobre la pauta de precios, que se analizará en el acápite siguiente, lo que tendería a opacar el mercado, reduciendo la posibilidad de comparación de los precios pagados en distintas plantas de su sector.
76. Así, de acuerdo a los antecedentes aportados por el asesor externo en materias de leche de esta Fiscalía, existen bonos de desarrollo, de invierno, especiales y por volumen que llevan a los productores a no tener certeza del precio final pagado por las distintas empresas procesadoras en su misma zona y así tomar la decisión de cambio.
77. Del mismo modo, es menester tener presente que si bien para los productores los préstamos antes referidos y los beneficios conferidos por las procesadoras apoyan a los productores, también operan como elementos de captura de los mismos, ya que los créditos existentes entre las partes de la compraventa de la leche cruda, así como el otorgamiento de beneficios adicionales a ello, complejizan la disolución de la relación contractual del proveedor con la empresa a la cual se le suministra la leche. A este respecto, Danone en su presentación ante este H. Tribunal⁸⁶ señaló que *“estas prácticas dificultan el cambio del productor desde el procesador con el cual mantiene deudas a otra empresa compradora”*, indicando al efecto que Nestlé sería una de las procesadoras que han adoptado la práctica de otorgar préstamos a los productores en equipos y dinero, lo que operaría como un *“precio sombra al margen de la pauta”*. Interrogado sobre la materia, don Claudio Sarah, gerente de política y estrategia lechera de Nestlé, realizó las afirmaciones que se incluyen en Anexo Confidencial [4]⁸⁷.
78. Adicionalmente se describieron conductas estratégicas anticompetitivas – que esta Fiscalía no pudo comprobar en el curso de la Investigación- que impedirían una mayor rotación de los productores entre plantas

⁸⁶ A fojas 3598 de autos, con fecha 20 de enero de 2011, sección 4.3.

⁸⁷ En declaración con fecha 5 de enero de 2011.

procesadoras. Por ejemplo, un importante productor lechero de la zona sur del país [5] indicó en declaración ante esta Fiscalía que cuando un grupo de productores trataron de cambiarse a otra planta, Soprole advirtió que sacaría un volumen importante de quesos al mercado con el objeto de bajar los precios, con lo que probablemente queseras pequeñas quebrarían.

79. En síntesis, el análisis de los datos referidos ha permitido concluir, contrariamente a lo indicado por las Consultantes en sus presentaciones, que el fenómeno de la rotación de proveedores de leche cruda entre las diferentes plantas procesadoras en el tiempo es un fenómeno aislado, poco frecuente y eventualmente sujeto a ciertos riesgos, como consecuencia de lo cual se infiere la existencia de cautividad de los productores respecto de sus plantas receptoras. Lo anterior, sin perjuicio de que esta Fiscalía no pudo revisar la supuesta movilidad de los productores que venden leche cruda a Prolesur, referida por Soprole en su Consulta⁸⁸.

1.5. Precios pagados por las Plantas Procesadoras

1.5.1. Regulación emanada de la Sentencia N° 7

80. Antes de referirnos a los factores que determinarían el precio de compra de leche cruda, resulta necesario hacer presente la Sentencia N°7 de este H. Tribunal establece ciertas obligaciones respecto de las Consultantes y de la empresa Watt's S.A. ("Watt's"). A saber:

- (a) Mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados;

⁸⁸ Consulta de Soprole, sección 8.6.2.

- (b) Anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca;
 - (c) Fundamentar sus negativas de compra a los agricultores que les hayan realizado ofertas por escrito;
 - (d) Llevar un sistema de registros 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;
 - (e) Abstenerse de usar en la determinación del precio el cociente histórico entre entregas de invierno y entregas de verano, en cualquier forma que pudiere implicar que dicho parámetro se transforme en un impedimento a la movilidad de los productores; y
 - (f) A diseñar un sistema de tomas de muestras que dé garantías a las partes involucradas, el que deberá ser aprobado por la Fiscalía Nacional Económica. Si transcurrido ese plazo la industria no hubiese presentado una propuesta, la Fiscalía requerirá al Ministerio de Agricultura el diseño del sistema.
81. Conforme lo ordena la sentencia referida, Soprole, Nestlé y Watt's elaboran pautas objetivas de precio de compra de leche fresca para las distintas zonas en que operan.
82. Adicionalmente a la pauta de precios, las plantas procesadoras incorporan ciertos pagos adicionales, por factores relacionados al contenido de grasa, proteínas, condiciones sanitarias, refrigeración de la leche y volumen de entrega, entre otras. Así, conforme a información provista a esta Fiscalía por su asesor externo, los pagos adicionales representan, en promedio, cerca del 38% del precio total pagado a productores.
83. La existencia de dichos bonos abre la puerta a la ejecución de discriminación entre los productores, en el sentido de que las empresas procesadoras lácteas podrían pagar más a algunos productores por la vía de entregarles bonos que no están sustentados en criterios objetivos y transparentes.

84. Por lo mismo, lo que las medidas establecidas en la Sentencia N° 7 propiamente obtienen es el establecimiento de un “piso” de compra general y objetivo, por sobre el cual siempre será posible discriminar.
85. Lo afirmado desvirtúa entonces la pretensión de las Consultantes en cuanto a que el poder de negociación de los principales productores de leche se traspasa completamente a aquellos de menor entidad⁸⁹. Puesto que los primeros podrán recibir la contraprestación a su poder de negociación en forma de bonos para los que no califican, o mediante condiciones crediticias privilegiadas, en vez de a través de una modificación en el precio final establecido en la pauta de compra.

1.5.2. Correlación entre el precio nacional e internacional de la leche

86. Tanto Soprole como Nestlé coincidieron en señalar que el precio internacional de la leche juega un rol disciplinador importante del precio interno de compra de leche cruda. Así, para Nestlé, *“los precios de adquisición de leche cruda en Chile, sin perjuicio de responder al equilibrio del mercado local, se encuentra razonablemente disciplinados por los precios internacionales de los commodities lácteos”*⁹⁰, mientras que para Soprole, *“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”*⁹¹.
87. 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. Si este mercado de compra tiene una estructura

⁸⁹ Nestlé indica en su Consulta que *“El poder de negociación que tienen los más grandes –en relación con lo establecido en la Sentencia N°7- beneficia a los medianos y pequeños productores, dado que la Sentencia en análisis garantiza un tratamiento no discriminatorio para todos ellos”*. (pág. 56).

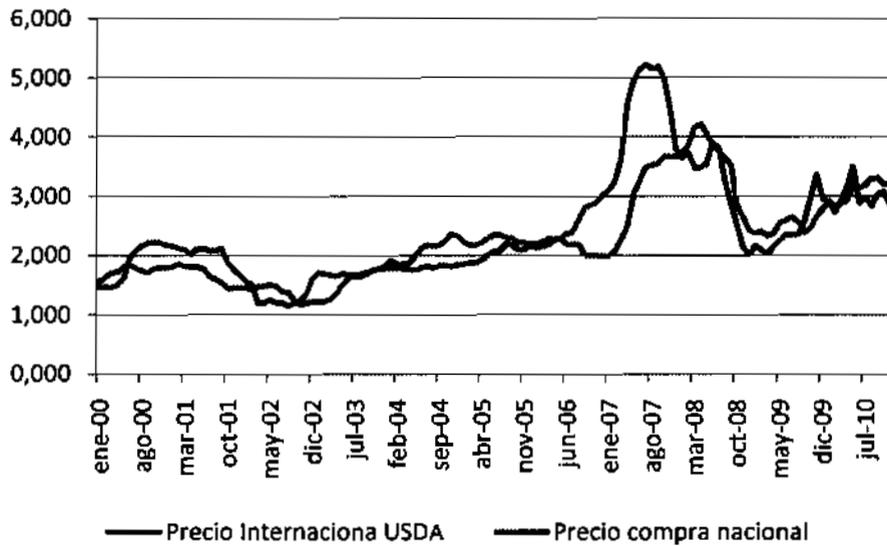
⁹⁰ Consulta de Nestlé, sección 1.7 (iv).

⁹¹ Consulta de Soprole, pág. 178.

competitiva, el precio debería reflejar el valor marginal de la última unidad vendida.

88. Se ha señalado que Chile es un país excedentario, exportador neto de leche. Por lo mismo, el valor marginal de la última unidad de leche vendida debiese estar representado por el precio que las empresas procesadoras de leche reciben por la leche exportada hacia los mercados internacionales. Entonces, dado que la leche que se exporta es leche en polvo (transformada a partir de la leche líquida), el precio internacional de la leche en polvo debiese reflejarse en el precio interno de compra de la leche cruda si es que este último mercado operase de manera competitiva.
89. Lo anteriormente expuesto no debiera implicar que los precios internacionales y los precios nacionales de la leche en polvo sean equivalentes, debido, entre otras cosas, a la existencia de costos de transformación de la leche líquida a leche en polvo y a los costos de transporte que se deben asumir al exportar. Sin embargo, si el mercado de compra de leche líquida operase de manera competitiva, las variaciones observadas en el mismo debieran ser muy similares, en magnitud y en un período corto de tiempo, a aquellas experimentadas por el precio internacional de la leche en polvo.
90. El Gráfico N° 2 muestra la evolución de precios de compra de leche en el mercado nacional y el precio internacional de la leche en polvo descremada entre los años 2000 y 2010.

Gráfico N° 2: Evolución de los precios de compra de leche en el mercado nacional y precios de la leche en polvo descremada mercado internacional años 2000-2010 (dólares por tonelada)



Notas: 1) Precio internacional USDA corresponde a los precios FOB de la leche en polvo descremada del norte de Europa. 2) Para realizar una comparación adecuada se transformó el precio en \$ de compra nacional a precios en US\$ usando el tipo de cambio promedio mensual publicado en el Banco Central y la tasa de conversión de leche líquida a leche en polvo, que corresponde aproximadamente a 9.160 litros/tonelada.

Fuente: Elaboración propia en base a datos ODEPA y Banco Central de Chile.

91. En dicho Gráfico se puede apreciar que entre enero de 2000 y mayo de 2006 el precio internacional de la leche en polvo y el precio nacional de compra de leche cruda sigue una evolución bastante similar. Sin embargo, a partir del mes de mayo de 2006 y hasta mayo de 2008, el precio de la leche en los mercados internacionales aumentó fuertemente, hecho que no fue correspondido, en una magnitud similar, por el precio de compra nacional.
92. Otro hecho importante de destacar es que transcurrido el *boom* del precio internacional y la posterior igualación entre este precio y el precio de compra nacional, la fuerte baja en el precio internacional observada a partir de julio de 2008 hasta septiembre de 2009, fue rápidamente traspasada casi íntegramente a los precios de compra en el mercado

interno, aunque, la baja en el precio internacional fue traspasada en una menor magnitud al mercado interno. No obstante lo anterior, es importante mencionar que la diferencia no traspasada en el período de alza es mucho mayor que la diferencia no traspasada en el período de baja. De hecho, la diferencia promedio entre el precio internacional y el precio nacional en el período de alza (mayo 2006 - mayo 2008) fue de US\$ 764 por tonelada mientras que en el período de baja (junio 2008-septiembre 2009) la diferencia promedio entre el precio nacional y el precio internacional fue de US\$281 por tonelada, cifra 2,7 veces menor.

93. En síntesis, 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 de precios internacionales, éstas no serían traspasadas al mercado interno en una magnitud similar.
94. Un análisis de correlaciones contemporáneas en niveles entre ambos precios reafirma el análisis anterior. De hecho como se observa en el cuadro siguiente, la correlación en todo el período de análisis (enero de 2000 a diciembre de 2010) es bastante alta alcanzando un valor de 0,82.

Cuadro N° 11: Coeficiente de correlación precios de leche internacional y precios de compra nacional (niveles)

Período	Niveles
Enero 2000 - Diciembre 2010	0,82
Mayo 2006 - Mayo 2008 (Período de Alza)	0,58
Julio 2008 - Septiembre 2009 (Período de Baja)	0,92

Fuente: Elaboración propia a partir de datos disponibles en Odepa

95. No obstante, si se analiza la correlación únicamente en el período posterior al fuerte incremento en el precio internacional de la leche, esto es, entre los meses de junio de 2006 y diciembre de 2010 y entre los meses de mayo de 2006 y mayo de 2008, la correlación se reduce fuertemente a un valor de 0,58, mientras que en el período de baja del precio internacional la correlación fue bastante alta, alcanzando un valor de 0,92.
96. Adicionalmente, se realizó al efecto el Test de Causalidad de Granger (el "Test de Granger"), el cual, para este caso en particular, entrega evidencia acerca de si el precio internacional de leche causaría o explicaría el precio nacional de compra⁹². El referido test contrasta estadísticamente la hipótesis nula de no causalidad entre las dos variables en estudio versus la hipótesis alternativa de la existencia de causalidad mediante un test estadístico F⁹³.
97. El Cuadro N° 12 muestra los resultados obtenidos para todo el período analizado (enero de 2000 y diciembre de 2010), así como para el período en el cuál el precio internacional aumentó fuertemente mientras que el precio de compra nacional no lo hizo en la misma magnitud (mayo de 2006 y mayo de 2008) y para el período de la baja en el precio internacional (julio de 2008 y septiembre de 2009).

Cuadro N° 12: Test de Causalidad de Granger precio internacional de la leche versus el precio nacional de compra.

Período	Hipótesis Nula	Test F	Conclusión
Enero 2000- Diciembre 2010	P de compra Nacional NO causa al P de leche Internacional	0,2	No rechaza
	P de leche Internacional NO causa al P de compra Nacional	11,52	Rechaza
Mayo 2006-	P de compra Nacional NO causa al P de leche	1,7	No rechaza

⁹² Cabe destacar que este test de causalidad permite, a diferencia del análisis de correlación anterior, analizar si el precio internacional es causa del precio nacional, tanto contemporáneamente como rezagadamente.

⁹³ El Test de Causalidad de Granger en este caso se hace con dos rezagos.

Mayo 2008	Internacional		
	P de leche Internacional NO causa al P de compra Nacional	2,79	No rechaza
Julio 2008- Septiembre 2009	P de compra Nacional NO causa al P de leche Internacional	0,88	No rechaza
	P de leche Internacional NO causa al P de compra Nacional	4,81	Rechaza

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada por ODEPA.

98. De los resultados arrojados por el estudio que se evidencian en el Cuadro anterior, es posible concluir que al considerar el período completo, o el período de baja del precio internacional, existe evidencia estadística de que el precio internacional de la leche sí causa *a la Granger* al precio nacional de compra, prueba empírica que sustenta lo declarado por Nestlé y Soprole.
99. No obstante lo anterior, si solamente se analiza el período comprendido entre los meses de mayo de 2006 y mayo de 2008, se puede colegir a partir del mismo test de causalidad, que no existe relación entre el precio internacional de la leche y el precio de compra nacional, al no existir evidencia estadística suficiente para rechazar la hipótesis nula de no causalidad en ambos sentidos.
100. En conclusión, la evidencia gráfica y estadística analizada y expuesta precedentemente en esta sección, provee antecedentes que indican que durante el período del fuerte incremento del precio internacional de la leche, el mercado nacional de compra se comportó de manera desigual a como se venía comportando los seis años anteriores, debido a que el aumento en el precio internacional no se vio reflejado en los precios nacionales de compra. Lo anterior permite concluir, en una primera instancia, que los procesadores nacionales pudieron ejercer cierto poder de compra oligopsónico en éste período, quedándose con las ganancias del mayor precio internacional, las que en su mayoría no fueron traspasadas a los productores.

1.5.3. Existencia de seguimiento de precios en el mercado

101. Las empresas procesadoras consultadas señalaron que los precios de compra son establecidos de acuerdo a los precios que establezca la competencia, y en particular, los precios que al efecto fija Soprole⁹⁴. Se indicó que dicho comportamiento se debía a que a las otras procesadoras no les conviene perder competitividad a través de precios altos de compra del insumo [6].
102. Todoagro⁹⁵, por su parte, señaló que *"Soprole, como líder del mercado en términos de leche recepcionada, ha liderado, salvo algunas excepciones, la determinación del precio a productor. Las demás empresas son reactivas al precio nuevo publicado, incluido Nestlé, y ajustan sus pautas de pago en relación a lo publicado por Soprole"*.
103. En este sentido, esta Fiscalía testeó estadísticamente si los precios de compra de leche de las distintas plantas serían efectivamente causados por los precios de compra de Soprole. En mérito de dicho análisis estadístico, se pudo establecer que el precio base de compra de Nestlé, Danone, Watt's y Lácteos Frutillar son causados por el precio de compra fijado por Soprole.
104. Primeramente, el Gráfico N°3 contiene el precio de compra promedio de cada empresa procesadora en el período comprendido entre enero de 2003 y noviembre de 2010⁹⁶. En este Gráfico es posible apreciar que para las distintas procesadoras, la evolución de los precios de compra es bastante similar, en todo el período analizado. En suma, esta evolución

⁹⁴ No obstante ello, Soprole señala en su consulta, 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"**.

⁹⁵ Presentación realizada con fecha 28 de diciembre de 2010, rolante a fojas 1773 y siguientes.

⁹⁶ Danone presenta información entre los meses de junio de 2007 y noviembre de 2010, mientras que Lácteos Frutillar presenta información entre los meses de octubre de 2005 y junio de 2009.

permite establecer la hipótesis de que el precio de compra entre estas empresas se encuentra fuertemente relacionado.

Gráfico N°3: Evolución de los precios promedio⁹⁷ pagados por cada procesadora a los productores, años 2003-2010.

(Pesos por litro reales a noviembre de 2010)

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [2]

105. Adicionalmente, si se analizan los meses en donde se modificó la pauta de precios base que las procesadoras pagan a los productores en las regiones del Bío-Bío y de Los Lagos⁹⁸, se encuentra que Soprole causa el movimiento de precios de las restantes procesadoras en la mayoría de los casos. Para la región del Bío-Bío, donde se tienen datos de variación en la pauta de precios de Soprole y Nestlé para el período comprendido entre los meses de mayo de 2005 y enero de 2009, se puede apreciar, a partir del Test de Granger, con un rezago, que el precio base de Soprole causa al precio base de Nestlé, no ocurriendo esta situación en el sentido contrario. Ver Cuadro N° 13.

Cuadro N° 13: Test de Causalidad de Granger Región del Bío Bío.

Período	Hipótesis Nula	Test F	Conclusión
Mayo 2005 a	P de compra Soprole NO causa al P de compra Nestlé	40,12	Rechaza
Enero 2009	P de compra Nestlé NO causa al P de compra Soprole	0,22	No Rechaza

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de esta Fiscalía (Investigación Rol N° 1370-08)

106. Un análisis similar se efectúa para la región de Los Lagos, donde se dispone de información de variación en el precio de la pauta para las procesadoras Soprole, Nestlé, Watt's y Lácteos Frutillar para el período

⁹⁷ Es importante aclarar que los precios promedio son distintos a los precios base. Esto dado que los promedios incluyen no solo las diferencias de precio entre zonas sino también entre productores.

⁹⁸ El período disponible de precios de compra para estas regiones es entre enero de 2005 y enero de 2009.

comprendido entre marzo de 2007 y enero de 2009. Según nuevamente se puede apreciar, a partir de un análisis del Test de Granger con un rezago, que el precio base de Soprole causa al precio de las restantes procesadoras⁹⁹, no ocurriendo lo mismo en el sentido contrario.

Cuadro N° 14: Test de Causalidad de Granger Región de Los Lagos.

Período	Hipótesis Nula	Test F	Conclusión
Marzo 2007- Enero 2009	P de compra Soprole NO causa al P de compra Nestlé	12,82	Rechaza
	P de compra Nestlé NO causa al P de compra Soprole	0,07	No Rechaza
Marzo 2007- Enero 2009	P de compra Soprole NO causa al P de compra Watts	12,43	Rechaza
	P de compra Watts NO causa al P de compra Soprole	1,16	No Rechaza
Marzo 2007- Enero 2009	P de compra Soprole NO causa al P de compra Frutillar	2,94	Rechaza*
	P de compra Frutillar NO causa al P de compra Soprole	0,10	No Rechaza

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de esta Fiscalía (Investigación Rol N° 1370-08)

107. A este respecto, es menester señalar que los datos para realizar este análisis corresponden a aquellos aportados en la Investigación Rol N°1370-08 FNE, caratulada "Solicitud de la H. Cámara de Diputados sobre rebaja del precio de compra de leche", y no a los datos aportados por Soprole a la operación de concentración consultada. Lo anterior, como consecuencia de que según este H. Tribunal podrá apreciar, Soprole no aportó a estos autos sus precios de compra desagregados por planta procesadora.

108. Habiéndose determinado que Soprole efectivamente ejercería el liderazgo de precios, mientras que las otras procesadoras serían seguidoras, surge la necesidad de testear si estas últimas responderían al precio de Soprole en una magnitud similar y en el mismo sentido. La hipótesis anterior, se puede comprobar estimando si las variaciones del precio de compra de la

⁹⁹ Lácteos Frutillar, solamente al 1% de significancia.

procesadora X depende contemporáneamente, y rezagadamente en un período, de las variaciones del precio de compra que al efecto utiliza Soprole. Así, se debiera cumplir que:

$$\Delta P_t(X) = \beta_1 \Delta P_t(\text{Soprole}) + \beta_2 \Delta P_{t-1}(\text{Soprole}) + \epsilon_t$$

Donde $\Delta P_t(X)$ corresponde a la variación del precio de compra de la procesadora X en el período t; $\Delta P_t(\text{Soprole})$ y $\Delta P_{t-1}(\text{Soprole})$ corresponden a la variación del precio de compra de Soprole el período t y t-1 respectivamente¹⁰⁰. A su vez, β_1 y β_2 indican en cuanto afecta a la variación del precio de compra de la procesadora X el período t frente a un aumento en el precio de compra de Soprole el período t y t-1 en una unidad respectivamente.

109. De acuerdo a la ecuación anterior, si la procesadora X varía su precio de compra en el mismo sentido que Soprole se debe cumplir que $\beta_1 > 0$ y $\beta_2 > 0$, mientras que si la procesadora X varía su precio de compra en una magnitud similar a la variación del precio de compra de Soprole, entonces $\beta_1 + \beta_2$ deberían ser cercano a uno.

110. En este contexto, el Cuadro N° 15 resume los principales resultados de las estimaciones del precio de compra de las procesadoras Nestlé, Danone, Watts y Lácteos Frutillar en función del precio contemporáneo y rezagado en un período, respecto del precio de compra de Soprole.

Cuadro N° 15: Estimación de variación del Precio de compra procesadoras versus precios de compra Soprole.

Procesador	Parámetro	Estimación	Test t	Magnitud	R cuadrado
Nestlé	Beta1	0.96	16.69	Beta1 =0.96	0,76
	Beta2	No	3.93		

¹⁰⁰ Es importante mencionar, que para que la regresión fuera más robusta en términos agregados, se utilizaron los precios promedio de compra y no los precios base, pues se contaba con una serie más larga de datos a nivel nacional y se podían incluir un mayor número de procesadoras de leche, características que no se podían obtener con la información que se disponía sobre los precios de compra base utilizados en el Test de Granger.

		significativo			
Danone	Beta1	0.71	7.18	Beta1+Beta2=0.95	0,72
	Beta2	0.24	2.41		
Watts	Beta1	0.79	11.53	Beta1+Beta2=1.01	0,75
	Beta2	0.22	3.08		
Lácteos Frutillar	Beta1	1.02	6.50	Beta1=1.02	0,50
	Beta2	No significativo	-		

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por empresas.

111. Todos los parámetros estimados en el cuadro anterior son mayores a cero y estadísticamente significativos, a excepción del parámetro rezagado de la estimación de la procesadora Nestlé y Lácteos Frutillar. Los signos - todos positivos- de los parámetros estimados, indican que las distintas empresas procesadoras responden en el mismo sentido a la variación en el precio de compra iniciada por Soprole.

112. Con respecto a la magnitud en la variación del precio de compra de las procesadoras de acuerdo al precio de compra pasado y contemporáneo pagado por Soprole, se puede apreciar que el precio de todas las empresas procesadoras varía en una magnitud similar (todas superiores a 0,89) como respuesta al precio de compra establecido por Soprole. En consecuencia puede concluirse que el precio de compra de leche cruda es sensible a las variaciones de precio efectuadas por Soprole.

1.5.4. Existencia de competencia por captación de productores entre Soprole y Nestlé

113. Sin perjuicio de que Soprole es el líder de precios de compra de leche cruda, de manera tal que sus variaciones al alza o a la baja son seguidas por las demás plantas procesadoras en una magnitud similar, lo anterior no obsta a que exista cierto grado de competencia por la captación de proveedores en los radios geográficos donde estas plantas convergen.

114. De partida, y tal como se señala en el informe emitido por el Ministerio de Agricultura, Soprole y Nestlé tienen "*diferentes pautas de pago, con énfasis distinto en variables de calidad y mercado (estacionalidad, condición sanitaria, volumen, proyectos de desarrollo, etc.)*"¹⁰¹, que finalmente se trasuntan en diferencias en los precios pagados a productores. Un ejemplo de ello lo constituiría, a juicio de un importante actor del mercado [7], la zona de los Ángeles, donde Nestlé ofrecería \$15 (quince pesos) más por litro de leche cruda que Soprole, lo que en teoría debiese presionar a esta última a buscar alternativas para retener a sus productores y a mejorar el precio pagado por la leche recibida.
115. Atendida la importancia de lo señalado para efectos de determinar los eventuales riesgos a la competencia asociados a la operación de concentración, esta Fiscalía intentó revisar los precios de compra pagados por Soprole y Nestlé, a objeto de verificar la real entidad de la competencia por precios que se daría entre ambas empresas. Lamentablemente, la información sobre precios de compra proporcionada por Soprole a fojas 1798 de autos no está desagregada por zonas geográficas, tornando imposible la ejecución de la tarea propuesta.
116. Ante esa nueva omisión de la Consultante, esta Fiscalía decidió remediar la misma utilizando información allegada en el marco de la investigación Rol N° 1370-08 FNE, caratulada "Solicitud de la H. Cámara de Diputados sobre rebaja del precio de compra de leche", relativa a las regiones del Bío-Bío y Los Lagos. El análisis de dichos datos arrojó que efectivamente Nestlé habría pagado, a través de su precio base, un 5% más por la leche que Soprole durante el período de estudio.

Cuadro N°16: Precio Base por Litro Soprole y Nestlé¹⁰² (2007 – 2009)

[●]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [3]

¹⁰¹ Antecedentes remitidos por el Ministerio de Agricultura, a fojas 1379 de autos.

¹⁰² Pauta contempla bono de invierno de \$17 por litro.

117. En síntesis, como bien podrá apreciar este H. Tribunal, en este capítulo se analizaron y evidenciaron las asimetrías existentes en el traspaso del precio internacional de la leche en polvo al precio de compra de leche interno. Asimismo, queda comprobado que Soprole es la empresa procesadora líder en la determinación de los precios y en los movimientos al alza o a la baja de los precios de compra en el mercado nacional. Análogamente, se constató que existen zonas geográficas donde Nestlé compite con Soprole por la leche, pagando al efecto un precio base superior por la recepción de dicho insumo.

2. Procesamiento de Leche para Elaboración de Productos Lácteos

118. El procesamiento de la leche cruda consiste en el procedimiento efectuado en base a la leche elaborada por los productores lácteos, la cual es recolectada en base a sistemas logísticos de transporte, y recibida por plantas procesadoras del insumo de diversa capacidad e infraestructura, a fin de elaborar uno o más productos lácteos destinados a su comercialización o exportación, o bien, para servir de insumo para la fabricación de otros productos. Según se mencionó anteriormente, la leche cruda para procesamiento es obtenida desde predios lecheros que son de propiedad de múltiples agricultores, mediante procedimientos de ordeña manual y/o mecanizada.

119. El sistema logístico de recolección de la leche cruda consiste en que la leche es recolectada por las mismas plantas procesadoras, las cuales envían camiones de acopio a los predios lecheros de los productores. Según Soprole, *"el proceso de recolección de leche que se hace en los predios de los Agricultores, se realiza mediante la contratación de servicios de porte a agentes en el mercado, servicios que son pagados por las empresas procesadoras ya que el precio de la leche es por el producto puesto en el predio del Agricultor"*¹⁰³.

¹⁰³ Consulta de Soprole, pág. 166.

120. En cuanto a la relación planta procesadora/productor, esta Fiscalía ha podido constatar, en general, dos formas de organización. La primera consiste en una relación habitual de abastecimiento de leche, en que los productores no participan en la propiedad y decisiones de la empresa receptora. En término simples, el productor vende la leche cruda elaborada en su predio a la empresa procesadora, en una dinámica bilateral. Esta forma organizativa la utilizan, entre otras empresas, Soprole, Nestlé, Watt's, Danone y Compañía Agrícola y Lechera Quillayes de Peteroa ("**Quillayes**"), las cuales compran leche cruda a terceros proveedores, y reciben toda la leche producida por ellos.
121. Por su parte, la segunda forma de organización de las empresas procesadoras se realiza en virtud de diferentes formas de integración vertical con productores, como por ejemplo, la creación de diversos tipos de asociaciones entre productores lecheros. En efecto, este mecanismo de organización de integración vertical entre procesadoras y productores, a través de cooperativas de diversa índole, es la que utilizan Bioleche, Colún y Surlat Industrial S.A. ("**Surlat**"). Dichos entidades se encuentran estructuradas, básicamente, con miembros productores cooperados a los cuales la empresa procesadora les compra la totalidad de la leche que producen.
122. De acuerdo al informe lácteo emitido por Odepa¹⁰⁴, la recepción de leche para el año 2010 fue de 1.895 miles de millones de litros, lo cual representó un aumento del 6,9% de los litros recibidos con respecto al año 2009. Asimismo, el informe de Odepa antes enunciado señala que los productos lácteos que tuvieron variaciones positivas en cuanto a cantidades producidas respecto al año 2009, fueron la mantequilla -con una variación del 23%- , seguida por el suero en polvo -con una variación del 21,9%- y por los quesos, con un aumento en los kilos producidos del 14.2%. (Ver Cuadro N°17)

¹⁰⁴ Informe "*Leche: Producción, Recepción, Precio y Comercio Exterior*" elaborado por Odepa en diciembre de 2010.

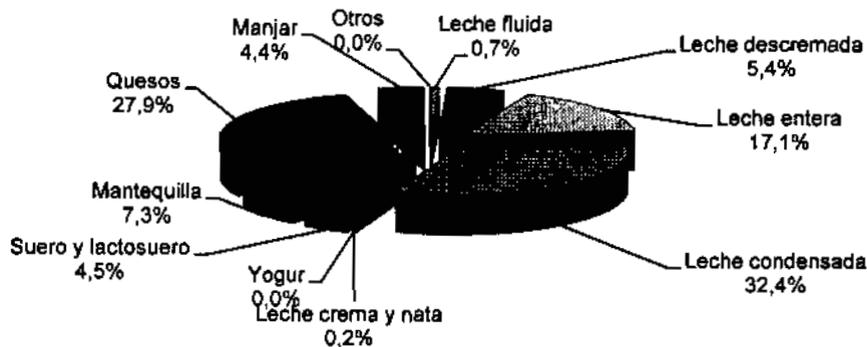
123. Por su parte, en cuanto a las exportaciones de productos lácteos para el período comprendido entre enero y diciembre de 2010¹⁰⁵, el valor de las mismas alcanzó los US\$ FOB 159.100 (en miles de dólares).

Cuadro N° 17: Recepción de leche y elaboración de productos lácteos en plantas lecheras, año 2010

Producto	Unidades	2010	Variación %
			2010/2009
Recepción de leche	Lt	1.895.735.168	6,9
Elaboración de leche fluida	Lt	366.610.015	7,4
Elaboración de leche en polvo	Kg	82.321.318	12,1
Quesillos	Kg	8.349.066	2,8
Quesos	Kg	64.558.359	14,2
Yogur	Lt	198.825.076	3,8
Leche cultivada o fermentada	Lt	9.759.929	-6,7
Crema	Kg	29.436.211	10,2
Mantequilla	Kg	21.086.388	23,3
Suero en polvo	Kg	29.231.989	21,9
Leche condensada	Kg	36.829.099	10,7
Manjar	Kg	25.378.466	3,9

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Odepa

Gráfico N° 4: Exportaciones de productos lácteos, año 2010



Fuente: Odepa

124. En este contexto, Nestlé indica que *"La industria láctea es dinámica y se encuentra en pleno proceso de expansión y crecimiento, tanto por el lado de la producción y oferta de leche cruda, como por el lado de la demanda"*

¹⁰⁵ Informe "Leche: Producción, Recepción, Precio y Comercio Exterior", *Ibid.*

de la misma". En dicho sentido, la Consultante destaca el carácter excedentario de la producción lechera nacional, con tendencia al crecimiento de la cantidad y calidad de la leche para exportación¹⁰⁶. Sin embargo, reconocen la estacionalidad de la producción de leche en nuestro país *"pues los excedentes de leche que permiten realizar exportaciones se dan en los meses de primavera y verano, mas no en otoño ni en invierno, principalmente en atención a que el crecimiento natural del pasto en las praderas es mayor en verano y primavera"*¹⁰⁷.

3. Mercado Relevante

3.1. Mercado Relevante de Producto

125. De acuerdo a la Guía, se entiende por mercado relevante el *"producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado"*.

126. Por consiguiente, en el contexto del análisis de la operación de concentración objeto de la consulta de autos, el mercado relevante de los productos que se analizan es el de la recepción de leche fluida para procesamiento y el de la elaboración de productos lácteos.

3.2. Mercado Relevante Geográfico

127. La Fiscalía Nacional Económica en su Guía entiende delimitado el mercado relevante geográfico por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto de un producto o grupo de productos relevantes.

¹⁰⁶ Consulta de Nestlé, pág. 40.

¹⁰⁷ Consulta de Nestlé, pág. 37.

128. Conforme se mencionó anteriormente, el mercado de la compra de leche se realiza principalmente en cinco regiones del país: Los Lagos¹⁰⁸, Los Ríos, Araucanía, Bío Bío y Metropolitana. Consecuentemente, la pregunta que surge es si cada una de estas regiones corresponde en sí a un mercado relevante geográfico o, por el contrario, si todas las regiones antes mencionadas pertenecen a un mismo mercado geográfico nacional.
129. De acuerdo con las Consultantes, el mercado relevante geográfico estaría dado por áreas de influencia de carácter local. En este sentido, Soprole aduce en su presentación que *"el mercado geográfico relevante es preferentemente regional, definido éste, no en base a cada división político-administrativa del país, ya que los mercados relevantes están determinados por el tiempo de transporte de un producto perecible, su calidad y costo de transporte"*¹⁰⁹. Ello, según indica, dado que atendido el carácter perecible de la leche cruda, el transporte de la misma requiere tratamientos industriales (en particular, cadenas de frío), que hacen más oneroso dicho traslado.
130. Tan elevados serían los costos del transporte de la leche cruda que los productores sólo podrían vender la leche que elaboran a las empresas procesadoras localizadas dentro de ciertas *"zonas de influencia"* (no necesariamente regiones político-administrativas), cada una de las cuales conforma, según las Consultantes, un mercado geográfico relevante. Dichas zonas de influencia serían: (i) el mercado relevante de la V Región, la Región Metropolitana y la VI Región; (ii) el mercado relevante de la VIII Región; (iii) el mercado relevante de la IX Región; y (iv) el mercado relevante de la X-XIV Región.
131. Por el contrario, para gran parte de partes intervinientes en el proceso de autos el mercado relevante es nacional. Por ejemplo, Colún señala en su

¹⁰⁸ Región que presenta los mayores niveles de producción y de exportación.

¹⁰⁹ Consulta de Soprole, pág. 155.

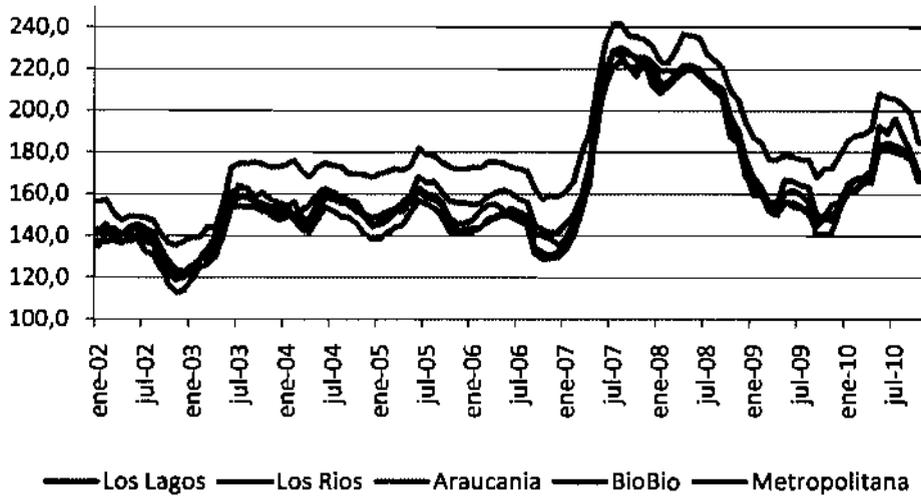
presentación a este H. Tribunal¹¹⁰: *“Si bien es cierto que la leche fresca se compra en distritos de recolección definidos, el tamaño relativamente reducido del área geográfica donde se concentra la producción lechera, así como las importantes mejoras en las vías de comunicación y en los sistemas de refrigeración, hacen que los diferentes mercados regionales estén interconectados y tienden a la unificación, lo que se manifiesta en la determinación de los precios. Lo anterior se ve reflejado también en los traslados de leche entre las distintas regiones que realizan las empresas del rubro”.*

132. A objeto de testear ambas visiones esta Fiscalía procedió a realizar una serie de estudios, cuyos principales resultados se exhiben a continuación:

133. El gráfico N° 5 resume por región, la evolución de los precios pagados a los productores entre los años 2002 y 2010. En particular, dicho gráfico muestra que la evolución de los precios sigue una misma tendencia en cada una de las regiones en estudio, lo que indicaría, en primera instancia, que existen determinantes comunes en los precios de compra existentes en cada región.

¹¹⁰ A fojas 3479 de fecha 20 de enero de 2010, sección 19.

Gráfico N° 5: Evolución de los precios promedio pagados a los productores años 2002-2010 (Pesos por litro)¹¹¹



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de ODEPA.

134. Asimismo, si se analizan los precios base pagados a productores de leche cruda por cada procesadora, se observa una evolución similar en cada una de las regiones, lo que también da luces acerca de la existencia de determinantes comunes en los precios de compra.

Gráfico N° 6: Evolución del precio base pagado por Nestlé en la región del Bío-Bío y Los Lagos años 2003-2010 (pesos por litro)

[●]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [4]

Gráfico N°7: Evolución del precio base pagado por Watt's en la región de la Araucanía y Los Lagos años 2003-2010 (pesos por litro)

[●]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [5]

¹¹¹ Las diferencias por zonas, de los precios en niveles, se explican por el hecho que las procesadoras pagan más en algunas zonas geográficas con el objeto de compensar los mayores costos de producción de la leche y adicionalmente, por los diferencias en costos en transporte.

Gráfico N° 8: Evolución del precio base pagado por Lácteos Frutillar en la región de Los Lagos y Danone en la región del Bío-Bío Junio 2007-Junio 2010. (Pesos por litro)

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [6]

135. No obstante que la *evidencia cualitativa* provista por los gráficos anteriores entrega una idea de un mercado nacional de compra de leche, es necesario agregar un *análisis cuantitativo* sobre la evolución de precios de compra de leche en cada una de las regiones. Primeramente, se analizará el coeficiente de correlación¹¹² para medir el grado de relación, del tipo lineal, entre los precios pagados en diferentes regiones.

136. El Cuadro N° 18 resume los coeficientes de correlación respecto del nivel de los precios de compra entre las distintas regiones. Conforme se puede apreciar, los coeficientes son superiores o iguales a 0,97 para todas las correlaciones entre las regiones, estableciendo de esta forma, que existe una fuerte relación lineal positiva entre los precios. Es decir, un aumento del precio en un período del tiempo t en la región X, vendrá acompañado de un aumento en la región Y, en el mismo período.

Cuadro N° 18: Coeficiente de correlación precios de compra entre regiones (niveles)

	Los Lagos	Los Ríos	Araucanía	Bío Bío	Metropolitana
Los Lagos	1,00				
Los Ríos	0,99	1,00			
Araucanía	0,99	0,98	1,00		
Bío-Bío	0,99	0,98	0,99	1,00	
Metropolitana	0,98	0,97	0,98	0,99	1,00

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de ODEPA

¹¹² Los coeficientes de correlación como herramienta para definición de mercado relevante han sido usados y/ o discutidos en: Stigler, George y Robert Sherwin (1985), "The Extent of the Market", Journal of Law and Economics Vol. 28, pp.555-85; Horowitz, Ira (1981), "Market Definition in Antitrust Analysis: A Regression Based Approach", Southern Economic Journal Vol. 48, No. 1, pp. 1-16. Definición de mercado relevante a través de test de precios. Leandro Zipitria, Banco Central de Uruguay. Julio 2008.

137. Adicionalmente, de acuerdo a la metodología de Stigler y Sherwin (1985)¹¹³, es conveniente estudiar el coeficiente de correlación del logaritmo de los precios y el coeficiente de correlación de sus primeras diferencias para testear si las distintas regiones analizadas corresponden o no al mismo mercado geográfico.

138. Así, el Cuadro N° 19 resume los coeficientes de correlación del logaritmo natural de los precios de compra en cada una de las regiones, donde se encuentra nuevamente un alto coeficiente entre todas ellas.

Cuadro N° 19: Coeficiente de correlación de los precios de compra entre regiones (Logaritmo Natural)

	Los Lagos	Los Ríos	Araucanía	Bío Bío	Metropolitana
Los Lagos	1,00				
Los Ríos	0,99	1,00			
Araucanía	0,99	0,98	1,00		
Bío-Bío	0,99	0,97	0,99	1,00	
Metropolitana	0,98	0,97	0,98	0,98	1,00

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de ODEPA.

139. Del mismo modo, el Cuadro N° 20 resume los coeficientes de correlación de variación de los precios -primera diferencia- en cada una de las regiones en estudio. Análogamente, se encuentra un coeficiente de correlación alto entre regiones, todos superando el nivel de 0,80, indicando al efecto que las variaciones de los precios de compra se encuentran fuertemente relacionadas entre las distintas regiones.

¹¹³ Stigler, G. J. and Sherwin, R. A. (1985): "The extent of the market", Journal of Law & Economics 28(3): 555_85.

Cuadro N° 20: Coeficiente de correlación de los precios de compra entre regiones (variación de precios)

	Los Lagos	Los Ríos	Araucanía	Bío Bío	Metropolitana
Los Lagos	1,00				
Los Ríos	0,87	1,00			
Araucanía	0,90	0,80	1,00		
Bío-Bío	0,95	0,85	0,88	1,00	
Metropolitana	0,90	0,83	0,89	0,92	1,00

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de ODEPA.

140. Es importante mencionar, que el análisis del coeficiente de correlación solamente indica los co-movimientos significativos en los precios de compra entre regiones de forma contemporánea, y en ningún caso entrega información sobre la causalidad de las variables, ni contemporánea ni rezagadamente.
141. En otro orden de cosas, procede señalar que una crítica que se le ha hecho al análisis de correlación, es que éste se puede encontrar influenciado por una correlación espuria¹¹⁴, es decir, que ambos precios se encuentran influenciados de la misma forma por una tercera variable común, como por ejemplo, el costo de un insumo de producción¹¹⁵.
142. Según se mencionó anteriormente, 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. Por lo tanto, 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

¹¹⁴ Agostini, Claudio, (2007), "Hacia una Política de Evaluación de Fusiones Horizontales", ILADES-Georgetown University Working Papers, Ilades-Georgetown University, School of Economics and Business.

¹¹⁵ Es menester recordar que los test de correlación implican un riesgo potencial de incluir dentro de un mismo mercado relevante dos productos que pertenecen a mercados distintos. Consecuentemente, este test no es una herramienta comúnmente utilizada para detectar si dos productos pertenecen a un mismo mercado relevante.

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. En dicho sentido, Soprole indica en su consulta: “[...] el mercado relevante de la X-XIV Región, es el que determina el precio para el resto de las regiones”¹¹⁶.

143. En consecuencia, se hace imperioso un test de precios que testee dicha hipótesis y el test atingente utilizado en la literatura económica es el Test de Granger¹¹⁷. Dicho test se puede utilizar para medir la influencia, contemporánea y rezagada, del precio de compra de la región de los Lagos en las otras regiones.

144. Por consiguiente, se contrasta la hipótesis de exogeneidad o no causalidad (*hipótesis nula*) versus la hipótesis de causalidad y precedencia (*hipótesis alternativa*) entre los precios de la región de Los Lagos y las otras regiones. El número de rezagos elegidos en el test fue de 2 y el nivel de significancia utilizado fue el 0,05%. El Cuadro N° 21 muestra los resultados.

Cuadro N° 21: Test de Causalidad de Granger entre la región de Los Lagos y las otras regiones productoras de leche.

Región	Observaciones	Estadístico F	P-value
Los Ríos	105	11,63	0.00
La Araucanía	105	6,12	0.00
Bio Bio	105	7,26	0.00
Metropolitana	105	7,28	0.00

Fuente: Elaboración a partir de datos de ODEPA.

¹¹⁶ Consulta de Soprole, pág. 163.

¹¹⁷ Los tests de Granger han sido utilizados como herramienta para definición de mercado relevante en: Slade, Margaret E, 1986. "Exogeneity Tests of Market Boundaries Applied to Petroleum Products," *Journal of Industrial Economics*, Blackwell Publishing, vol. 34(3), pages 291-303, March; Evaluación del poder de mercado en el sector lácteo, Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Argentina. Junio 2004.

145. El Cuadro N° 21 muestra que todos los tests aplicados a cada una de las regiones rechazan la hipótesis nula, indicando que la evidencia estadística da soporte a la hipótesis de precedencia 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.
146. Finalmente, para testear la robustez de este análisis estadístico, tomando en consideración que los precios de compra de la región de los Lagos afectan al precio de compra de las otras regiones (Test de Granger) y que la evolución de los precios en todas las regiones son muy similares (Gráficos N° 5, 6, 7 y 8) se debería testear si las variaciones en los precios de la región de Los Lagos afectan directamente a las variaciones en los precios de las otras regiones, ya sea de manera contemporánea o rezagadamente en uno o dos periodos. Lo anterior, se puede testear estimando una regresión del tipo¹¹⁸:

$$\Delta P_t(R) = \beta_1 \Delta P_t(LL) + \beta_2 \Delta P_{t-1}(LL) + \beta_3 \Delta P_{t-2}(LL) + \epsilon_t$$

Donde $\Delta P_t(R)$ corresponde a la variación del precio de compra en la región R el período t; $\Delta P_t(LL)$, $\Delta P_{t-1}(LL)$ y $\Delta P_{t-2}(LL)$ corresponden a la variación del precio de compra en la región de Los Lagos el período t, t-1 y t-2 respectivamente. A su vez, β_1 , β_2 y β_3 indican en cuanto varía el precio de compra en la región R el período t si aumenta el precio de compra en la región de Los Lagos el período t, t-1 y t-2 en una unidad. De esta manera, si el ajuste de precio de la región R ocurre en tres meses, entonces $\beta_1 + \beta_2 + \beta_3$ indicaría en cuanto varía el precio de la región R a causa de la variación en una unidad del precio de compra de la región de Los Lagos.

¹¹⁸ La metodología de estimación de esta ecuación está basada en el modelo contenido en el "Informe Económico sobre la compra de la leche en Chile" de noviembre de 2009, entregado por Fedeleche a la FNE ante solicitud de información efectuada por esta Fiscalía en el marco de la Investigación.

147. Se realizaron regresiones con uno y dos rezagos en la variación de los precios de la región de Los Lagos, sin embargo, el mejor ajuste encontrado a partir de las estimaciones se da incluyendo solamente un mes de rezago. El Cuadro N° 22 resume los resultados de las estimaciones con un rezago incluido para el resto de las regiones. En éste se puede apreciar que el ajuste en dos meses es cercano a uno para todas las regiones, con excepción de la región Metropolitana. De hecho, frente a la hipótesis de un traspaso 1:1 en dos meses ($\beta_1 + \beta_2 = 1$) entre los precios de compra, no se puede rechazar dicha hipótesis con la evidencia estadística que se tiene para las regiones de Los Ríos, Araucanía y Bío Bío. Para la región más alejada de la región de los Lagos, esto es, la región Metropolitana, el traspaso de las variaciones de precios no sería 1:1 en dos meses, pero de igual manera se encuentra un coeficiente de magnitud considerable (0.87).

Cuadro N° 22: Estimaciones del traspaso de las variaciones de precios de la región de Los Lagos en el resto de las regiones.

Región	Estimaciones	Ajuste	Hipótesis	p-value
Los Ríos	Beta1=1,02	Beta1+Beta2=0,96	Beta1+Beta2=1	0,57
	Beta2=-0,06			
Araucanía	Beta1=0,77	Beta1+Beta2=0,98	Beta1+Beta2=1	0,68
	Beta2=0,21			
Bío-Bío	Beta1=0,88	Beta1+Beta2=0,95	Beta1+Beta2=1	0,15
	Beta2=0,07			
Metropolitana	Beta1=0,79	Beta1+Beta2=0,87	Beta1+Beta2=1	0,00
	Beta2=0,08			

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de ODEPA.

148. En resumen, de los gráficos, los tests de correlación, el Test de Granger y el análisis econométrico, se puede concluir que el mercado relevante de compra de leche corresponde a uno sólo en términos geográficos. Lo anterior implica que el mercado relevante de la compra de leche cruda tendría un alcance nacional.

149. La conclusión anterior viene a demostrar que, en los hechos, a pesar de que se observa escasa movilidad de productores, y que los altos costos de transporte de la leche impiden que sea rentable para las plantas procesadoras recolectarla más allá de un radio de influencia acotado¹¹⁹, los precios se fijan a nivel nacional, utilizando como referencia los precios de la Región de Los Lagos.

4. Concentración y Umbrales

150. El Cuadro N° 23 contiene las participaciones de mercado para el año 2010 de las distintas procesadoras lácteas en la recepción de la leche cruda en el país. Según se indica, la líder de mercado es Soprole con un 24,41% de recepción de leche, seguida por Colún con un 22,38% y en tercer lugar Nestlé, con un 20,34% de la recepción de leche en el año 2010.

Cuadro N° 23 Participaciones de Mercado Procesadoras de Productos Lácteos, año 2010

Procesadora	% Mercado	
	Con Colún	Sin Colún
Soprole	24,41	31,45
Colún	22,38	0,00
Nestlé	20,34	26,20
Watt's S.A.	12,20	15,72
Surlat	5,89	7,59
Mulpulmo	6,91	8,90
Danone Chile S.A.	2,83	3,65
Quillayes	3,54	4,57
A. Cuinco	0,01	0,01
Lácteos Puerto Varas	1,01	1,30
Chilolac	0,48	0,62

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Odepa

151. Adicionalmente, el Cuadro precedente exhibe las participaciones de mercado sin tener en cuenta a la empresa Colún. Esta distinción es

¹¹⁹ Factores que hicieron que esta Fiscalía considerase el mercado relevante geográfico como regional en informes emitidos en el pasado en el marco de la Consulta de FEDELECHE ante este H. Tribunal (Rol NC-342-09), e Informe en la Consulta de Nestlé Chile S.A. sobre alianza estratégica con Soprole S.A., (Rol NC 138-06).

relevante puesto que, atendido su carácter de cooperativa, Colún está integrado verticalmente y de acuerdo a sus estatutos está obligado a comprar el 100% de la leche a sus productores cooperados. En efecto, Colún señaló en su presentación ante este H. Tribunal¹²⁰ que *“adquiere sólo un 3% aproximadamente de la leche que procesa a entidades o personas distintas de sus cooperados, por lo que **no puede ser considerada como un actor más en el mercado de la compra de leche**”*.

152. Al respecto, Todoagro en su presentación ante este H. Tribunal, a fojas 1773 señala que *“Colún, como cooperativa, no tiene productores que dejen de abastecerlos, salvo aquellos que no continúan en el giro. Por otro lado tienen listas de espera de productores que quisieran producir leche para la cooperativa, a pesar del importante aporte económico que ello significa. Es una empresa que sólo suma productores cuando lo estima pertinente”*.

153. En el mismo sentido se manifestó Fedeleche al señalar que: *“Colún no es competencia efectiva de las Consultantes en el corto plazo. Los productores no asociados a Colún no podrían ofrecer su leche de manera relevante a Colún si las Consultantes abusan de su poder de mercado. Colún sólo podría eventualmente disputarle a las Consultantes un mercado insatisfecho por sus abusos en el mediano plazo”¹²¹*.

154. Por lo tanto, Colún 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. Así, teniendo en cuenta esta salvedad, la líder en recepción de leche sigue siendo Soprole, con un 31,45% de la misma, seguida por Nestlé con un 26,20% de participación y en tercer lugar Watt's, con un 15,72% de recepción de la leche en el año 2010.

¹²⁰ A fojas 3479 de autos, con fecha 20 de enero de 2011, sección 22.

¹²¹ Presentación de Fedeleche, p. 40.

155. De acuerdo con las participaciones de mercado expuestas resulta posible concluir que el índice HHI es de 2.096, revelador de un mercado altamente concentrado, conforme con la Guía.
156. Pues bien, lo que la creación del JV implica, en términos formales, es la creación de un nuevo actor comprador de leche cruda, que coexistirá con Soprole (Prolesur) y Nestlé. Por lo mismo, mirado desde un punto meramente formal, la operación desconcentra el mercado relevante. En efecto, el índice HHI disminuye a 1623, lo que reflejaría un modelo moderadamente concentrado.

Cuadro N° 24: Participaciones de Mercado Procesadoras de Productos Lácteos post creación del JV.

Procesadora	% Mercado	HHI
Prolesur	19,00%	1623
JV	12,50%	
Nestlé	26,20%	
Watt's	15,70%	
Mulpulmo	8,90%	
Quillayes	4,60%	
Surlat	7,60%	
Danone	3,60%	
Chilolac	0,60%	
Alim. Pto. Varas	1,30%	

Fuente: Elaboración propia a partir de datos Odepa.

157. No obstante lo señalado, y según se expondrá en el capítulo de esta presentación que se aboca a los riesgos de la operación de concentración, esta Fiscalía es del parecer de que atendidas las vinculaciones de propiedad existentes entre las partes, éstas tendrán interés en actuar como un sólo agente de mercado. De ser esto efectivo, los indicadores de concentración post fusión se incrementarían en 1.652 puntos, alcanzando un HHI de 3.749, cifra indicativa de una concentración excesiva en la industria.

Cuadro N°25: Participaciones de mercado considerando al JV, Prolesur y Nestlé como un solo comprador

Procesadora	% Mercado	HHI
Prolesur-JV-Nestlé	57,70%	3749
Watt's	15,70%	
Mulpulmo	8,90%	
Quillayes	4,60%	
Surlat	7,60%	
Danone	3,60%	
Chilolac	0,60%	
Alim. Pto. Varas	1,30%	

Fuente: Elaboración propia a partir de datos Odepa.

5. Condiciones a la entrada

158. Las condiciones de entrada a un mercado se evalúan atendiendo a que la factibilidad de entrada sea oportuna y suficiente, considerando para tales efectos, tres puntos esenciales: la existencia de barreras a la entrada, el tiempo y suficiencia de la entrada en el mercado y el eventual comportamiento estratégico de las incumbentes.
159. En este capítulo se efectuará un análisis enfocado a las condiciones de entrada para ser procesador de productos lácteos. El análisis de condiciones a la entrada relativas a la distribución y comercialización de productos lácteos en el mercado nacional se efectuará con detalle en el capítulo B de esta presentación. Lo anterior, dado que podría darse que una empresa entrara solo a procesar o a maquilar productos para otros, o bien a exportar productos lácteos considerados como *commodities*.
160. En este contexto, en general se observa que en este mercado no han habido ingresos de nuevos entrantes que sólo busquen procesar productos lácteos con la finalidad de exportarlos o maquilar a otras empresas. Sin embargo, si se registran ingresos, como es el caso de Surlat, la cual se incorpora como procesadora el año 2000 y actualmente

explota dos plantas en las localidades de Loncoche y Pitrufquén en la IX Región, que procesan, en conjunto, \$1111.630.753 litros de leche al año¹²². Actualmente, Surlat elabora productos lácteos para distintos Supermercados, los cuales se comercializan mayoritariamente bajo las marcas propias de los mismos. Asimismo, Surlat elabora la leche líquida que comercializa Nestlé, aunque también elabora productos para su posterior distribución, comercialización y exportación bajo la marca "Surlat".

5.1. Barreras a la entrada.

161. En cuanto a las barreras legales que pudieran existir respecto a la entrada de una empresa como procesadora de productos lácteos, esto es, para la recolección, recepción y procesamiento de la leche cruda, se tiene que la normativa sectorial pertinente está constituida principalmente por el Código Sanitario, el Reglamento Sanitario de los Alimentos¹²³, el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1969, que determina las materias que requieren autorización sanitaria expresa, y el Decreto Supremo N°307 de 1979, del Ministerio de Agricultura, referido a la rotulación de los alimentos.

162. Sin embargo las antedichas normas no podrían entenderse como un impedimento a considerar para una compañía entrante en el rubro lácteo, ya que son de general aplicación y sus disposiciones no imponen cargas excesivas a aquellas empresas que pretendan desarrollar el negocio lácteo. No obstante ello, Colún afirma como factores que limitan el ingreso, en el corto plazo, la *"tramitación de permisos sanitarios y ambientales establecidos en nuestra legislación, los cuales, como es de público conocimiento, requieren inversiones y, principalmente, tiempo"*¹²⁴.

163. Según el Informe de Patricio Rojas, antes citado, el mercado de la producción de leches líquidas no exhibe barreras a la entrada. De hecho,

¹²² Según datos de Odepa, para el año 2010.

¹²³ Decreto Supremo N°977, de 1996 del Ministerio de Salud.

¹²⁴ Presentación de Colún, fs. 3479, sección 43.

“cualquier nuevo entrante podría crear una planta de procesamiento de leche líquida, comprar leche fresca en el mercado doméstico, y comercializar [...]”¹²⁵. En iguales términos se manifiesta Nestlé, al indicar que “no existen realmente barreras a la entrada para que nuevos actores ingresen al mercado de la producción de leche cruda. En este sentido, no hay costos distintos a los propios del tamaño de firma que cada actor decida alcanzar en la producción de leche. Así, la producción a escala más pequeña supone inversiones constituidas principalmente por el plantel lechero, la maquinaria y el predio agrícola, calculándose en aproximadamente \$755 millones la inversión necesaria para una producción mediana de, por ejemplo, 500.000 litros anuales [...]”¹²⁶.

164. En cuanto a la creación de una planta procesadora, el Informe de Patricio Rojas y la Consulta de Soprole señalan que los costos para abrir una planta procesadora de leche UHT con capacidad para abastecer el 10% del mercado doméstico de leche líquida nacional serían de US\$ 6.3 millones. Debe considerarse que de estos costos, aproximadamente el 43% corresponden a costos hundidos¹²⁷. Otra posibilidad de ingreso al mercado, de acuerdo con los Consultantes, lo constituye el arriendo o compra de plantas procesadoras, a cuyo respecto existiría un mercado secundario¹²⁸.

165. De acuerdo con don Adolfo Larraín¹²⁹, Presidente Asociación de Productores Lecheros de la Zona Central, actualmente existe un mandato de la asamblea de la asociación que representa para que los productores se agrupen e inicien los estudios pertinentes para abrir una nueva planta [8].

¹²⁵ Informe de Patricio Rojas, página 38.

¹²⁶ Consulta de Nestlé, pág. 61.

¹²⁷ Se consideran como costos hundidos: los estudios, la definición de lo necesario, los permisos, el montaje y la puesta en marcha y los imprevistos.

¹²⁸ Consulta de Soprole, págs. 69-70.

¹²⁹ Efectuada con fecha 28 de febrero de 2011.

166. Otra posible barrera a la entrada está dada por la referida escasa movilidad entre plantas procesadoras evidenciada por los productores lecheros. Lo anterior implica que a un nuevo entrante se le dificultaría la obtención inmediata de leche fresca, a menos que decida elevar considerablemente sus precios de compra en detrimento de su competitividad en el mercado externo.

5.2. Tiempo y suficiencia

167. En cuanto al tiempo para la entrada al mercado del procesamiento de leche, el informe Patricio Rojas señala que el tiempo estimado para poner en funcionamiento una planta procesadora de leche UHT, con capacidad para abastecer el 10% del mercado doméstico de leche líquida, es de 15 meses¹³⁰.

168. Respecto de la suficiencia en la entrada para una planta que decida procesar insumos lácteos exclusivamente para la exportación de los productos elaborados, ésta estaría relacionada a la capacidad que tenga el nuevo entrante de captar productores y de comprar la leche a un precio competitivo con respecto a sus competidores y de esta manera, poder fabricar leche para terceros o bien exportar sus productos a un precio competitivo.

169. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente y de lo que en las secciones siguientes se detallará, un aspecto que podría afectar esta suficiencia en la entrada de una empresa procesadora de lácteos, es lo que al efecto enunciaron los representantes de las distintas cadenas de supermercados¹³¹ en las declaraciones que efectuaron ante esta Fiscalía. Así, los supermercados señalaron que, dentro del segmento de los productos lácteos, no tienen interés en extender sus marcas propias a productos distintos de la leche líquida, por ser productos de mayor valor

¹³⁰ Informe de Patricio Rojas, pág. 38

¹³¹ Cencosud, Walmart, Montserrat, Bigger – Supermercados del Sur, Tottus y Unimarc.

agregado. En este contexto, un nuevo entrante tendría menos oportunidades de elaborar productos para luego venderlos a los supermercados a fin de que éstos los comercialicen bajo su marca propia.

170. Conforme se mencionó anteriormente, otra opción comercial para ingresar al segmento del procesamiento de una manera suficiente consistiría en que el nuevo entrante maquilara productos lácteos para terceros. Sin embargo, el único que ha utilizado esta figura de producción es Nestlé, ya que la leche que al efecto comercializa es la que al efecto le elabora Surlat.

5.3. Comportamiento estratégico

171. Los principales comportamientos estratégicos que podrían afectar la entrada de nuevas plantas procesadoras de leche están dados por factores que impedirían que el entrante acceda a una masa crítica de productores, a saber, el otorgamiento de créditos u otros tipos de beneficios que generan cautividad en el productor que lo recibe, o el incremento en los precios de compra de leche cruda a los potenciales proveedores del entrante (por la vía, por ejemplo, del pago de bonos adicionales).

6. Riesgos para la Competencia

172. De acuerdo con lo expuesto en la sección de Concentración y Umbrales, la existencia o no de riesgos a la competencia en el mercado relevante dependerá de si resulta posible esperar que las partes observen un comportamiento independiente en sus procesos de compra de leche cruda.

173. Teniendo en consideración la evidencia recabada respecto del seguimiento de precios que opera en la industria, y de que las alzas

internacionales del precio de la leche se traspasan al precio interno de compra en una mucho menor magnitud que las bajas de precio internacional, además de otras características del mercado de compra de leche cruda facilitadoras de coordinación, como por ejemplo su transparencia relativa (al menos en los relativo a las pautas de pago), y el carácter homogéneo del producto, resulta posible concluir que la operación analizada otorgará a las partes involucradas en la consulta una posición de dominio colectiva dentro del mercado relevante, generándole la habilidad para establecer precios de compra inferiores a los que prevalecerían en un mercado competitivo.

174. Evidentemente las partes discrepan de esta conclusión aduciendo que *“Cualquier hipotética coordinación tendiente a causar abusos en perjuicio de los productores de leche cruda o en perjuicio de las demás compañías procesadoras de leche, además de ser fácilmente detectada en virtud de las medidas impuestas por la Sentencia N°7/2004 y la supervigilancia de la FNE, carecería de racionalidad económica...”*¹³².

175. En lo que al rol que jugaría la Sentencia N° 7 previniendo el riesgo antes anotado, coincidimos con Fedeleche en cuanto a que dicha Sentencia *“no protege a los productores de un abuso de poder de compra porque no fija un nivel del precio sino sólo establece condiciones de transparencia en cuanto a qué criterio son utilizados para pagar premios sobre el precio base”*¹³³.

176. En efecto, las medidas consignadas en la Sentencia N°7 no vienen a restablecer las condiciones de competencia en el mercado como lo insinúan las Consultantes¹³⁴, sino que se trata de medidas destinadas

¹³² Consulta de Nestlé, pág. 5.

¹³³ Presentación de Fedeleche a fojas 3655 de fecha 20 de enero de 2011, pág. 3.

¹³⁴ Soprole señala que la Sentencia N°7 *“[...] constituye[n] regulación que mejora la competencia del mercado primario de compra de leche cruda”*.

únicamente a generar criterios de transparencia y publicidad, que reduzcan las asimetrías de información y los costos de cambio, en un mercado caracterizado por el desequilibrio en el poder negociador de las partes.

177. Por otra parte, resulta indiscutible que la creación del JV, y que la convergencia de ejecutivos de Nestlé y Soprole en el mismo, genera una instancia adicional para que las partes coordinen el precio de compra de leche. En este sentido, la detección por parte de esta Fiscalía de eventuales conductas anticompetitivas provenientes de la utilización efectiva de dicha instancia de convergencia dista mucho de poder ser calificada como "fácil". En efecto, ni aún utilizando las denominadas "facultades duras" provistas por el legislador resultará posible detectar y sancionar acuerdos verbales, alcanzados en persona, y respecto de los cuales no se deje constancia de ningún tipo.

178. Con todo, el principal riesgo aparejado a la operación no dice relación con la generación de instancias adicionales para el establecimiento explícito de acuerdos anticompetitivos, que razonablemente puede mitigarse mediante medidas como las propuestas por las Consultantes, sino con que los lazos de propiedad que crea entre Soprole y Nestlé, principales compradoras de leche cruda del país, hacen que resulte esperable que para los tres actores resulte una mejor estrategia individual seguir una política de precios sin mayores desviaciones, que competir más intensamente por precios en la captación de productores.

6.1. Medidas de mitigación propuestas por las Consultantes

179. Conscientes de lo anterior, Soprole y Nestlé proponen a este H. Tribunal ciertas medidas tendientes a asegurar y preservar la independencia del

JV respecto de sus personas relacionadas en los distintos mercados relevantes, a modo de precaver eventuales riesgos de coordinación.

180. Al efecto, las Consultantes señalan que el JV y sus personas relacionadas serán unidades económicas independientes las unas de las otras, toda vez que no tendrán directores, gerentes ni ejecutivos en común. Lo anterior, ya que Soprole y Nestlé indican como medida de mitigación que el JV estaría sujeto estatutariamente¹³⁵ a las normas de gobierno corporativo que contempla la Ley de Sociedades Anónimas para las sociedades anónimas abiertas, y que en todas las operaciones que realice el JV con sus partes relacionadas, éste se someterá voluntariamente a las normas establecidas para dichas sociedades. Las siguientes son medidas de gobierno corporativo a ser implementadas por el JV:

(a) Administración del JV por un Directorio Independiente:

El JV sería administrado por un directorio compuesto por 7 miembros. De ellos, 2 directores serían designados por Soprole y 2 por Nestlé, mientras los 3 restantes serían nombrados de común acuerdo por las Consultantes, y tendrían el carácter de directores independientes en los términos del artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas. Su presidente no tendría voto dirimente y sería designado directamente por una de las Consultantes y durará 2 años en su cargo, luego de lo cual la parte que no lo haya designado procedería a su designación.

(b) Establecimiento de un Comité de Directores:

El JV contará con un comité de directores que será designado y actuará en la forma y con las facultades establecidas en el artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas. Dentro de su esfera de atribuciones, se contempla la facultad de aprobar las políticas generales que regirán la compra de leche cruda por el JV a los productores. Se establece que toda modificación de dicha política

¹³⁵ Ya que establecen que los estatutos no podrán ser modificados en dicha materia por un período de 5 años, salvo aprobación previa de este H. Tribunal.

deberá ser aprobada por el directorio del JV, previo informe del comité en referencia, en cual deberá efectuarse según el informe mensual de las medidas de aplicación de la política lechera del Gerente General del JV¹³⁶.

(c) Procedimiento de aprobación de operaciones entre partes relacionadas

Se establece que para todas las operaciones entre partes relacionadas, se aplicarán las normas de equidad establecidas en los artículos 146 y 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, los cuales están establecidos respecto de las sociedades anónimas abiertas. En síntesis, dichas normas indican cual es el concepto de operaciones entre partes relacionadas -consistentes en toda negociación, acto, contrato u operación entre una sociedad anónima abierta y determinadas personas¹³⁷, estableciendo que una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar dichas operaciones, cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con determinados requisitos y procedimientos.

(d) Estructuración del JV como una sociedad anónima abierta:

¹³⁶ Al efecto se señala en la Consulta de Soprole, p. 193: "El Gerente General informará mensualmente al Comité de Directores las medidas de aplicación de la política, incluidos los precios y sus variaciones, correspondiendo a su vez al Comité examinar si las medidas se ajustan a la política vigente, elevando un informe al Directorio para ser considerado en su próxima sesión".

¹³⁷ Artículo 146. Son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas: 1) Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045. 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive. 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales. 4) Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147. 5) Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador, un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses.

Las Consultantes proponen, para asegurar una administración independiente del JV, estructurarlo de manera similar a una sociedad anónima abierta. Para dichos efectos, se establece que el JV designaría auditores registrados ante la SVS y publicaría balances y estados financieros en su sitio web. Asimismo, se indica que no habría coincidencia entre los ejecutivos principales y directores del JV con los cargos ejecutivos y directivos de Nestlé, Soprole o Prolesur¹³⁸.

181. Las antedichas medidas corporativas, a juicio de las Consultantes, mitigarían aquellas contingencias que pudieren generarse producto de la operación de concentración, esto es, la falta de independencia del JV respecto de sus personas relacionadas, de la cual se derivarían potenciales coordinaciones entre ellas respecto del aprovisionamiento de leche. En efecto, Soprole señala que las medidas corporativas propuestas *“ponen los incentivos correctos para evitar conductas de tipo colusivas tanto en el mercado de los productos cuanto en el mercado primario”*¹³⁹.

182. Adicionalmente, mediante presentación de fecha 2 de marzo de 2011, las Consultantes propusieron a este H. Tribunal, una serie de compromisos de medidas de mitigación de los potenciales riesgos que la operación consultada podría generar, adicionales a los ya señaladas por éstas en sus presentaciones.

183. En este contexto, las medidas de mitigación adicionales propuestas por las Consultantes, relativas al riesgo de coordinación entre los miembros del JV entre sí, y entre éstos y sus personas relacionadas, pueden resumirse en El fortalecimiento del mecanismo de designación y toma de decisiones de los directores independientes del JV, según lo siguiente:

- a) Elección de los 3 directores independientes del JV (parte del directorio de 7 miembros que constituye su órgano de administración), de quina

¹³⁸ Consulta de Nestlé, pág. 167.

¹³⁹ Consulta de Soprole, pág. 191.

conformada por una compañía de *head hunters*¹⁴⁰, conformada con aquellos candidatos que estén incluidos en el registro de directores independientes que pueden ser nombrados por las AFP. Deberá informarse previamente a esta Fiscalía tanto de la identidad de la compañía de head hunters, como de los candidatos, de los directores electos y de las juntas de accionistas en que se adopten dichos acuerdos;

- b) Integración permanente de dos directores independientes en el quórum necesario para que el Comité de Directores sesione y adopte sus decisiones¹⁴¹;
- c) Modificación de las cláusulas pertinentes del Convenio de Alianza, que puedan interpretarse como la intromisión del Consejo en atribuciones legales de la administración del JV y aclaración de la primacía del Acuerdo Marco por sobre el Convenio de Alianza;
- d) Designación para el JV de auditores registrados ante la SVS, junto con la publicación del JV de sus balances y estados financieros en su sitio web;
- e) Sujeción de los miembros de la administración del JV y de Prolesur a un programa de *compliance*;
- f) Auditoría anual al JV, sus accionistas, y a Prolesur y Nestlé Chile, informada a esta Fiscalía;
- g) Establecimiento que los precios de transferencia entre partes relacionadas deben ser en condiciones de mercado, previo informe a esta Fiscalía;
- h) Eliminación del suministro de servicios de *back office* del JV a Prolesur; y
- i) Apoyo de Soprole a Prolesur, a fin de que ésta, como sociedad anónima abierta, se acoja voluntariamente a las normas del artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁴⁰ Se establece que ni la compañía ni los candidatos incluidos en la nómina de directores independientes pueden haber prestado servicios a los accionistas del JV o a sus personas relacionadas en los 2 años anteriores a su designación.

¹⁴¹ El Comité de directores participa en la determinación de las políticas generales que regirán la compra de leche cruda.

184. Asimismo, las Consultantes establecen en su presentación que las antedichas medidas, en cuanto dicen relación con la administración el JV, no son modificables por las Consultantes sin previa aprobación de este H. Tribunal.

185. No obstante las medidas propuestas por las Consultantes a este H. Tribunal -originariamente en sus Consultas y *a posteriori* en la presentación antes singularizada- a fin de mitigar los potenciales riesgos de falta de independencia y de coordinación del JV, esta Fiscalía estima que el JV y sus personas relacionadas -en particular Nestlé, Soprole (y por tanto, Prolesur)- tenderán a actuar como una unidad y no como unidades económicas autónomas entre sí. Ello, en consideración a los siguientes presupuestos que se desarrollarán en los numerales siguientes de esta presentación:

- a) Las medidas de gobierno corporativo propuestas no están estructuradas para mitigar los riesgos de libre competencia que generaría la operación;
- b) Las medidas de mitigación exceden el ámbito de esta Fiscalía;
- c) Las disposiciones del Convenio de Alianza inciden directamente en la administración del JV; y
- d) Desde una perspectiva de racionalidad económica y de la teoría de juegos, no es sustentable entender que las decisiones del JV serán independientes de las que adopten sus personas relacionadas.

a) **Las medidas de gobierno corporativo propuestas no están estructuradas para mitigar los riesgos de libre competencia que generaría la operación.**

186. Según lo enunciado, y considerando que el JV es una sociedad anónima cerrada que no está obligada por ley a someterse a las normas de la sociedades anónimas abiertas, las Consultantes proponen la sujeción voluntaria de dicha entidad a las normas de gobierno corporativo que la

Ley de Sociedades Anónimas le impone a las sociedades anónimas abiertas, contenidas en su artículo 50 bis¹⁴².

187. Con todo, es menester señalar que los mecanismos de administración societaria que contempla la Ley de Sociedades Anónimas están establecidos principalmente en protección de los accionistas minoritarios. No sólo así lo reconoce la Historia de la Ley N° 20.382 que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas¹⁴³, modificatoria de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (la "OCDE") así lo expone¹⁴⁴, al señalar que con la incorporación de directores independientes que lo que se busca es equilibrar los derechos accionarios con una protección suficiente de los *minoritarios* a través de la existencia de directores independientes que tengan roles y responsabilidades específicas, por ejemplo, en la resolución de conflictos de interés¹⁴⁵. Asimismo, respecto del comité de directores, la OCDE indica que su establecimiento se promueve específicamente, en mercados donde las sociedades anónimas tienen una propiedad accionaria muy diseminada, en que ausencia de un controlador definido facilita que los ejecutivos y administradores gestionen la empresa en beneficio propio en desmedro de los de los accionistas minoritarios.

188. Sin embargo, la finalidad de las medidas propuestas por las Consultantes respecto del JV, tales como la incorporación de directores independientes

¹⁴² Dicha normativa fue incorporada a la Ley de Sociedades Anónimas mediante la modificación efectuada por la Ley N° 20.382 que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las Empresas.

¹⁴³ Mensaje Presidencial: *"Como forma de resolver los problemas planteados que afectan negativamente a los accionistas minoritarios y al mercado, el proyecto ha identificado la figura del director independiente como el mecanismo idóneo para la defensa de dichos actores. En efecto, el director independiente, actuando a través del comité de directores, se configura como la herramienta más eficaz y eficiente para proteger a los minoritarios y mejorar el flujo de información al mercado, sin privar a los accionistas controladores de sus legítimos derechos"*.

¹⁴⁴ Debe tenerse presente que la adopción de los principios de gobierno corporativo indicados por la OCDE fue clave para permitir el ingreso de Chile como miembro permanente de dicho organismo.

¹⁴⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *"Principios de Bien Gobierno Corporativo"*, 2004. En www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf

y la creación de un Comité de Directores, no se condicen con el escenario corporativo del JV, esto es, el de una sociedad anónima cerrada, cuyo capital accionario está dividido por partes iguales entre las Consultantes, sin existir accionistas minoritarios.

189. En definitiva, las medidas contenidas en el artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas no son atingentes a los riesgos de libre competencia que mediante ellas se pretenden mitigar, esto es, la falta de independencia y la potencial coordinación entre el JV y sus partes relacionadas. En dicho sentido, Fedeleche en su presentación a este H. Tribunal señala que *"una medida de mitigación que busca establecer disposiciones relativas al Gobierno Corporativo, en nada atiende a la libre competencia del mercado en cuestión, y por lo tanto nada mitiga, ya que su utilidad dice relación con otro ámbito, relativo a los conflictos que dentro de la sociedad resultante de la operación de concentración puedan surgir [...]"*¹⁴⁶.

190. Por lo demás, los directores independientes, o los miembros independientes del Comité de Directores que en definitiva se designen, difícilmente tendrán un conocimiento de la industria lechera tan acabado como para desafiar la propuesta de pauta de precios que realice el gerente general – sobre todo considerando que según la última propuesta de los Consultantes su nombre saldrá del Registro de Directores Independientes de la Superintendencia de Pensiones-. Así, más que discutir el polinomio de pago y los nuevos valores sugeridos, resulta esperable que dichos directores independientes se limiten a señalar que a “su leal saber y entender” las nuevas pautas de precio propuestas por la gerencia resultan en beneficio del JV que representan.

191. Finalmente, como se demostrará en la próxima letra (d), la vinculación de facto que existirá entre Prolesur, Nestlé y el JV, conduce a que en la

¹⁴⁶ Presentación de fojas 3655 de fecha 20 de enero de 2011, pág. 82.

mayoría de las decisiones susceptibles de ser adoptadas en materia de precios de compra de leche, el bienestar individual de cualquiera de las tres empresas referidas vaya de la mano de su beneficio colectivo. En ese sentido, no se ven razones para que un director independiente cuestione una política de baja de precios, o de seguimiento de los mismos, puesto que su rol es velar por la entidad que representa y no convertirse en un garante del pago de precios competitivos ni tampoco de la ausencia de conductas paralelas.

b) Las medidas de mitigación exceden del ámbito de esta Fiscalía.

192. A fin de mitigar los eventuales riesgos de coordinación que pudieren existir entre los miembros del JV o entre éstos y sus partes relacionadas, conforme ya se expuso, las Consultantes establecen una serie de medidas que contemplan a la FNE como la entidad destinataria de dicha información, vigilando el debido cumplimiento de tales medidas. En efecto, señalan como compromiso de mitigación el hecho que los candidatos que conformarán la quina para ser elegidos directores independientes, al igual que de los precios de transferencia en las operaciones entre partes relacionadas, en especial, entre el JV y Prolesur, deban informarse a esta Fiscalía. Asimismo, se establece que las auditorías independientes anuales a las que será sometido el JV, deben ser asimismo comunicadas a este Servicio. Por otra parte, ciertas medidas indicadas en dicha presentación, propuestas para mitigar otros riesgos distintos de la coordinación, también le atribuyen a esta Fiscalía el destino de dicha información¹⁴⁷.

¹⁴⁷ A efectos de mitigar los riesgos hipotéticos de abuso de una posición de dominio del JV, Nestlé y/o Prolesur, las Consultantes establecen que en el mercado del aprovisionamiento de leche, el JV llevará un registro de las ofertas de compra que se rechacen, como también un registro de todos los ingresos y salidas de productores de leche, informando a esta Fiscalía, semestralmente, los cambios significativos de compra a productores de leche, así como la incorporación de nuevos productores. Asimismo, las Consultantes ofrecen a este H. Tribunal la medida de estabilización de precios más adelante en esta presentación, respecto de la cual designan a esta Fiscalía como la destinataria de la información relativa al precio promedio neto de ciertos productos lácteos sujetos a dicha medida.

193. Debe tenerse presente que la FNE tiene la atribución y deber, de conformidad con el artículo 39 letra (d) del Decreto Ley N° 211, de velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias de su competencia, lo cual, en contexto analizado, significa que de aprobarse la operación consultada, esta Fiscalía tendría el deber de supervigilar el cumplimiento de las medidas de mitigación que este H. Tribunal instruyere como tales.
194. Sin embargo, según se podrá apreciar, las medidas sugeridas destinadas a mitigar los riesgos de coordinación, descansan en esta Fiscalía como la autoridad supervisora del debido cumplimiento de medidas de mitigación. Lo anterior, ha sido propuesto por las Consultantes ante la imposibilidad normativa del JV de inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”), y por ende, de sujetarse legalmente –y no voluntariamente, como en los hechos- a las normas de información y publicidad que establecen la Ley de Sociedades Anónimas y de Mercado de Valores¹⁴⁸.
195. En consecuencia, dado que las medidas de mitigación propuestas por las Consultantes intentan emular la relación de información existente entre una sociedad anónima abierta y la SVS, se configura a la Fiscalía en subsidio a la SVS, como la autoridad competente para cautelar las materias objeto de las medidas de mitigación en análisis, inclusive aquellas que no son de orden de libre competencia.

¹⁴⁸ Se ha señalado que uno de los objetivos perseguidos con la normativa de gobiernos corporativos apunta a que no se ocupe el Registro de Valores ni los recursos de la Superintendencia de Valores en mantener un control de empresas que no hacen oferta pública de valores, sino que solo pretenden estar registradas a fin de contar frente a terceros con la garantía de estar sometidas a la fiscalización de la SVS. En Informe Legislativo N° 30, “Nueva normativa sobre Gobiernos Corporativos”, Jaime Salas V., Marzo 2010.

196. En síntesis, esta Fiscalía considera que las medidas propuestas por las Consultantes, para mitigar los potenciales riesgos de coordinación que podrían generarse entre el JV y sus partes relacionadas, de aprobarse la operación de concentración, no serían ni atingentes para mitigar los eventuales riesgos de coordinación que se generarían con ocasión de la operación consultada.
197. No serían practicables, ya que las medidas sugeridas son de orden corporativo y societario, por lo que su cautela o seguimiento no se contemplan dentro de la esfera de competencia de este organismo, sino de otras autoridades sectoriales, como la SVS. Sin embargo, en circunstancias que la normativa de valores no contempla la posibilidad de inscribir a una sociedad en el Registro de Valores para el solo efecto de la supervigilancia de la SVS, se tiene que dado que ni a esta Fiscalía ni a la SVS les sería factible la fiscalización de las medidas contempladas por las Consultantes, éstas en los hechos no serían del todo practicables por las Consultantes, dado que en definitiva, terminarían dependiendo de la buena fe de las mismas.
198. A mayor abundamiento, esta Fiscalía tiene la convicción que las medidas en análisis no sólo no son atingentes para los riesgos de competencia que se pretenden mitigar, sino que no resultan eficazmente fiscalizables por esta Fiscalía¹⁴⁹, ni son de competencia de la Superintendencia de Valores y Seguros, al tratarse de una sujeción voluntaria a las normas de las sociedades anónimas abiertas que la normativa sectorial societaria no contempla.

c) Las disposiciones del Convenio de Alianza inciden directamente en la administración del JV.

¹⁴⁹ En atención a que conforme se expone en las Consultas, las operaciones entre partes relacionadas serían informadas a esta Fiscalía por las Consultantes y el JV.

199. Conforme se expuso, una medida de mitigación adicional que las Consultantes presentaron a esta Fiscalía, consiste en la modificación de aquellas cláusulas del Convenio de Alianza, que puedan interpretarse como facultativas de la intromisión del Consejo en atribuciones legales propias de la administración del JV.
200. A este respecto, debe tenerse presente que el Convenio de Alianza es un contrato bilateral entre las dos partes que concurren a celebrarlo, esto es, Fonterra y Nestlé Suiza, sin perjuicio de que se contempla que algunas de sus disposiciones tendrán efectos en los países en que se constituyan los respectivos *joint ventures*.
201. Ahora bien, independiente de los mecanismos de administración societaria que establecen las Consultantes para el JV de Chile, en el Convenio de Alianza que rige el acuerdo global entre Fonterra y Nestlé, se establece que el Consejo, como órgano de administración de la Alianza, tendrá ciertas responsabilidades que inciden directamente en la administración de los *joint ventures* creados en virtud de la misma, incluido, evidentemente, el JV creado en Chile. Según ya se analizó en la sección II de esta presentación, este contrato establece que la Alianza será administrada por un Consejo, el cual ostenta facultades de administración supranacionales, con injerencia incluso en los órganos de administración de los respectivos *joint ventures* conformados bajo su alero. La esfera de atribuciones de dicho Consejo no sólo alcanza a las partes suscriptoras de la Alianza, sino que interviene también respecto de los órganos de administración de cada *joint venture*¹⁵⁰.

¹⁵⁰ A este respecto, es preciso indicar que la esfera de atribuciones del Consejo contempla, entre otras, las siguientes responsabilidades: (i) aprobar los planes y presupuestos, incluidos los presupuestos de inversiones en activos propuestos por los Joint Ventures; (ii) aprobar el nombramiento del Gerente General y del Director de Finanzas de cada Joint Venture y los subalternos directos de éstos; (iii) establecer los criterios de desempeño y evaluar al CEO y CFO de cada Joint Venture; (iv) aprobar cualquier cambio en la gerencia principal de un Joint Venture; (v) revisar y aprobar los contratos clave y las políticas de fijación de precios de transferencia entre los Joint Ventures y las partes y sus respectivas filiales; y (vi) aprobar el nombramiento de auditores externos de cada Joint Venture. Como bien este H. Tribunal podrá apreciar según lo

202. No obstante la medida propuesta por las Consultantes constituiría la modificación de todas las cláusulas pertinentes del Convenio de Alianza, que conforme lo que se ha expuesto en esta presentación, mitigarían los potenciales riesgos de coordinación de las matrices con el JV y sus personas relacionadas, esta Fiscalía estima que dicha medida adicional no constituye, en los hechos, un remedio real a las contingencias detectadas en este sentido.
203. Lo anterior, dado que el espíritu del contrato celebrado por Fonterra y Nestlé Suiza es claro, y uno de sus pilares fundamentales lo constituye, precisamente, la injerencia de su órgano de administración en los de los *joint ventures* particulares. A este respecto, incluso si se celebrase una modificación particular de la Alianza con respecto al JV Chileno, que alterase las atribuciones del Consejo de la Alianza sólo para los efectos de ésta operación de concentración, aun así, no sería lógico esperar que un compromiso particular para Chile, uno de los tantos territorios del DPA, modificase los principios estructurales de la Alianza en la materia que rige a los *joint ventures* en el resto del continente americano.
204. En concordancia con lo anterior, en su presentación a este H. Tribunal, Danone expone que *"[...] quien manda en definitiva es el Comité Supervisor [el Consejo]. Junta de accionistas de por medio, el Comité Supervisor podrá prescindir de los servicios de los directores independientes que no sigan sus directrices"*¹⁵¹.
205. En este sentido la voluntad de las matrices suscriptoras del Convenio de Alianza es clara *en establecer, mediante dicho documento, el acuerdo entre éstas respecto de la estructura y regulación propia de la Alianza, así como de los joint ventures creados de conformidad con la misma. En consecuencia, la medida de mitigación adicional propuesta por las*

expuesto, conforme a la Alianza el Consejo está autorizado para ejercer facultades de administración respecto de los JV que se creen en virtud de dicho acuerdo.

¹⁵¹ Presentación a fojas 3598, de fecha 20 de enero de 2011, sección 12.2.

Consultantes no constituye un mecanismo suficiente para entender que la intención de las partes de la Alianza, claramente establecida en el contrato, será modificada en la práctica con respecto a nuestro país, y así asegurar a esta Fiscalía, y a este H. Tribunal, que a futuro no existirán injerencias extranjeras -mediante el Consejo u otros mecanismos pertinentes- en el directorio del JV y en el Comité de Directores.

d) Desde una perspectiva de racionalidad económica y de la teoría de juegos, no es sustentable entender que las decisiones del JV serán independientes de las que adopten sus personas relacionadas.

206. Esta Fiscalía es de opinión que de materializarse el JV resultará más razonable para las empresas maximizar sus beneficios de manera conjunta que de forma independiente. Es decir, no resultaría racional, desde el punto de vista económico, para ninguna de estas empresas competir entre sí. Al respecto, hacemos presente que esta Fiscalía realizó un análisis desde la perspectiva de la teoría de juegos para determinar lo anterior.

207. Así, de acuerdo con el Modelo de Stackelberg acompañado como Anexo N° 2, se tiene que la operación de concentración incentivará a Soprole, Nestlé y el JV a actuar como un solo agente de mercado, al menos en lo que a compra de leche respecta. En efecto, los incentivos de cada parte estarían situados con miras a alcanzar una maximización conjunta del beneficio de sus empresas, en lugar de utilidades singulares de cada una de dichas entidades.

208. Partiendo de la premisa anterior, aún cuando existe evidencia de que la competencia en el mercado relevante no es muy intensa, existiendo un marcado seguimiento de precios al líder (Soprole-Prolesur), y un seguimiento de los precios internacionales sólo en la medida que se

mantengan estables o a la baja, pero no cuando suben, esta Fiscalía es del parecer que eso no significa que la situación de los productores no puede empeorar de concretarse la operación¹⁵².

209. En efecto, cuando hoy Soprole-Prolesur fija las pautas de precios de compra de leche cruda cuenta con cierto grado de certeza que los demás actores lo seguirán. No obstante lo señalado, Soprole también está consciente de que, al menos potencialmente, existe cierta disciplina competitiva, de manera tal que no puede comportarse como un monopsonio al determinar la magnitud de dichos cambios. Lo anterior, ya que sus competidores (aún actuando como seguidores) ejercen presión competitiva. Aun más, existe un competidor por captación de leche cruda de una envergadura similar, que también es exportador, y que por lo mismo podría obtener ventajas estratégicas captando parte de sus productores en caso que Soprole decidiera bajar en exceso sus precios de compra. Sin ir más lejos, esto ocurriría –en cierto grado- en la actualidad, toda vez que Nestlé –el competidor a que hacemos referencia- paga un precio base un poco más alto que Soprole en todas las zonas en que ambas empresas compiten por la captación de leche (VIII y X Regiones).

210. Pues bien, al combinar parcialmente sus operaciones, resulta probable que cualquiera sea la empresa -de entre Prolesur, Nestlé y el JV- que pase a jugar el rol de líder de precios, se sienta confiado de que la estrategia racional de sus competidores vinculados será seguir su nueva pauta independiente de la magnitud de los cambios.

¹⁵² Evidentemente existe un límite para la explotación abusiva, dado que como bien señalan las Consultantes la posibilidad de abuso está limitada por el riesgo de que los Productores abandonen el mercado lechero y vendan la vaca como carne o se dediquen a otras actividades agrícolas. Lo anterior, habida consideración de que las Consultantes han realizado inversiones en plantas de secado que requieren de una masa crítica Productora relevante. Sin embargo, asimismo vimos que existen una serie de barreras de salida (inversiones hundidas y rentabilidad alternativa) que hacen que el Productor esté dispuesto a soportar períodos largos de explotación.

211. Así, si el líder de precios fuese el JV tendría razones para creer que ni Nestlé ni Prolesur querrán herir sus intereses quitándole productores, o produciendo un incremento en los precios pagados a éstos; Asimismo, si el líder fuese Prolesur, no convendría ni al JV ni a Nestlé competir por precios, toda vez que de hacerlo se incrementarían los costos del JV, que como sabemos adquirirá leche y mantequilla de Prolesur; Finalmente, si el líder fuese Nestlé, no estaría en el interés del JV actuar de manera independiente de uno de sus dueños, el que, además, seguramente proveerá al JV de leche en polvo desde su planta en Los Ángeles.
212. Como conclusión, entonces, atendido que resultaría racional que Soprole, Nestlé y el JV actúen como un solo agente de mercado, esta Fiscalía es de opinión que resulta dudoso que las medidas de gobierno corporativo propuestas sean suficientes como para impedir el ejercicio de poder de mercado colectivo de que la operación consultada revestiría a Prolesur, Nestlé y el JV.

B. MERCADO DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS

1. Descripción de la Industria

213. Habiéndose examinado con anterioridad el mercado de aprovisionamiento de leche cruda, este capítulo se abocará a analizar la estructura y comportamiento de los mercados en los cuales los siguientes productos se distribuyen y comercializan.
214. Según lo expuesto en las secciones precedentes, el JV que conformarían las Consultantes tendría como objeto la producción y comercialización de ciertos productos líquidos y refrigerados que actualmente Soprole y Nestlé elaboran y comercializan individualmente.

215. Las líneas de productos que serían contribuidas al JV¹⁵³ por las Consultantes, son aquellas que se singularizan en el Cuadro N° 26 a continuación:

Cuadro N°26: Productos incluidos en el Joint Venture

Productos	Incluidos en el DPA:	
	Nestlé	Soprole
Yogures	Dentro	Dentro
Postres	Dentro	Dentro
Petit	Dentro	Dentro
Leche Líquida (incl. leche con sabores)	Dentro	Dentro
Leche Líquida UHT RTD*	Dentro	Dentro
Crema Espesa Refrigerada		Dentro
Crema en lata	Fuera	Dentro
Crema UHT	Dentro	Dentro
Mantequilla		Dentro
Margarina		Dentro
Queso Fresco (incl. untable)		Dentro
Manjar	Fuera	Dentro
Queso Maduro		Dentro
Mermelada		Dentro
Jugos y néctares de frutas		Dentro

* Ultra-heat treated (UHT) ready to drink (RTD)

Fuente: Informe P. Rojas

216. Previo al análisis propiamente tal, es menester considerar que se ha detectado una incongruencia respecto del mercado de la mermelada, ya que mientras el Informe de Patricio Rojas señala que este producto está incluido dentro de la operación, ni en las Consultas de Soprole y Nestlé presentadas a este H. Tribunal, ni en ninguno de los otros documentos fundantes de las mismas, se hace referencia a dicho producto. Por consiguiente, esta parte hará fe de la presentación de las Consultantes y considerará lo expuesto en el Informe de Patricio Rojas como un error, de

¹⁵³ Con la salvedad de que, según ya se expuso, Soprole ya ha efectuado el aporte de sus líneas de producción que serán desarrolladas por el JV al vehículo legal que conformará el DPA.

manera tal que esta presentación no hará referencia al mercado de la mermelada.

217. En primer lugar, el análisis debe iniciarse examinando los productos lácteos que actualmente elaboran Soprole y Nestlé, y de este modo, determinar en cuáles líneas de productos del Cuadro N° 27, que serán contribuidos al JV, participan hoy las Consultantes, individualmente consideradas. Ello permitirá visualizar en qué líneas de productos Soprole y Nestlé serían actualmente competidoras, así como los otros negocios en que sus actividades serían complementarias. De este modo, el Cuadro N° 27 muestra que Soprole y Nestlé compiten actualmente en la mayoría de categorías en las que participaría el JV, ya que estas dos empresas desarrollan y comercializan yogur, postres lácteos refrigerados, leches líquidas, crema UHT y manjar¹⁵⁴. En efecto, Nestlé afirma: *“En el Joint Venture se combinarán básicamente los productos pertenecientes al segmento de productos lácteos refrigerados y líquidos larga vida -una parte limitada de las actividades de Nestlé Chile, con parte importante de las actividades Soprole-, de modo que **la superposición horizontal entre ambas se produciría sólo en relación con cinco mercados del producto**¹⁵⁵”.*

¹⁵⁴ El manjar en tarro que comercializa Nestlé quedaría fuera de la operación consultada.

¹⁵⁵ Yogur, postres lácteos refrigerados, leches líquidas, crema UHT y manjar.

Cuadro N°27: Líneas de Productos en las que participan actualmente Soprole y Nestlé

Productos	Actualmente produce	
	Nestlé	Soprole
Yogures	Si	Si
Postres	Si	Si
Petit	Si	Si
Leche Líquida (incl. leche con sabores)	Si	Si
Leche Líquida UHT RTD*	Si	Si
Crema en lata	Si	Si
Crema UHT	Si	Si
Mantequilla	No	Si
Margarina	No	Si
Queso Fresco (incl. untable)	No	Si
Manjar	Si	Si
Queso Maduro	No	Si
Mermelada	No	Si
Jugos y néctares de frutas	No	Si

* Ultra-heat treated (UHT) ready to drink (RTD)

Fuente: Informe P. Rojas

218. A este respecto, es pertinente señalar que las Consultantes fundamentan en gran medida sus presentaciones a este H. Tribunal, sobre la base de la complementariedad de sus negocios, en especial, en cuanto a los beneficios que la operación consultada brindaría a los consumidores¹⁵⁶. En efecto, hacen referencia a que los negocios de sus matrices, Fonterra y Nestlé, serían complementarios, indicando que **“La Operación Consultada es fruto de la naturaleza complementaria de Nestlé y Fonterra a nivel mundial y las oportunidades que brinda el mercado nacional a estas dos empresas [...] Aunque Fonterra y Nestlé son importantes compañías del rubro lácteo que compiten en ciertos mercados y categorías de productos, el núcleo principal de los negocios de cada una las hace más complementarias que competitivas, pues usualmente no se superponen”**¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Consulta de Soprole, pág. 34.

¹⁵⁷ Consulta de Soprole, pág. 33.

219. En este contexto, se tiene que el análisis efectuado por las Consultantes respecto de la complementariedad de sus matrices, y en consecuencia, del JV, sólo se condice desde una perspectiva internacional del DPA, en el que Fonterra concentra sus fortalezas en la elaboración de ingredientes lácteos y Nestlé Suiza en la venta de productos finales¹⁵⁸, alianza que es traspasada a los distintos países americanos a través del JV, cuyos negocios seguirían la misma lógica. Sin embargo, ello no se identifica con la realidad nacional de nuestro país, dado que en el rubro de la elaboración, comercialización y distribución de productos lácteos líquidos y refrigerados, Fonterra, a través de Soprole, es líder en el mercado, en circunstancias que las líneas de producción de Nestlé, si bien menores en cuantía, son competidoras activas de las de Soprole, en especial, en yogur, postres lácteos refrigerados, leches líquidas, crema UHT y manjar, líneas en las que actualmente hay superposición de producción entre las Consultantes.

220. Ahora bien, en cuanto a la comercialización y distribución de los productos mencionados en el Cuadro N° 27 anterior, es preciso señalar que dichos productos son comercializados, principalmente, a través de los siguientes segmentos: (i) Canal Moderno o Supermercado: corresponde al canal compuesto por supermercados que agrupa a las empresas de retail Walmart, Cencosud, Unimarc, Tottus, Supermercados del Sur y Montserrat (los “**Supermercados**”); (ii) Canal Tradicional: segmento de comercialización compuesto por agentes con formatos de menor entidad que distribuyen a los consumidores al por menor¹⁵⁹; (iii) Canal Mayorista:

¹⁵⁸ “El objetivo de la Alianza fue, en una mirada internacional global, complementar las capacidades y naturales ventajas competitivas de cada una de Nestlé y Fonterra. Las de Nestlé, como especialista en la producción, comercialización, distribución y venta de productos alimenticios (entre los cuales se encuentran los lácteos refrigerados y líquidos larga vida) destinados al consumo, y dotados de importantes recursos de investigación y desarrollo, además de una marca internacionalmente prestigiada a los ojos de los consumidores; y las de Fonterra, como un experto en la recepción y manejo de leche cruda y en la fabricación de leche e ingredientes para alimentos de diverso tipo, básicamente destinados a la exportación”. (Consulta de Nestlé, pág. 10)

¹⁵⁹ Entre los cuales se encuentran los almacenes, mini mercados, kioskos u otras instalaciones comerciales de similares características.

centros mayoristas¹⁶⁰ y otros agentes que distribuyen al por mayor; y (iv) Canal Food Service: canal conformado por hoteles, restaurantes y cafeterías (canal "Horeca")¹⁶¹.

221. Respecto del Canal Supermercado y del Canal Tradicional, Nestlé destaca las diferencias estructurales existentes entre ambos y señala que *"una distinción entre estos canales de venta puede hacerse a propósito de los diferentes servicios, niveles de venta, logística, volúmenes y variedad suministrados, y de las estructuras de precios ofrecidos, entre otros"*¹⁶². En este contexto, es preciso señalar que de los segmentos antes mencionados, el más representativo en cuanto a la comercialización de productos lácteos líquidos y refrigerados es el Canal Supermercado. Considerando tanto a dicho segmento como al Canal Tradicional, Soprole señala que *"la mayor parte de las ventas de los productos C&L se hace a través de grandes cadenas de supermercados y a través del canal tradicional (ruta y mayoristas), ambos con presencia en el territorio nacional [...] En conjunto, ambos canales alcanzan el 90% de las ventas totales de Soprole"*¹⁶³.

222. Asimismo, el Informe de Patricio Rojas señala que, en promedio, el 76% de los productos que participarían en la operación consultada son comercializados a través de los Supermercados. El Cuadro N° 28 muestra que la categoría principalmente distribuida a través de este segmento es el yogur, siendo el 87% de este producto distribuido a través del Canal Moderno.

¹⁶⁰ Empresas Alvi, Mayorista 10, Telemercados Europa y Castro.

¹⁶¹ En estricto rigor, este canal de comercialización incluye hoteles, restaurantes, empresas de catering, banqueteros, fast food, panaderías, pastelerías, heladerías, cafeterías, pubs, concesionarios de casinos, servicios de alimentación de compañías dispensadoras de combustibles y todos aquellos establecimientos denominados *out of home* o de alimentación fuera del hogar.

¹⁶² Consulta de Nestlé, págs. 87 y 88.

¹⁶³ Consulta de Soprole, pág. 57.

Cuadro N°28: % Comercializado a través de Supermercados y Canal Tradicional

Producto	Supermercados	Tradicional
Yogures	87%	13%
Postres y Quesitos	79%	21%
Leches Líquidas	81%	19%
Cremas	83%	17%
Mantequillas	68%	32%
Quesos Frescos	79%	21%
Quesos Maduros	77%	23%
Manjar	82%	18%
Jugos y Néctares*	49%	45%

* Existe un 6% de consumo local

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe P. Rojas

223. Es menester señalar que analizando los datos aportados en el Informe de Patricio Rojas, plasmados en el Cuadro N° 28 anterior, es posible detectar una incongruencia entre éstos y los datos indicados en la Consulta de Soprole. Lo anterior, dado que la Consultante señala porcentajes diversos respecto de la comercialización de sus productos líquidos y refrigerados en los distintos segmentos. En efecto, indica que sólo un 51% de las ventas de Soprole se efectúan a través del Canal Supermercado, un 39% de las ventas promedio mensuales para el año 2009 se realizaron a través del Canal Tradicional, y un 10% a través del Canal Horeca.

2. Mercado Relevante

2.1. Mercado Relevante de Producto

224. De acuerdo a la Guía, se entiende por mercado relevante el "*producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o*

*vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado*¹⁶⁴.

225. Sobre la base de dicho concepto y a partir de los antecedentes disponibles, esta Fiscalía considera que la operación de concentración consultada tendrá efecto en los mercados de comercialización y distribución que a continuación se singularizan: (i) Yogur (habiéndose identificado los siguientes mercados relevantes autónomos: yogur batido, yogur más cereal, yogur más agregado, yogur funcional, yogur *diet* y probióticos); (ii) Postres Lácteos Refrigerados; (iii) Petit Suisse; (iv) Leche líquidas; (v) Cremas (y sus sub segmentos de cremas UHT, crema esterilizada, crema pasteurizada y crema en polvo); (vi) Mantequilla y Margarina; (vii) Queso fresco; (viii) Queso maduro; (ix) Manjar; y (x) Jugos y Néctares. Cada uno de estos mercados será examinado por separado, conforme a los resultados del análisis que se detalla en los numerales siguientes.

Yogur

226. Conforme lo indica el Reglamento Sanitario de los Alimentos, el yogur es aquel producto lácteo coagulado obtenido por fermentación láctica mediante la acción de *Lactobacillus bulgaricus* y *Streptococcus thermophilus*, a partir de leches pasteurizadas enteras, parcialmente descremadas o descremadas, leches en polvo enteras, parcialmente descremadas o descremadas o una mezcla de estos productos¹⁶⁵. Según Nestlé, hoy en día, aproximadamente un 10% de toda la leche cruda recibida por la industria láctea mayor en Chile es destinada a la elaboración de yogur¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Guía Interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, *Op. cit.*, pág. 14.

¹⁶⁵ Artículo 220.

¹⁶⁶ Consulta de Nestlé, pág. 71.

227. De acuerdo al Informe de Patricio Rojas, el mercado del yogur *“ha sufrido cambios relevantes, tanto por la cantidad de marcas que hoy día operan en este mercado, como por los cambios y desarrollos en las propuestas de valor de las diferentes empresas a los consumidores”*. Así, en este mercado los competidores existentes se han caracterizado por realizar esfuerzos de innovación para atraer a nuevos consumidores.

228. De acuerdo al Informe antes citado¹⁶⁷, existen varios tipos de yogur:

- a) Batido: Corresponde al yogur saborizado tradicional, siendo un producto con poca diferenciación.
- b) 1+1: Es cualquier tipo de yogur que tiene como adición cereal y en algunos casos frutas. Corresponde a un tipo de producto con alto grado de diferenciación en el mercado.
- c) Diet: Consiste en yogures bajos en calorías. Es un segmento que presenta tasas de crecimiento considerables y que ha incorporado otras funcionalidades. En general, son productos con mayor valor agregado.
- d) Frutado: Son todos aquellos yogures que contienen trozos de fruta o mermelada, y que consisten en productos con mayor nivel de diferenciación.
- e) Bebible: Corresponde a los yogures líquidos envasados en botella.
- f) Probióticos y otros funcionales: Categoría nueva de yogur que considera a los yogures que tienen alguna funcionalidad beneficiosa para el organismo. Consisten en productos que tienen un alto grado de diferenciación, ya que exhiben funcionalidades específicas tales como el aumento de las defensas del organismo, el mejoramiento de la salud cardíaca, el incentivo de la salud ósea de la mujer, el crecimiento infantil, etc. Adicionalmente, el Informe de Patricio Rojas señala que este tipo de productos está soportado sobre el valor de la marca bajo la cual se comercializan.

¹⁶⁷ Informe de Patricio Rojas, página 13

229. En este contexto, es posible señalar que el yogur, como producto genérico, constituye un mercado relevante en sí mismo, dado que tiene características particulares que lo diferencian de los demás productos lácteos.
230. Así, esta Fiscalía concuerda con lo señalado por las Consultantes en cuanto a que el yogur no es sustituible de una manera eficaz por otros productos lácteos refrigerados como el *petit suisse* o por los postres lácteos refrigerados, dado que tiene funcionalidades y ocasiones de consumo específicos para los consumidores que lo diferencian de otros productos lácteos como los indicados. No obstante lo expuesto, dadas las características particulares de las distintas variedades de yogur elaborados mayoritariamente sobre la base del yogur batido, se hace necesario estudiar desde la perspectiva de la demanda de dichos productos, si cada uno de estos sub segmentos constituye o no un mercado relevante de producto en sí mismo, o bien, si todas las variedades de yogur conforman en su conjunto, un solo mercado relevante.
231. La posición de las Consultantes a este respecto, dice relación con considerar a todos los tipos de yogures dentro de un único mercado relevante. En efecto, Nestlé señala que dado que todos los yogur tienen el mismo proceso productivo, que existe una alta sustituibilidad por el lado de la demanda de los distribuidores y de los consumidores finales, entonces *"el mercado relevante de los yogures abarcaría a los clásicos yogures batidos; los que contienen trozos de frutas y productos adicionales como cereales o pulpa de fruta; a los que se combinan con cereales; a los yogures líquidos; a los funcionales; a las denominadas leches cultivadas; y a todos los formatos y modalidades de comercialización de yogures ya descritos"*¹⁶⁸. Desde una perspectiva de comercialización a consumidores finales, y en contraposición a lo esgrimido por las Consultantes, una

¹⁶⁸ Consulta de Nestlé, pág. 72.

cadena de Supermercados [9] señaló a esta Fiscalía, que *“las diversas sub-categorías de yogures no son sustitutas entre sí. Así, por ejemplo, los yogures funcionales no tienen sustitutos simples con los otros yogures [...] en el mercado de los yogures se encuentra todo muy diferenciado: hay orientado a los niños, otros a adultos, otros sólo a mujeres; los hay funcionales, dietéticos, batidos y con frutas; etc.”*

232. Prosiguiendo con el análisis de mercado relevante es necesario considerar que en términos generales, dentro del mercado del yogur se pueden identificar los siguientes sub segmentos: yogur batido, yogur más cereal, yogur *diet*, yogur más agregado, probióticos y yogures funcionales. Conforme a lo indicado precedentemente, estos productos se encuentran diferenciados entre sí no sólo por características físicas como consistencia y contenido, sino también por sus funcionalidades específicas y valor agregado.

233. En este contexto, es posible dividir el mercado del yogur en dos grupos que no tendrían sustitución entre sí, desde la perspectiva de la demanda. El primero, estaría conformado por los productos **probióticos y los yogures funcionales y diet**, los cuales se caracterizan por tener un impacto positivo en el organismo y/o salud de los consumidores. De hecho, como se menciona en el Informe de Patricio Rojas, el yogur *diet* es bajo en calorías y últimamente se le ha incorporado otras funcionalidades como por ejemplo indulgencia, calcio y el tránsito intestinal¹⁶⁹. Los yogures funcionales son productos que presentan, además de los beneficios nutricionales propios de un producto lácteo, algún tipo de función positiva en el organismo de los consumidores, como por ejemplo, el reforzamiento de las defensas del organismo, mejoramiento de la salud cardiaca, protección de la salud ósea o beneficios para el tránsito intestinal. Por su parte, los probióticos consisten en aquellos alimentos que contienen

¹⁶⁹ Informe Patricio Rojas, pág. 13.

microorganismos vivos, que al ser administrados en dosis adecuadas, confieren un beneficio de salud al receptor¹⁷⁰.

234. El segundo grupo en análisis estaría conformado por los siguientes sub segmentos: **Yogur batido, yogur más cereal y yogur más agregado**, los cuales se caracterizan por no poseer ninguna función o beneficio adicional para la salud -aparte del propio consumo de calcio mediante el producto lácteo- y por tener todos ellos una base de yogur batido, esto es, el yogur tradicional al cual se le agregan ingredientes adicionales tales como sabores, colores, azúcares, frutas, cereales o mermeladas, etc. Debe tenerse presente que estos productos lácteos presentan un mayor nivel de grasa, colesterol y calorías en comparación a los productos pertenecientes al primer grupo definido en el numeral anterior.

Cuadro N° 29: Diferencias de composición entre segmentos del yogur (Cada 100 gramos de consumo)¹⁷¹.

Grupo	Grasa Total	Colesterol	Calorías
Batido	2,6	10,6	98
Yogur más cereal	3,1	8,9	118
Yogur más agregado	3,4	-	106
Probióticos	0,2	1,8	39
Funcionales	0,2	1,8	33
Diet	0,2	3,5	42

Fuente: Elaboración propia a partir de información publicada en la página web de Soprole¹⁷².

235. Ahora bien, a efectos de realizar el análisis de mercado relevante de producto del yogur, se utilizarán los datos de volumen y montos de venta de cada producto perteneciente a cada sub mercado¹⁷³. Estos datos

¹⁷⁰ Definición conferida por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO - *Food and Agriculture Organization*).

¹⁷¹ Los productos analizados fueron los siguientes Yogur marca Soprole: Yogur Batido Soprole, 1+1 tradicional con cuchara, Zucaritas, Batifrut frutado, Uno al día minishot, Next minishot y Diet Soprole.

¹⁷² Información disponible en: http://www.soprole.cl/productos_home.php

¹⁷³ Base de datos acompañada por Soprole a este H. Tribunal con fecha 28 de diciembre de 2010.

permiten determinar la cantidad demandada y el precio promedio de cada sub segmento.

236. Con esta información es posible determinar, en primer lugar, si los subsegmentos anteriores de cada grupo son o no mercados relevantes del producto individuales o si conforman entre ellos un solo mercado del yogur. Específicamente, se analizará la evidencia empírica respecto del grado de sustitución entre estos productos, evidencia que es utilizada como implementación práctica del test del monopolista hipotético. La metodología utilizada consiste en la estimación de las elasticidades de precios propias de cada producto, y las elasticidades cruzadas de los potenciales productos sustitutos.

237. La base de datos utilizada consiste en observaciones de carácter bimensual en el período comprendido entre los meses de diciembre-enero de 2003 a octubre-noviembre de 2009, con un total de 42 observaciones¹⁷⁴. Los precios obtenidos en cada segmento fueron transformados a precios reales¹⁷⁵. El método econométrico usado para estimar este sistema de ecuaciones es el método SUR¹⁷⁶ para controlar el hecho que los errores de las regresiones pueden estar correlacionados¹⁷⁷.

238. Es importante mencionar que dado que los productos a analizar tienen como insumo principal la leche, la estimación de todas las demandas necesariamente debe ser realizada en forma simultánea, pues es altamente probable que existan shocks no observados que afectan de

¹⁷⁴ No se contaban con datos para el año 2005 por lo que se promediaron los datos del año 2004 y 2006 para cada período relevante para evitar problemas de discontinuidad en la estimación

¹⁷⁵ Base noviembre de 2009.

¹⁷⁶ Sistema de regresiones aparentemente no relacionadas o *Seemingly Unrelated Regression*

¹⁷⁷ Los modelos SUR han sido utilizados para la definición de mercado relevante en: Análisis del Mercado Relevante, la Concentración y las Barreras a la Entrada en la Industria del Pisco. Claudio Agostini y Eduardo Saavedra, Diciembre 2005; Market definition with differentiated products The Post/Nabisco Cereal Merger. Daniel Rubinfeld, 2004.

manera simultánea a todos los mercados, como por ejemplo, las variaciones en el precio de la leche cruda.

2.1.1 Mercado del yogur batido, yogur más cereal y yogur más agregado.

239. El sistema de ecuaciones de demanda a estimar, para este caso es:

$$\begin{aligned} \ln(Q_{batido}) &= \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{batido}) + \beta_2 \ln(P_{cereal}) + \beta_3 \ln(P_{agregado}) \\ &\quad + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{Imacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \ln(Q_{cereal}) &= \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{batido}) + \beta_2 \ln(P_{cereal}) + \beta_3 \ln(P_{agregado}) \\ &\quad + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{Imacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \ln(Q_{agregado}) &= \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{batido}) + \beta_2 \ln(P_{cereal}) + \beta_3 \ln(P_{agregado}) \\ &\quad + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{Imacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

Donde Q es la cantidad consumida y P es el precio del respectivo segmento. Adicionalmente, para controlar por otras variables relevantes, fueron agregadas las siguientes variables: (i) una tendencia, que puede capturar la tasa de crecimiento de largo plazo del consumo de yogur en el mercado nacional (ii) el Imacec, índice que fue agregado como un *proxy* del ciclo económico del país y (iii) variables *dummy* por bimestre, ya que los datos a utilizar tienen carácter bimensual y éstas variables pueden capturar cualquier efecto no observado en cada bimestre. De esta manera los parámetros a estimar son respectivamente $\alpha_i, \beta_i, \rho_i, \tau_i, \sigma_i$.

240. Los resultados muestran que todas las regresiones estimadas tienen un alto grado de ajuste con un R-cuadrado mayor a 0.75 para todos los

segmentos y un estadístico Chi-cuadrado significativo al 5%. El Cuadro N° 30 resume las elasticidades precio estimadas para cada sub segmento.

241. Según se puede apreciar, las elasticidades estimadas para el yogur batido y el yogur más agregado tienen signo negativo, que corresponde al signo esperado, indicando que la demanda de cada uno de ellos tienen pendiente negativa. Además, la elasticidad precio para el batido es significativa al 5%, pero para el yogur más cereal lo anterior no se cumple. Para el caso del yogur más cereal, la elasticidad precio tiene signo positivo pero no es significativa, indicando que estadísticamente no se puede rechazar la hipótesis de que sea igual a cero.

**Cuadro N° 30: Elasticidad propia de cada sub segmento
 (test t en paréntesis).**

Segmento	Elasticidad propia
Batido	-0,50* (-3,54)
Yogur más cereal.	0,85 (1,32)
Yogur más agregado	-2,21 (-1,82)

*Parámetros significativos al 5%.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos entregados por las Nestlé.

242. De acuerdo al Cuadro N° 30, un aumento del 5% en los precios del yogur batido y del yogur más agregado causaría una disminución en 2,50%, y 11.05% en la cantidad demandada de los productos, respectivamente. A su vez, el Cuadro N° 31 resume las elasticidades cruzadas de cada producto con respecto al resto de los sub segmentos analizados.

**Cuadro N° 31: Elasticidad cruzada de cada sub segmento
 (Test t entre paréntesis).**

Segmento	Batido	Yogur más cereal	Yogur más agregado
Batido	-0,50* (-3,54)	0,61* (2,16)	-0,09 (-0,34)
Yogur más cereal	0,94* (2,88)	0,85 (1,32)	-3,28* (-5,27)
Yogur más agregado	-1,51* (-2,36)	2,14 (1,69)	-2,21 (-1,82)

*Parámetros significativos al 5%.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos proporcionados por Nestlé.

243. Debe tenerse presente que las únicas elasticidades cruzadas positivas y significativas son la elasticidad yogur batido con respecto al precio del yogur más cereal (0,61) y la elasticidad yogur más cereal con respecto al precio del yogur batido (0,94), lo que indicaría, en primera instancia, que ambos productos son sustitutos entre ellos. Con respecto a las elasticidades cruzadas del yogur más agregado, no existe ninguna elasticidad positiva y significativa indicando que este producto constituye un mercado relevante en sí mismo. Finalmente, la elasticidad yogur más agregado con respecto al precio del yogur más cereal es positiva, pero no significativa al 5%, es decir, no hay evidencia estadística para rechazar la hipótesis de que esta elasticidad es estadísticamente igual a cero, indicando que la sustitución entre esos productos es bastante baja o bien nula.

244. Para verificar la sustituibilidad entre el yogur batido y el yogur más cereal, es necesario realizar un análisis de pérdida crítica. Este test es una técnica práctica para medir, mediante el test del monopolista hipotético, si ambos productos pertenecen al mismo mercado relevante. Concretamente para este caso, es necesario evaluar si para un monopolista hipotético en el mercado del yogur batido y en el mercado del yogur más cereal le es rentable incrementar un 5% su precio de manera sostenida.

245. Harris y Simons (1989)¹⁷⁸ calculan teóricamente la pérdida crítica en la cantidad demandada que estaría dispuesto a sacrificar el mencionado monopolista con tal que su beneficio no disminuya en comparación al beneficio obtenido previo al aumento en los precios. Luego, si la pérdida crítica de ventas es menor que la pérdida efectiva de ventas¹⁷⁹, se traduce en que la sustitución entre los dos productos bajo análisis es relativamente importante como para evitar el aumento en 5% en los precios del monopolista hipotético. Este resultado implica que ambos productos se encuentran en el mismo mercado relevante, mientras que si la condición anterior es la opuesta¹⁸⁰, ambos productos son un mercado relevante en sí mismo.

246. De esta forma, se calcula la pérdida crítica mediante la siguiente fórmula¹⁸¹:

$$\Delta\%Q_{yogurt} = \frac{\Delta\%P_{yogurt}}{\Delta\%P_{yogurt} + ((P_{yogurt} - CVME_{yogurt})/P_{yogurt})}$$

Donde $\Delta\%Q_{yogurt}$ corresponde a la pérdida crítica, $\Delta\%P_{yogurt}$ es la variación porcentual del precio del yogur, P_{yogurt} es el precio del yogur y $CVME_{yogurt}$ es el costo variable medio del yogur.¹⁸² Una *proxy* para el

¹⁷⁸ "Focusing market definition: how much substitution is necessary". Harris, B. y Simons, J. (1989) *Research in Law and Economics*, Vol. 12, pp.207-226.

¹⁷⁹ Pérdida obtenida a través de la elasticidad precio propia

¹⁸⁰ Pérdida crítica mayor que la pérdida efectiva

¹⁸¹ Esta fórmula proviene de igualar los beneficios de la firma ante un aumento en el precio (y consiguiente disminución en la cantidad), con la situación previa al aumento de precio, ello suponiendo costos constantes, es decir:

$$p \cdot q - c \cdot q - F = p \cdot (1 + y) \cdot q(1 - x) - c \cdot q(1 - x) - F$$

$$\Rightarrow x = \frac{y}{y + (p - c) / p}$$

Donde "p" es precio, "q" cantidad, "c" costo variable (constante), "F" costo fijo, "y" variación porcentual en el precio y "x" variación porcentual en la cantidad.

¹⁸² Fórmula idéntica para el producto yogur más cereal

costo variable medio del yogur es el costo promedio por unidad de yogur procesado, entregado por Soprole para el año 2010.¹⁸³

247. El cálculo de la pérdida crítica con los datos utilizados y una variación porcentual del precio del yogur batido y yogur más cereal del 5%, es de 13% y 10.46%. La pérdida real de cantidad demanda por un aumento del 5% en el precio del yogur batido y yogur más cereal, recordando que la elasticidad propia es de -0.50 y 0 (estadísticamente no se puede rechazar dicha hipótesis), es igual a 2.50% y 0.00%. Por lo tanto, al ser mayor la pérdida crítica que la pérdida real frente al aumento en el 5% en ambos productos, entonces ni el mercado del yogur batido ni el mercado del yogur más cereal, serían capaces de ejercer fuertes presiones competitivas al monopolista hipotético en cada uno de ellos.

248. Por lo tanto, al ser mayor la pérdida crítica que la pérdida real frente al aumento en el 5% en ambos productos, entonces se tiene que ni el mercado del yogur batido ni el mercado del yogur más cereal, serían capaces de ejercer fuertes presiones competitivas al monopolista hipotético en cada uno de ellos. En definitiva, **estos resultados ratifican que el mercado del yogur batido, yogur más cereal y yogur más agregado, en general, constituyen mercados relevantes en sí mismos, separadamente entre sí.**

249. Por otro lado, la diferencia existente entre los precios del yogur batido y del yogur con cereales, generan el razonamiento consecuente de que estos segmentos son mercados relevantes separados. En efecto, frente a un aumento en el precio del yogur batido, difícilmente los consumidores sustituirán su consumo por el consumo de yogur con cereales, pues éstos últimos tienen un precio mucho mayor.

¹⁸³ Se calculó un promedio anual de los precios y costos por kilo del yogur batido y yogur 1+1 natural.

250. El gráfico N° 9 muestra la evolución de precios reales agregados del yogur batido y del yogur más cereal entre los años 2003 a 2009, en el cual según este H. Tribunal podrá apreciar, se muestra claramente la diferencia en precios de ambos productos en cada uno de los períodos analizados- desigualdad en incremento-, siendo el precio del yogur más cereal, en promedio, un 111,59% mayor al precio del yogur batido.

Gráfico N° 9: Diferencias de precios yogur batido y yogur más cereal, años 2003- 2009. Precio reales promedio a público por Kg.

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [7]

2.1.2. Mercado de los probióticos, yogures funcionales y diet.

251. Conforme se expuso respecto del anterior grupo de yogures, dado que los productos a analizar, esto es, los segmentos de probióticos, yogures funcionales y yogures diet, tienen como insumo principal la leche, la estimación de todas las demandas de dichos productos necesariamente debe ser realizada en forma simultánea.

Así, el sistema de ecuaciones de demanda a estimar de forma simultánea es:

$$\begin{aligned} \ln(Q_{\text{probiotico}}) = & \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{\text{probiotico}}) + \beta_2 \ln(P_{\text{funcional}}) + \beta_3 \ln(P_{\text{diet}}) \\ & + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{lmacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \ln(Q_{\text{funcional}}) = & \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{\text{probiotico}}) + \beta_2 \ln(P_{\text{funcional}}) + \ln(P_{\text{diet}}) \\ & + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{lmacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

$$\ln(Q_{\text{diet}}) = \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{\text{probiotico}}) + \beta_2 \ln(P_{\text{funcional}}) + \beta_3 \ln(P_{\text{diet}})$$

$$+ \rho_1 \text{tendencia} + \tau_i \text{Imacec} + \sigma_i \sum_t D_B + \varepsilon$$

Donde Q es la cantidad consumida y P es el precio del respectivo segmento. El resto de las variables son las mismas definidas para el caso del primer grupo. Los parámetros a estimar son respectivamente $\alpha_i, \beta_i, \rho_i, \tau_i, \sigma_i$.

252. Los resultados muestran que todas las regresiones estimadas tienen un alto grado de ajuste con un R-cuadrado mayor a 0.76 para todos los segmentos y un estadístico Chi-cuadrado significativo al 5% de significancia. El Cuadro N° 32 resume las elasticidades precio estimadas para cada sub segmento.

253. En este contexto, se puede apreciar que solamente la elasticidad estimada para el segmento *diet* es negativa. Para el segmento de yogur funcional, la estimación es positiva, sin embargo ésta no es significativa ni al 1% ni al 5%, es decir, no existe la evidencia suficiente para rechazar la hipótesis de que la mencionada elasticidad sea igual a cero.

**Cuadro N° 32: Elasticidad propia de cada sub segmento
 (test t en paréntesis)**

Segmento	Elasticidad propia
Probiótico	1,80* (5,55)
Funcionales	1,99 (1,64)
Diet	-1,03 (-1,47)

*Parámetros significativos al 5%.

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos proporcionados por Nestlé a este H. Tribunal.

254. Para el caso de los probióticos, la elasticidad es positiva y significativa, signo que se puede explicar por el fuerte crecimiento que ha experimentado este segmento los últimos años, debido entre otros factores, a la mayor demanda de los consumidores por consumir productos más sanos y la fuerte inversión publicitaria en este segmento, lo que implicaría que a pesar de un aumento de su precio, la cantidad demandada no disminuiría. Desde otra perspectiva, lo anterior puede ser explicado sobre la base de que este tipo de productos, al tener funcionalidades específicas y generar beneficios en las personas, entre ellas el mejoramiento de las defensas del organismo, es usual que sean objeto de recomendaciones médicas, lo cual conlleva a que la población adopte respecto de éstos un consumo constante.

255. En efecto, en el gráfico a continuación es posible apreciar la evolución creciente de las cantidades consumidas de probióticos a nivel nacional, a pesar del incremento en el precio del producto. A este respecto, debe tenerse en consideración que si se realizara un gráfico para el segmento funcional, los resultados serían similares a los que se observan en el gráfico siguiente. En este sentido, cabe señalar lo indicado por otra importante cadena de *supermercados* [10], en toma de declaración ante esta Fiscalía: *“Entre estos [los probióticos] y los yogures no hay competencia, pues tienen funciones distintas [...] los yogures funcionales son totalmente distintos: en esto es donde se espera que haya más desarrollo en el futuro, se espera que sea la categoría que más crezca”*.

**Gráfico N° 10: Evolución de precios (precio promedio a público por Kg.)
y cantidades (en miles de Kg.) de Probióticos, años 2003-2009**

[♦]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [8]

256. Por su parte, el Cuadro N° 33 resume las elasticidades cruzadas de cada producto con respecto al resto de los sub segmentos analizados, es decir,

los probióticos, los yogures funcionales y los yogures *diet*. Al respecto, es posible apreciar que ninguna elasticidad cruzada positiva es significativa, lo cual indicaría que no existe un alto grado de sustitución entre los tres sub segmentos examinados.

**Cuadro N° 33: Elasticidad cruzada de cada sub segmento
 (Test t entre paréntesis).**

Segmento	Probiótico	Funcional	Diet
Probiótico	1.80* (5.55)	0.83 (0.81)	-3.32* (-3.07)
Funcional	-1.59* (-4.11)	1.99 (1.64)	-2.50 (-1.95)
Diet	0.34 (1.61)	0.10 (0.15)	-1.03 (-1.47)

*Parámetros significativos al 5%.

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por Nestlé a esta Fiscalía.

257. Realizando un análisis de precios, la diferencia en estos entre el yogur *diet*, probióticos y funcionales, hacen pensar nuevamente que estos segmentos corresponden a mercados relevantes separados. De hecho, de acuerdo al análisis del monopolista hipotético, frente a un aumento en el precio del yogur *diet* o de los yogures funcionales en un 5%, difícilmente los consumidores sustituirán su consumo por el consumo de los otros dos tipos de yogur (para el yogur *diet*) o por el consumo de probióticos (para el yogur funcional).

258. Por su parte, el Gráfico N° 11 muestra la evolución de precios reales agregados del yogur *diet*, probióticos y funcionales entre los años 2003 a 2009, en el cual se puede observar claramente la diferencia en precios de estos tres productos en cada uno de los períodos analizados, siendo en promedio el precio de los probióticos, funcionales y *diet* de \$2.191, \$1.798 y \$1.286 respectivamente.

Gráfico N° 11: Diferencias de precios yogur *diet*, probióticos y funcionales, años 2003 a 2009.

(Precio reales promedio a público por Kg.)

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [9]

259. Por lo tanto, conforme a los resultados de los *tests* econométricos antes indicados, así como a los antecedentes de precio con los que dispone esta Fiscalía, es posible concluir que tanto el yogur batido, el yogur más cereal, el yogur más agregado, los probióticos, los yogures funcionales y los yogures *diet* constituyen mercados relevantes de producto separados e independientes entre sí.

2.1.3. Petit Suisse

260. El *petit suisse* (que en su traducción al español significa "pequeño suizo") es un queso fresco de origen francés, sin sal y de consistencia suave y cremosa, elaborado en base a leche cruda enriquecida con crema y grasa. El *petit suisse* puede consumirse con azúcar, como postre o bien con alimentos salados como carnes. Por su parte, Soprole define al *petit suisse* como un concentrado lácteo fuente de calcio, con bajo aporte de grasa total, reducido en calorías, orientado principalmente al crecimiento de los niños¹⁸⁴.

261. En nuestro país, el *petit suisse* se comercializa, por sus características y ocasión de consumo, como un postre refrigerado. Conforme lo que se expondrá a continuación en ésta sección, se determinará si los postres lácteos refrigerados y el *petit suisse* pertenecen o no al mismo mercado relevante de producto.

¹⁸⁴ En http://www.soprole.cl/productos_soprole.php?id=191#prods

262. En el Informe de Patricio Rojas se señala que los postres refrigerados y los *petit suisse* no constituyen un mercado en sí mismo, realizando un análisis de ambos productos como si pertenecieran al mismo mercado relevante: el mercado de los postres¹⁸⁵.

263. Con el objeto de alcanzar una respuesta concluyente a la interrogante de si los *petit suisse* y los postres refrigerados pertenecen a un mismo mercado relevante, es menester realizar un análisis similar al efectuado en el mercado del yogur. Nuevamente, dado que los productos a analizar tienen como insumo la leche, la estimación de todas las demandas necesariamente debe ser realizada en forma simultánea.

264. El sistema de ecuaciones de demanda a estimar de forma simultánea es en el caso que se señala a continuación:

$$\begin{aligned} \ln(Q_{postres}) &= \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{postres}) + \beta_2 \ln(P_{petit}) + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_1 \text{Imacec} \\ &+ \sigma_1 \sum_t D_B + \varepsilon \\ \ln(Q_{petit}) &= \alpha_1 + \beta_1 \ln(P_{postres}) + \beta_2 \ln(P_{petit}) + \rho_1 \text{tendencia} + \tau_1 \text{Imacec} \\ &+ \sigma_1 \sum_t D_B + \varepsilon \end{aligned}$$

Donde Q es la cantidad consumida y P es el precio del respectivo segmento. Las otras variables corresponden a: (i) una tendencia, que puede capturar la tasa de crecimiento de largo plazo del consumo de ambos segmentos en el mercado nacional (ii) el Imacec, índice que fue agregado como un *proxy* del ciclo económico del país y (iii) variables *dummy* por bimestre, pues los datos a utilizar tienen carácter bimensual y éstas variables pueden capturar cualquier efecto no observado en cada bimestre. Los parámetros a estimar son respectivamente $\alpha_i, \beta_i, \rho_i, \tau_i, \sigma_i$.

¹⁸⁵ Informe de Patricio Rojas, pág. 31.

265. Del mismo modo que en el análisis efectuado para los distintos mercados relevantes del yogur, la base de datos utilizada al efecto consiste en observaciones de carácter bimensual entre los meses de diciembre-enero de 2003 a octubre-noviembre de 2009, y el método econométrico empleado para estimar el sistema de ecuación anterior es el método SUR¹⁸⁶.

266. Los resultados muestran que todas las regresiones estimadas tienen un grado de ajuste alto, con un R-cuadrado mayor a 0.84 para todos los segmentos y un estadístico Chi-cuadrado significativo al 5%. El Cuadro N° 34 resume las elasticidades precio y cruzadas entre los mercados de *petit suisse* y postres refrigerados. Conforme este H. Tribunal podrá apreciar, ambas elasticidades precio son negativas, indicando por tanto que un aumento en el precio, provoca una disminución en la cantidad demandada.

**Cuadro N° 34: Elasticidad cruzada de cada sub segmento
 (Test t entre paréntesis).**

Segmento	Postres	Petit
Postres	-0,54 (-1,20)	-0,41 (-1,09)
Petit	0,43 (0,92)	-2,04* (-5,18)

*Parámetros significativos al 5%.

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada por Nestlé.

267. Por su parte, las elasticidades cruzadas no son significativas al 5% y al 1%, indicando que, dada la evidencia estadística, no es posible rechazar la hipótesis de que las elasticidades cruzadas sean iguales a cero. En consecuencia, a partir de los resultados anteriores es posible concluir que sobre la base del grado de sustitución, el mercado de postres

¹⁸⁶ Sistema de regresiones aparentemente no relacionadas o *Seemingly Unrelated Regression*

refrigerados y de *petit suisse* corresponden a dos mercados relevantes de producto distintos.

2.1.4. Postres Refrigerados

268. Según la Real Academia Española de la Lengua, "postre" corresponde a una *fruta, dulce u otras cosas que se sirven al fin de las comidas*. Considerando lo general del concepto, el mercado de los postres consistiría en un mercado relevante difícil de acotar, dado que sería inclusivo de productos tan diversos y disímiles entre sí como postres caseros, postres en polvo, productos de pastelería, frutas, helados, entre otros, es decir, en éste podrían incluirse productos lácteos y no lácteos.
269. Por su parte, y conforme se expuso, Soprole y Nestlé contribuirán al JV sus líneas de productos relacionadas a los postres refrigerados que actualmente elaboran y comercializan, dentro de los cuales se incluyen productos lácteos (flanes, mousse, leche asada, sémola con leche y *petit suisse*) y productos no lácteos (gelatinas y compotas de frutas).
270. De acuerdo a lo que señalan las Consultantes, los postres refrigerados que Soprole y Nestlé aportarán al JV no constituirían un mercado relevante en sí mismo, sino que serían parte del mercado de los postres, segmento amplio en el que se incluirían postres refrigerados lácteos y no lácteos, galletas, helados, frutas frescas y en conserva, postres de preparación casera, productos en base a polvo (flanes, mousse, jaleas, etc.) e incluso leche cultivada. De conformidad con lo que señala Soprole, dichos productos presentarían un alto grado de sustituibilidad entre sí, y *"los hábitos de consumo son similares, pudiendo variar sólo en algunos casos los formatos de comercialización, para lo cual, en todo caso, existe*

*la alternativa de envases plásticos conforme a los cuales un consumidor puede sustituir el envasado industrial para los efectos del consumo*¹⁸⁷.

271. En el mismo sentido, Nestlé aduce que existe cierto grado de sustitución entre los postres refrigerados que se contribuyen al JV, asimilable a la sustitución que existiría entre éstos y postres en general. El argumento es razonable respecto de la competencia evidente entre una compota de frutas y una fruta natural o en conserva, o bien, entre un helado individual y un mousse. Sin embargo, esta Fiscalía considera que es cuestionable aducir que un plátano o una manzana logren disciplinar el precio de postre refrigerado especial como el *Chandelle* de Nestlé o el *Manjarate* de Soprole¹⁸⁸. En efecto, al reputar que productos tan dispares caben dentro de la noción de postre como un solo mercado relevante, se tiene que respecto de los productos que lo integran, la única semejanza que podría detectarse entre los mismos consiste en la ocasión del consumo de los mismos.

272. Sin perjuicio que la circunstancia de consumo de los postres refrigerados es similar a la del resto de los productos que las Consultantes definen como postres, esto es, luego de las comidas o bien como *snacks* a cualquier hora, es menester señalar que un mercado relevante está conformado por el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos¹⁸⁹. No obstante, las Consultantes no proveyeron ni a este H. Tribunal, ni a esta Fiscalía, de los datos pertinentes para calcular las elasticidades cruzadas entre los postres que consumen los demandantes finales, ni las sustituciones cruzadas entre ellos.

¹⁸⁷ Consulta de Soprole, pág. 100.

¹⁸⁸ Nestlé señala en su Consulta que *“estos postres pertenecen a un nicho que abarca productos que, en virtud de sus características e imagen, más que postres tradicionales, constituyen un snack de lujo, que tiene un precio totalmente distinto a los demás postres, por lo que, desde el punto de vista de los consumidores, éstos paracen sustituirlos, quizás imperfectamente, más bien con otros productos suntuarios, como chocolates de calidad”*. (pág. 142).

¹⁸⁹ Guía de Operaciones de Concentración, pág. 13.

273. No obstante la ausencia de datos, Nestlé señala que ello “[...] no obsta a que, en base a un análisis cualitativo, se concluya la plena razonabilidad de estimar que productos distintos de los llamados postres refrigerados pueden ser tan sustitutos de algunos de éstos como los mismos postres refrigerados entre sí, o al menos, tengan carácter disciplinador de los mismos”¹⁹⁰. Asimismo, utilizando la misma línea argumental, aduce que el *petit suisse* debe analizarse como un postre refrigerado más, señalando que ello se debe a “sus características de consumo, dado que sus principales características (forma en que se almacena, distribuye y comercializa; ocasión de su consumo; y precios), son más bien similares a las de los postres refrigerados en general, y son generalmente considerados en la industria como un sub-segmento del segmento de postres refrigerados, destinados básicamente a los niños”.

274. En este contexto, lo que la Fiscalía Nacional Económica sí pudo testear, según vimos en el acápite anterior, es la pertenencia o no de los *petit suisse* al mercado relevante de los postres refrigerados, concluyendo a este respecto que los *petit suisse* no pertenecen al mismo mercado relevante que los postres refrigerados.

275. Por lo mismo, no obstante la inexistencia de datos que permitan testear económicamente la sustitución entre una fruta y un postre refrigerado, la Fiscalía Nacional Económica es de la opinión que las características particulares de ambos (sabor, textura, composición) permiten concluir que ante un aumento de 5% en el precio del Chandelle o del Manjarate, el consumidor no va a sustituirlo por un plátano o una manzana. Así, si los datos muestran que el *petit suisse* no participa del mismo mercado relevante que los postres refrigerados, con menor razón las frutas integrarán un mismo mercado con estos últimos. Fundados en esta evidencia es que se considerará que el mercado relevante del producto en este caso corresponde al mercado de los postres refrigerados.

¹⁹⁰ Consulta de Nestlé, pág. 6.

2.1.5. Leche Líquida

276. Dentro del mercado de la leche líquida, se pueden identificar los siguientes tipos de leche: entera, semidescremada, descremada, saborizada, especiales y concentrada. El Reglamento Sanitario de los Alimentos clasifica a la leche, de acuerdo a su contenido de materia grasa láctea, en: (i) Leche entera: aquella con un contenido superior a 30 g de materia grasa por litro; (ii) Leche parcialmente descremada: aquella con un contenido máximo de 30 g de materia grasa y un mínimo superior a 5 gramos por litro; y (iii) Leche descremada: aquella con un contenido máximo de hasta 5 gramos por litro de materia grasa¹⁹¹.

277. Asimismo, el reglamento indicado distingue otros dos tipos de leches: (i) Leche saborizada: producto obtenido a partir de la leche entera, parcialmente descremada o descremada pasteurizada, sometida a tratamiento UHT o esterilizada, a la que se ha adicionado saborizantes, aromatizantes, edulcorantes y estabilizantes autorizados en el presente reglamento con el objeto de obtener un producto con caracteres organolépticos diferentes¹⁹²; y (ii) Leche concentrada: aquellas que han sido privadas parcialmente de su contenido de agua, que se clasifican en a) leche evaporada (producto líquido obtenido por eliminación parcial del agua de la leche); y b) leche condensada azucarada (producto proveniente de la leche obtenido por evaporación parcial del agua y adición de azúcar y/o dextrosa)¹⁹³. Por su parte, las Leches especiales consisten en aquellas leches enteras, semidescremadas o descremadas, a las cuales se le agregan o extraen ciertos elementos externos que la constituyen en leches de valor agregado, tales como la incorporación de calcio y vitaminas o la extracción de la lactosa.

¹⁹¹ Artículo 205 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

¹⁹² Artículo 213 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

¹⁹³ Artículo 214 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

278. Como punto de partida, debe señalarse que el Reglamento Sanitario de los Alimentos exige la pasteurización obligatoria de la leche, entendiendo por tal, el procedimiento por el que se somete uniformemente la totalidad de las leches u otros productos lácteos a una temperatura conveniente durante el tiempo necesario, para destruir la mayor parte de la flora intestinal y la totalidad de los gérmenes patógenos, seguido de un enfriamiento rápido de las leches o los productos lácteos así tratados¹⁹⁴. A partir de la leche pasteurizada, es posible obtener la leche "larga vida", esto es, la leche que ha sido esterilizada o la leche UHT o sometida a altas temperaturas (*ultra high temperature*)¹⁹⁵.

279. En primer lugar, debe tenerse presente que Soprole y Nestlé aportarán al JV todas sus líneas de productos de leches líquidas, esto es, leches enteras, descremadas, semidescremadas y saborizadas. Respecto de las leches concentradas, se tiene que éstas no serían aportadas al JV. A este respecto, es preciso indicar que mientras Soprole no participa del mercado de las leches concentradas, Nestlé es un actor vigoroso en este segmento. Conforme se señala en las Consultas, Nestlé se reserva el negocio de la leche condensada y no lo contribuye al JV, no obstante ello, nada se indica respecto de la leche evaporada que éste elabora. Según el envase de la leche (en tarro) y por su categoría de concentrada, es dable a presumir que la leche evaporada no sería aportada al JV por Nestlé. Sin embargo, este H. Tribunal debiera solicitar la aclaración de dicho antecedente a las Consultantes a fin de obtener la certeza suficiente respecto de si la leche evaporada permanecerá o no dentro del negocio residual de Nestlé y así efectuar un análisis acabado de este mercado.

¹⁹⁴ Artículos 199 y 200 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

¹⁹⁵ El artículo 201 del Reglamento Sanitario de los Alimentos señala que el Tratamiento a ultra alta temperatura (UHT) es el procedimiento al que se somete uniformemente la totalidad de las leches u otros productos lácteos a una temperatura entre 130 y 145°C durante 2 a 4 segundos u otra combinación tiempo - temperatura de tratamiento equivalente. Por su parte, el artículo 202 de la misma norma señala que la "Esterilización" es el procedimiento por el que se somete uniformemente la totalidad de las leches u otros productos lácteos a un proceso térmico en autoclave o equipo similar, por el tiempo necesario para asegurar la ausencia de gérmenes viables y esporas que germinen en condiciones normales de almacenamiento.

280. A fin de examinar el mercado relevante de la leche líquida, un escenario ideal consistiría en disponer de los datos de cantidades y precios de cada tipo de leche líquida. Lo anterior, con el objetivo de estimar económicamente modelos de demanda que permitan definir elasticidades cruzadas y de precio, con la finalidad de poder identificar si la leche líquida conforma un mercado relevante en sí mismo, o bien, si es posible subdividir este mercado en otros mercados de acuerdo a las características propias de cada una de las subcategorías de leches.

281. Las Consultantes señalan que el análisis del mercado de la leche líquida debe hacerse abarcando todas sus variantes, es decir, considerando como parte del mismo mercado los distintos tipos de leche larga vida y, también, parte integrante del mismo mercado relevante a las leches enteras, descremadas y semidescremadas; saborizadas o no; con o sin añadidos; y en sus distintas presentaciones¹⁹⁶. La anterior posición, la fundamentan de manera diversa, ya que por una parte, Nestlé argumenta su postura casi exclusivamente en virtud de la no sustituibilidad de la leche líquida desde el punto de vista de la demanda de distribuidores, reconociendo cierta sustituibilidad entre los diversos tipos de leche líquida por parte de consumidores finales. Por otra parte, Soprole aduce la inexistencia de sustitutos perfectos para los diversos tipos de leche líquida, no obstante encontrar en la leche en polvo, la leche cultivada y el yogur, sustitutos imperfectos de la misma¹⁹⁷.

282. Sin embargo, esta Fiscalía no se cuenta con los datos para realizar este ejercicio, razón por la cual el análisis que se efectúa es a partir de las características distintivas, desde el punto de vista de la demanda, de cada una de las antedichas subcategorías.

¹⁹⁶ Consulta de Nestlé, págs. 67 y 68.

¹⁹⁷ Consulta de Soprole, pág. 59.

283. En primer lugar, el gráfico N° 12 muestra la evolución de precios¹⁹⁸ de los distintos tipos de leche durante el año 2010¹⁹⁹. Conforme puede apreciarse, los precios de la leche descremada y semidescremada tienen una magnitud y evolución muy similar durante el período analizado. Asimismo, el precio de la leche entera posee, en general, una evolución similar al precio de la leche descremada y semidescremada durante el año 2010, pero con un precio mayor, diferencia que se mantiene constante en cada uno de los meses del año, a excepción del mes de mayo.

**Gráfico N° 12: Evolución de los precios de los tipos de leche, año 2010.
(Pesos por Kilogramo)²⁰⁰**

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial [10]

284. Según se indica, el precio promedio durante el año 2010 de la leche entera, descremada y semidescremada, fue de \$453, \$422 y \$417 por kilogramo²⁰¹, respectivamente, mientras que el precio de la leche saborizada y especial fue, en promedio, de \$583 y \$543 por kilogramo, siendo el precio de la leche con sabor \$130, \$161 y \$166 mayor, por kilogramo, que el precio de la leche entera, descremada y semidescremada, en circunstancias que la leche especial tuvo un precio mayor en \$90, \$121 y \$126, respectivamente. Ver Cuadro N° 35.

¹⁹⁸ Precios de venta de Soprole a los Supermercados.

¹⁹⁹ La base de datos utilizada para el análisis fue la enviada por Soprole pues es la única que posee datos con la desagregación adecuada.

²⁰⁰ La leche sin lactosa representa a la categoría de leches especiales.

²⁰¹ La unidad de medida entregada por Soprole fue kilogramos.

Cuadro N° 35: Precios promedio y diferencia porcentual entre tipos de leche Soprole. Año 2010.

(Pesos por kl. y ventas en kl.)

Tipo de leche	Precio Promedio	Diferencia % con leche saborizada	Diferencia % con leche especial (sin lactosa)
Entera	453	29%	20%
Descremada	422	38%	29%
Semidescremada	417	40%	30 %
Sabor	583	-	-7%
Especial	543	7%	-

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por Soprole.

285. De acuerdo al cuadro anterior, es posible señalar que en una primera aproximación, realizando el test del monopolista hipotético, un incremento del 5% en el precio de la leche descremada, semidescremada o entera, no produciría una fuerte sustitución hacia el mercado de la leche saborizada o hacia la leche especial.

286. Por otro lado, para el caso de los consumidores que compran leches blancas y le agregan aditivos adicionales (por ejemplo, cereales o saborizantes en polvo²⁰²) ante un aumento de precio del 5% podrían eventualmente trasladarse a leche saborizada, ya que deben considerar en conjunto el precio de la leche blanca más el aditivo. No es el caso para los consumidores, que compran las leches blancas con un objetivo específico, por ejemplo cortar el café, así para estos consumidores un incremento del 5% en el precio de la leche descremada, semidescremada o entera, no produciría sustitución hacia otras leches.

287. Al respecto, es preciso indicar que para el tipo de leche especial (sin lactosa, extra calcio, etc.), el presupuesto señalado en el numeral anterior se cumpliría de una manera más general. En efecto, analizada la

²⁰² Tales como aquellos comercializados bajo la marca "Milo" o "Nesquik".

sustitución en el sentido inverso, es decir, sustitución de la leche especial por los restantes tipos de leche, la sustitución podría ser bastante reducida o derechamente nula, en atención a que los consumidores que adquieren este tipo de leches tienen características particulares que condicionan y predisponen su consumo. En particular, es posible señalar que los consumidores de leche especial, particularmente del tipo sin lactosa son, en su gran mayoría, individuos que presentan intolerancia a dicho componente y que por tanto, no pueden sustituirla por ningún otro tipo de leche. Por consiguiente, se podría llegar a considerar que la leche sin lactosa constituiría un mercado relevante en sí mismo.

288. Con respecto a los tipos de leche entera, descremada y semidescremada, el análisis correspondiente se torna más complejo. En primer lugar, la pequeña diferencia y similar evolución en los precios de estos tres tipos de leche, hacen dudar acerca del hecho que al monopolista hipotético en cada uno de estos segmentos, le sea rentable aumentar su precio en un 5%, pues perdería una proporción importante de su demanda.
289. Lo señalado anteriormente se ve reforzado a partir de la definición que el Reglamento Sanitario de los Alimentos confiere para las leches enteras, semidescremadas y descremadas, distinguiéndolas según su contenido de materia grasa láctea, conforme se indicó precedentemente. Asimismo, en la web de las leches líquidas de Soprole²⁰³ se indica que estos tres tipos de leche poseen el mismo nivel de proteínas, sodio, hidratos de carbono y calcio. Por lo tanto, la diferencia fundamental entre ellas es el porcentaje de grasa que contienen, y es dicho elemento es que los destinatarios finales toman en consideración al momento de elegir el tipo de leche que consumirán. Lo anterior, en atención a que mientras 100 gramos de leche entera aportan en total 3,1 gramos de grasa, 100 gramos de leche semidescremada y descremada aportan en total 1,5 gramos y 0,1 gramos, respectivamente. No obstante lo expuesto, esta Fiscalía no cuenta con

²⁰³ http://www.soprole.cl/productos_home.php

información suficiente y datos contundentes que permitan separar a la leche entera, semidescremada y descremada en mercados relevantes distintos entre sí.

290. Finalmente, respecto de la leche saborizada, debido a los altos precios de compra presentes en los supermercados en comparación al precio de los restantes tipos de leche²⁰⁴, y al hecho de que el segmento infantil y juvenil de la población consumidora de leche tiene como preferencia la leche saborizada y no la leche blanca, sería posible considerar que la leche saborizada sí constituye un mercado relevante en sí mismo.

291. En síntesis, las características de precios y particularidades del consumo de los distintos tipos de leche llevan a concluir que existirían distintos mercados relevantes de leches líquidas. Sin embargo, por carecer esta Fiscalía de los datos necesarios para determinar el índice de concentración de dichos mercados relevantes ha debido considerar los mismos como uno sólo para efectos del análisis sucesivo. En consecuencia, es por esta razón que para los efectos de esta presentación, se considerará como mercado relevante de producto a la categoría de *leches líquidas*.

2.1.6. Crema de Leche

292. Se entiende por crema de leche, aquel producto lácteo relativamente rico en grasa separada de las leches que adoptan la forma de emulsión tipo leches descremadas con grasa²⁰⁵. La crema de leche o crema, es un producto lácteo cuyo consumo dice relación con su utilización para fines de cocina en general, destacándose su uso en la preparación de productos de repostería, ya que en este contexto, es que se efectúa la

²⁰⁴ Excluyendo las leches especiales que también presentan un alto valor para el consumidor.

²⁰⁵ Artículo 221 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

distinción entre cremas para batir y cremas espesas. La particularidad de la crema, que la diferencia de la leche líquida entera, es su contenido de grasa ya que contiene, en promedio, un 35% de dicha materia.

293. A este respecto, debe tenerse en consideración lo que indica Soprole respecto de la crema de leche, en relación con la leche líquida cuyo mercado relevante se analizó en el numeral anterior: *“como cuestión previa, debemos señalar que la crema deviene del proceso productivo de la leche líquida, por lo que cualquier productor de leche líquida puede producir crema, bastando para ello dejar la leche en reposo durante un período de 24 a 48 horas, o bien, mediante un proceso de centrifugación en descremadora u otros mecanismos”*²⁰⁶.

294. Dentro de este mercado, se encuentran las cremas UHT (crema a la cual se le ha aplicado un proceso de altas temperaturas por lo que tiene la característica de ser larga vida), crema esterilizada, crema pasteurizada²⁰⁷ y crema en polvo. A este respecto, debe considerarse que la crema en sus diversos tipos puede envasarse en potes, tarros y envases *tetra pack*. Con respecto al JV, es menester señalar que tanto Soprole como Nestlé producen actualmente crema de leche, y aportarían dicho producto al JV, con la salvedad que Nestlé se reservará el negocio residual de la crema en tarro (esterilizada), aportando sólo la línea de producto de la crema de leche en otros envases (UHT o esterilizada).

295. En este contexto, Soprole analiza el mercado relevante de la crema desde la perspectiva del consumidor y de la finalidad de las mismas, señalando que *“desde un punto de vista de libre competencia, el mercado relevante de las cremas puede considerarse como uno solo, o bien, dejarse abierto a la existencia de dos mercados relevantes, cuales son: (i) el mercado*

²⁰⁶ Consulta de Soprole, pág. 113.

²⁰⁷ Conforme a los conceptos e pasteurización y de esterilización conferidos por el Reglamento Sanitario de los Alimentos indicados precedentemente en esta presentación.

*relevante de las cremas para batir y (ii) el mercado relevante de las cremas espesas*²⁰⁸. Por su parte, Nestlé indica que el mercado relevante de la crema debe considerarse como uno solo, distinguiendo a las cremas desde un punto de vista de sus procesos de pasteurización, entre la crema fresca y la crema larga vida, señalando que *"El análisis de los efectos de la Operación se efectuará en relación con el mercado relevante de la crema larga vida esterilizada (incluyendo tarros y potes) y UHT"*. Asimismo, indica que *"La crema fresca es pasteurizada y generalmente tiene una vida de cuatro semanas, siempre y cuando sea transportada y almacenada de forma refrigerada [...] Por otro lado, la crema larga vida recibe un tratamiento UHT o de esterilización y tiene una vida de varios meses*²⁰⁹.

296. Así las cosas, esta Fiscalía concuerda con las Consultantes en que el mercado de la crema de leche es un mercado relevante en sí mismo. En este sentido, de acuerdo al Informe de Patricio Rojas, las ventas de este producto durante el año 2009, se concentraron en ventas de crema UHT y esterilizadas, representando estos dos tipos de crema, el 92% de las ventas de esta categoría.

297. No obstante, es posible señalar que al incrementar un 5% el precio de la crema UHT, esta Fiscalía estima que es viable que los compradores de dicho producto decidan cambiarse a otro formato de crema de leche, por lo que dicho aumento no sería rentable. Por consiguiente, esta Fiscalía considerará en su análisis a la categoría *Cremas* como mercado relevante de producto en sí mismo.

²⁰⁸ Consulta de Soprole, pág. 114.

²⁰⁹ Consulta de Nestlé, pág. 78.

2.1.7. Mantequilla y Margarina

298. El Reglamento Sanitario de los Alimentos indica que la mantequilla es el producto lácteo derivado exclusivamente de la crema pasteurizada de leches²¹⁰. En resumen, este producto es esencialmente materia grasa de origen animal solidificada, proveniente de la leche cruda que ha sufrido el proceso de pasteurización. Por su parte, se entiende por margarina el producto en forma de emulsión usualmente del tipo agua/aceite, obtenido de grasas y aceites comestibles. Según consta en la norma citada, las margarinas se sub clasifican a su vez en margarinas de repostería y de mesa, en consideración a determinadas características de materia grasa y de punto de fusión máximo que deben cumplir para ser consideradas como tales²¹¹. En complemento, se tiene que la grasa en base a la cual se elabora la margarina es de origen vegetal y no animal, como es el caso de la mantequilla.

299. De acuerdo, con Nestlé *“la exacta determinación de si la mantequilla y la margarina forman parte de un mismo mercado o no, puede dejarse abierta, dado que no existe en este mercado una superposición entre las operaciones de Nestlé Chile y Soprole y, en consecuencia, su delimitación exacta no debiera tener un impacto relevante en el análisis competitivo de la Operación”*²¹².

300. Por su parte Soprole es de la posición de considerar a ambos productos como mercados relevantes independientes aduciendo como fundamento a

²¹⁰ Artículo 225 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, Decreto N°977/96 del Ministerio de Salud.

²¹¹ Artículo 262. Margarina de mesa es aquella cuya materia grasa presenta un punto de fusión máximo de 37°C. Su contenido de agua será de 16% como máximo y su contenido de materia grasa será de 80% como mínimo; Igualmente se consideran margarinas de mesa aquellas que presenten un contenido de materia grasa menor de 80% y mayor de 16% de agua. Estas margarinas deberán indicar el contenido de agua. Margarina de repostería es aquella cuya materia grasa presenta un punto de fusión máximo de 45°C. Su contenido de agua y su uso se indicarán en la rotulación.

²¹² Consulta de Nestlé, págs. 81 y 81.

dicha postura la no sustituibilidad de la mantequilla y de la margarina. Al efecto, indica que "[...] la margarina no puede considerarse un sustituto perfecto de la mantequilla, ya que si bien comparten su uso, como untables para el pan, su producción, sabor y usos alternativos difieren en tal magnitud que ambos deben considerarse mercados relevantes en sí mismos"²¹³.

301. Ahora bien, habida consideración de que de acuerdo con las Consultantes Nestlé no comercializaría en la actualidad ni mantequilla ni margarina²¹⁴, y que por lo mismo la operación no generaría riesgo alguno en relación a dichos productos, no es menester ahondar en la determinación exacta del mercado relevante. Por lo mismo, y sólo para efectos prácticos, consideraremos ambos productos como parte de un mismo mercado relevante.

2.1.8. Queso Fresco

302. Se entiende por queso fresco o quesillo aquellos quesos de elaboración reciente que no han sufrido ninguna transformación ni fermentación, salvo la láctica y son preparados con leches pasteurizadas enteras, parcialmente descremadas o descremadas²¹⁵.

303. El mercado del queso fresco está compuesto por quesillos, quesos chacra y quesos frescos. Estos quesos tienen la peculiaridad de que tienen una menor duración que los quesos maduros y que difieren de éstos en cuanto a su elaboración. Adicionalmente, algunos quesillos tienen un menor contenido calórico, por lo que los consumidores tienen respecto de los quesos frescos hábitos de consumo diversos.

²¹³ Consulta de Soprole, pág. 141.

²¹⁴ Consulta de Soprole, pág. 142: "Nestlé habría desarrollado en el pasado el negocio de la margarina, transfiriendo dicha línea de producción a Team, una firma colombiana productora de aceites y grasas comestibles el año 2006". Lo anterior sin perjuicio de reservarse la distribución de la margarina transferida.

²¹⁵ Reglamento Sanitario de los Alimentos, artículo 237.

304. Respecto de si el queso fresco constituye o no un mercado relevante en sí mismo, independiente de los quesos maduros, las Consultantes están contestes en determinar que es posible esgrimir profundas diferencias entre el mercado del queso fresco y del queso maduro, como consecuencia de lo cual se podría señalar que el queso fresco constituye un mercado relevante en sí mismo.
305. No obstante lo anterior, al igual que en el caso de la mantequilla y margarina, no correspondería profundizar en la determinación del mercado relevante, habida consideración que sólo Soprole elabora queso fresco. Consecuentemente con ello, y para efectos prácticos, se considerará como mercado relevante de producto, en sí mismo, a la categoría *Queso Fresco*.

2.1.9. Queso Maduro

306. El Reglamento Sanitario de los Alimentos define queso maduro como aquel producto que requiere de un período de maduración a temperatura y en condiciones tales que se produzcan los cambios bioquímicos y físicos necesarios para obtener las características organolépticas que tipifican los quesos²¹⁶.
307. Dentro del mercado de los quesos maduros, existen sub segmentos de los mismos, constituidos por diversos tipos de quesos duros, semi-duros, blandos y fundidos. Según sus correspondientes tipologías, los quesos pueden clasificarse en queso gouda, mantecoso, untable, chanco, parmesano, Camembert, Gruyere, ricotta, Edam, Brie y Roquefort, entre otros. Asimismo, existen quesos cuya leche no proviene del ganado bovino, como el queso mozzarella y el queso de cabra. En Chile, las categorías más importantes respecto de su comercialización hacia distribuidores y consumidores son los quesos gouda, chanco y mantecoso.

²¹⁶ Artículo 238 del Reglamento Sanitario de los Alimentos.

308. Nuevamente, atendido que Nestlé no participa de este mercado, definiremos como mercado relevante de producto, sólo para efectos prácticos, a la categoría *Queso Maduro*.

2.1.10. Manjar

309. Conforme el artículo 219 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, el manjar o dulce de leche es el producto obtenido a partir de leches adicionadas de azúcares que por efecto del calor adquiere su color característico. El contenido de sólidos totales de leche debe ser de 25,5% como mínimo y no debe contener más de 35% de agua. En virtud de la definición, es posible señalar que el manjar es aquel producto que se obtiene de la leche condensada, al ser esta según la normativa antes citada, una leche concentrada adicionada de azúcar. El uso tradicional del manjar consiste mayormente, en la preparación de productos de repostería.

310. Respecto de si el manjar constituye un mercado relevante en sí mismo, incorporando en sí todos los tipos de manjar (tradicional, light o con agregado de nueces u otros), Nestlé señala que si lo conforma "*dado el alto nivel de sustitución existente desde el lado de la oferta, además del hecho de que los distribuidores suelen comprar todos los tipos de manjar, y no uno en específico*"²¹⁷. Desde la misma perspectiva de la sustituibilidad, Soprole indica que la sustitución perfecta del manjar la constituye la producción casera del mismo, esto es, mediante el calentamiento de la leche condensada a altas temperaturas. En lo que respecta a la sustitución imperfecta del manjar, Soprole señala que la mermelada constituiría un sustituto de este tipo, sobre la base de criterios

²¹⁷ Consulta de Nestlé, pág. 79.

subjetivos de sustitución como la untabilidad de ambos y/o su uso en repostería²¹⁸.

311. Debe tenerse presente que ambas Consultantes son actualmente productoras de manjar en sus principales envases (pote y bolsa). Por su parte, Nestlé elabora manjar que se comercializa en un envase en tarro, el cual no será aportado al JV, no obstante la contribución de todas las otras líneas de producción de Nestlé relativas al manjar. De ello, se tiene que dicha reserva iría en directa relación con la no contribución de la leche condensada que produce Nestlé al JV, la cual conforme lo expuesto es el principal insumo del manjar.

312. En consideración a lo señalado, es menester señalar que este H. Tribunal debe tener en consideración la incongruencia detectada respecto de la mermelada, conforme se expuso precedentemente, dado que indicándose ésta como producto contribuido al JV en el Informe de Patricio Rojas, las Consultantes han omitido su análisis. Asimismo, no se han aportado a estos autos los datos correspondientes de precios y cantidades de mermelada, que debieron aportarse considerando la información contenida al respecto en el cuadro N° 1 del Informe de Patricio Rojas. Por esta razón, este H. Tribunal debería solicitar los datos de precio y cantidades de todos aquellos productos que a juicio de las Consultantes podrían sustituir al manjar, incluso imperfectamente, con el fin de estimar las respectivas elasticidades cruzadas.

313. Según lo indicado, dadas las características particulares del manjar, y su poca sustituibilidad por otros productos existentes en el mercado, esta Fiscalía realizará sus análisis sobre la base que el manjar o dulce de leche, no obstante el envase que lo contenga, constituye un mercado relevante en sí mismo.

²¹⁸ Consulta de Soprole, pág. 130.

2.1.11. Jugos y Néctares

314. Se entiende por jugo o zumo concentrado, el producto sin fermentar pero fermentable una vez reconstituido, conservado exclusivamente por medios físicos y obtenido mediante un proceso de concentración de jugo puro de fruta u hortaliza. Por su parte, el Néctar de fruta consiste en el producto pulposo o no pulposo, sin fermentar pero fermentable, obtenido mezclando el jugo o zumo de fruta y/o toda la parte comestible de frutas maduras y sanas, concentrado o sin concentrar, con adición de agua y azúcares o miel, y aditivos autorizados²¹⁹.
315. Para testear el mercado relevante de los jugos y néctares es imprescindible contar con los datos de precios y cantidades de otras bebidas que podrían configurarse como los sustitutos próximos de los jugos y néctares de fruta, esto es, los jugos en polvo, las aguas minerales, las bebidas gaseosas o los jugos cien por ciento naturales u otras bebidas, que podrían sustituir, desde el punto de vista del consumidor, las funcionalidades que brinda un jugo o néctar.
316. Con todo, y con razón, Nestlé sostiene la posición de que no es necesario efectuar una definición categórica respecto del mercado relevante de los jugos y néctares, pudiendo en efecto dejarse abierta la conclusión, ya que en su opinión, el resultado no altera el análisis de libre competencia de la operación de concentración atendido que no se producirá traslape horizontal respecto de estos productos entre las Consultantes.

²¹⁹ Artículos 484 y 485 del Reglamento Sanitario de los Alimentos.

2.2. Mercado Relevante Geográfico

317. La FNE entiende delimitado el mercado relevante geográfico por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto de un producto o grupo de productos relevantes²²⁰.
318. Bajo este concepto, es preciso señalar que el mercado de distribución y comercialización de yogur batido, yogur mas cereal, yogur más agregado, probióticos, yogures funcionales, yogur diet, postres refrigerados, *petit suisse*, leches líquidas, cremas, mantequilla y margarina, queso fresco, queso maduro, manjar y jugos y néctares, se considera nacional dado que las procesadoras lácteas comercializan sus productos a través de los canales de comercialización supermercados, tradicional, mayorista y Horeca, los cuales se encuentran localizados a lo largo del territorio nacional. Dicha definición de mercado relevante geográfico, es consistente con la postura que al respecto sostienen ambas Consultantes en sus presentaciones a este H. Tribunal.

3. Concentración y Umbrales

319. De conformidad con lo señalado en la Guía, corresponde en este capítulo la identificación de las empresas procesadoras y comercializadoras de los productos lácteos y líquidos refrigerados que según ya se expuso, conforman los mercados relevantes en análisis, a saber: (i) Yogur batido, yogur más cereal, yogur más agregado, yogur funcional, yogur *diet* y probióticos; (ii) Postres refrigerados; (iii) *Petit suisse*; (iv) Leche líquida; (v) Cremas; (vi) Mantequilla y Margarina; (vii) Queso fresco; (viii) Queso maduro; (ix) Manjar; y (x) Jugos y Néctares.

²²⁰ Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.

320. Según este H. Tribunal podrá apreciar, en este acápite se examinarán las participaciones de mercado de las empresas partícipes de cada uno de los mercados relevantes antes señalados y respecto de cada uno de los canales de comercialización, así como la correspondiente comparación entre los índices HHI existentes antes y después de la operación consultada, Lo anterior, a partir de los mercados relevantes definidos en el capítulo anterior y conforme a las bases de datos aportados a estos autos y a esta Fiscalía en el marco de la Investigación.

321. El análisis que se presenta a continuación, tiene por objeto determinar el nivel de concentración de la industria de la comercialización de los productos que conforman cada uno de los mercados relevantes, así como las mutaciones que en dichos niveles pudiere generar la operación consultada. Ello, de manera tal de poder detectar aquellos mercados en los cuales el JV propuesto por las Consultantes pudiera causar riesgos considerables desde la perspectiva de la libre competencia.

3.1. Mercados de Yogur

322. En primer lugar, es menester señalar que esta Fiscalía no ha tenido acceso a cifras de venta de todos los actores de la industria con el grado necesario de desagregación para estimar las participaciones por separado de todos mercados relevantes del yogur identificados anteriormente.

323. Por lo mismo, se utiliza como aproximación una base de datos de la empresa Nielsen, que distingue entre los canales supermercado y tradicional, y que considera tres categorías de yogur: probióticos, batido y diet, estos dos últimos conceptos inclusivos, además, de las categorías que en la sección de mercado relevante denominamos yogur más cereal, yogur con agregado y yogur funcional.

324. El cuadro N° 36 muestra la participación de mercado de los distintos actores en el mercado de la comercialización de probióticos, yogur más cereal, yogur batido, yogur más agregado, *diet* y funcionales.

Cuadro N°36: Porcentajes de Participaciones de Mercado. Diciembre de 2008 a noviembre de 2009²²¹. Según Canal de Distribución

Canal	Mercado	Soprole	Nestlé	Danone	Colún	Surlat	Otros
Supermercados	Yogur Batido	34%	17%	21%	18%	2%	7%
	Yogur diet	40%	6%	37%	10%	2%	5%
	Probióticos	40%	50%	0%	1%	0%	9%
Tradicional	Yogur Batido	61%	28%	2%	7%	1%	0%
	Yogur diet	76%	13%	5%	5%	0%	0%
	Probióticos	48%	49%	0%	3%	0%	0%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

325. Según se muestra en el Cuadro N°37 a continuación, analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, los mercados relevantes del yogurt batido, yogurt *diet* y probióticos, tanto en el Canal Moderno como en el Canal Tradicional, se encuentran altamente concentrados.

326. Por su parte, aplicando el mismo índice después de la formación del JV propuesto por las Consultantes, es posible proyectar que el HHI aumentará en 1166, 515 y 4032 puntos para el caso de la venta de yogurt batido, yogurt *diet* y probióticos en el Canal Supermercados. Asimismo, en el Canal Tradicional, la variación del índice aplicado sería de 3379, 2022 y 4676 puntos para el yogurt batido, yogurt *diet* y probióticos, respectivamente.

²²¹ El cálculo de las participaciones de mercado de cada empresa se hizo en base a una clasificación interna de la FNE, pues no se contaba con una base de datos con la clasificación directa de cada producto en base a los segmentos estudiados.

Cuadro N° 37: Niveles de Concentración antes y después de la Operación

Mercado	INDICE HHI					
	Ex Ante		Ex Post		Variación	
	Supermercados	Tradicional	Supermercados	Tradicional	Supermercados	Tradicional
Yogur Batido	2279	4548	3446	7965	1166	3417
Yogur diet	3152	6062	3667	8084	515	2022
Probióticos	4202	4687	8234	9363	4032	4676

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

327. Un mayor nivel de desglose de las participaciones de las Consultantes en los distintos mercados relevantes definidos (batido, *diet*, funcional, con agregado, con cereales y probióticos), puede obtenerse de modo aproximado estudiando los planogramas²²² de la categoría yogur en las principales cadenas de supermercados (como *vimos*, menos concentrados que el canal tradicional). Con este objeto adjuntamos de manera confidencial el planograma en la categoría de yogur y postres refrigerados de la única cadena de supermercados que acompañó el mismo con un nivel de desagregación suficiente, a la fecha de presentación de este informe.

328. A partir de los resultados arrojados por la aplicación el índice HHI conforme lo expuesto, es posible concluir que la operación consultada sobrepasaría por mucho los umbrales de concentración estipulados en la Guía.

3.2. Petit Suisse

329. El Cuadro N° 38 contiene las participaciones de mercado de los diferentes participantes en el mercado de los *petit suisse*, tanto en Canal Tradicional como en el Canal Supermercados. En ella se puede observar que Nestlé es el líder en este mercado, ostentando un 74% de participación de

²²² Representación gráfica del acomodo de mercancías o productos en un área específica de un establecimiento comercial.

mercado, siendo secundado por Soprole, con un 18% de participación.

**Cuadro N° 38: Porcentajes de Participaciones de Mercado
 Petit Suisse Supermercados y Canal Tradicional, últimos 12 meses a
 Noviembre 2010²²³**

Procesadora	% Mercado*	
	Supermercados	Canal Tradicional
Soprole	18%	15%
Nestlé	74%	81%
Colún	8%	4%

* Existe otros en supermercados con 0,0003%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

330. Considerado el *petit suisse* como un mercado relevante autónomo según se expuso en el capítulo anterior, analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, el mercado de los *petit suisse* se encuentra altamente concentrado. Asimismo, aplicando dicho índice es posible señalar que con posterioridad a la formación del JV propuesto por las Consultantes, el HHI variaría en 2664 puntos en el Canal Supermercados y 2420 en el Canal Tradicional.

Cuadro N° 39: Niveles de Concentración antes y después de la operación

ÍNDICE HHI					
Ex Ante		Ex Post		Variación	
Supermercado	Tradicional	Supermercado	Tradicional	Supermercado	Tradicional
5851	6805	8515	9225	2664	2420

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

331. A partir de los anteriores resultados, esta Fiscalía es dable a concluir que la operación propuesta también sobrepasaría, por lejos, los umbrales de concentración estipulados en la Guía en lo que al mercado relevante del *petit suisse* respecta.

²²³ *Ibid.*

3.3. Postres Refrigerados

332. Analizando los postres refrigerados, tanto lácteos como no lácteos, ofrecidos por las empresas procesadoras y comercializadoras en los canales de distribución, el Cuadro N° 40 contiene las participaciones de mercado de los diferentes participantes en este mercado, tanto en Canal Tradicional como en el Canal Supermercados. Conforme se puede apreciar, Soprole es el líder de dicho mercado con 51% de participación en Supermercados y un 45% de participación en el Canal Tradicional.

Cuadro N°40: % Participaciones de Mercado Postres Refrigerados Supermercados y Canal Tradicional, últimos 12 meses a Noviembre 2010²²⁴

Procesadora	% Mercado	
	Supermercados	Canal Tradicional
Soprole	51%	45%
Nestlé	40%	48%
Danone	0%	0%
Colún	6%	5%
Surlat	0%	0%
Otros	2%	3%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

333. Por su parte, el Cuadro N° 41 a continuación muestra que, analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, se tiene como resultado que el mercado de los postres refrigerados se encuentra altamente concentrado. Asimismo, en base a dicho índice, es posible evidenciar que después de la formación del JV propuesto por las Consultantes, el HHI variaría en 4124 puntos en el Canal Supermercados y 4275 en el Canal Tradicional.

²²⁴ A partir de los datos solicitados por esta Fiscalía a Danone mediante Ord. N° 0011-2011 y entregados por ésta mediante respuesta de fecha 14 de enero de 2011.

Cuadro N° 41: Niveles de Concentración antes y después de la operación

INDICE HHI					
Ex Ante		Ex Post		Variación	
Supermercado	Tradicional	Supermercado	Tradicional	Supermercado	Tradicional
4271	4315	8395	8590	4124	4275

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Nielsen

334. A partir de los resultados indicados en los Cuadros precedentes, es posible concluir que la operación de concentración consultada sobrepasaría los umbrales de concentración señalados en la Guía.

3.4. Leche Líquidas

335. Respecto del mercado relevante de la leche líquida, esto es, comprensivo de los sub segmentos de la leche entera, la leche descremada, la leche semidescremada y las leches especiales, el Cuadro N° 42 contiene las participaciones respectivas de los diferentes agentes en el mercado de la leche líquida. Según se indica, Soprole es el líder indiscutible del mercado con 42% de participación, seguida por Colún y Loncoleche (Watt's) con un 19% y un 13% de participación de mercado, respectivamente.

Cuadro N° 42: Porcentajes de Participación de Mercado e Índices de concentración Leche Líquida, Año 2009

Porcentaje de Participación de Mercado							INDICE HHI		
Soprole	Colún	Loncoleche	Nestle	Danone (ex Parmalat)	Marcas Propias	Otros	Ex Ante	Ex Post	Variación
42%	19%	13%	4%	4%	9%	9%	2468	2777	309

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Informe de Patricio Rojas

336. El mismo Cuadro N°42, muestra que analizando el Índice HHI *ex ante* de la operación consultada, es posible evidenciar que el mercado relevante de la leche líquida se encuentra altamente concentrado. Proyectando dicho índice posterior a la formación del JV propuesto por las Consultantes, se tiene que el HHI variaría en 309 puntos.

337. Con respecto al aumento del HHI detectado, Soprole indica que *“El aumento en los Índices de concentración es pequeño y no produce efectos en el mercado relevante, debido a que en éste, de aprobarse la operación consultada, seguirán compitiendo a lo menos 5 actores relevantes (Danone (Parmalat), Colún, Surlat, Watt’s y los supermercados con sus marcas propias (Líder, Jumbo y Tottus), todos con una organización y capacidad económica suficiente para reaccionar ante cualquier atisbo de conducta contraria a la competencia por parte del JV”*²²⁵.
338. Sin perjuicio de lo indicado, y de conformidad con resultados arrojados por la aplicación del índice HHI, esta Fiscalía puede concluir que la operación propuesta sobrepasaría los umbrales de concentración estipulados en la Guía, en lo que al mercado de la leche líquida respecta.
339. Lo anterior sería más preocupante aún en el segmento de las leches con sabor, donde Nestlé cuenta con un 7% y Soprole con un 46%. Sin embargo, y tal cual señalamos precedentemente, esta Fiscalía no cuenta con datos desagregados de venta de leche líquida con sabor para las restantes empresas, de manera tal que no resulta posible construir una medición exacta de concentración.

3.5. Crema de Leche

340. Respecto del análisis de los umbrales de concentración del mercado relevante de la crema de leche, el Cuadro N° 43 contiene las participaciones respectivas de los diferentes agentes en el mercado de la crema. Según se puede apreciar, Nestlé es claramente la líder del mercado con un 43% de participación, seguida por Soprole y Colún con un 23% y un 10% de participación de mercado, respectivamente.

²²⁵ Consulta de Soprole, pág. 84.

341. Habiéndose resuelto en el capítulo III de este informe que el JV, Soprole y Nestlé tendrán incentivos para actuar como una sola entidad en materia de compra de leche, la misma lógica resulta plenamente aplicable en relación con aquellos productos que se aportan al JV, pero que también serán comercializados por Nestlé Chile. En este caso concreto, la conclusión anterior se ve reforzada por el hecho de que en el Acuerdo Marco se establece una cláusula de no competencia, la cual dispone que durante la vigencia del JV, ninguna de las Consultantes en su calidad de sociedades matrices del JV, ni sus partes relacionadas, podrán desarrollar actividades similares que compitan con las líneas de negocios contribuidas al JV. No obstante lo anterior, se dispone en dicho acuerdo que Nestlé podrá perseverar en la comercialización de manjar y de crema enlatada, compitiendo con el JV respecto de estos productos. Sin embargo, dados los incentivos de coordinación analizados en capítulos anteriores de esta presentación, el siguiente Cuadro considerará al JV y a Nestlé como un solo actor en materia de comercialización de crema de leche.

Cuadro N° 43: Porcentajes de Participación de Mercado e Índices de concentración Crema, Año 2009

% Mercado										ÍNDICE HHI		
Nestlé	Soprole	Colun	Danone	Loncoleche	Quillayes	Surlat	TMLUC	M. Propias	Otros	Ex Ante	Ex Post	Variación
43%	23%	10%	10%	4%	3%	2%	2%	2%	2%	2654	4636	1982

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del informe P. Rojas

342. El mismo Cuadro N° 43, muestra que analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, el mercado de la crema se encuentra altamente concentrado, y que posterior a la formación del JV propuesto por las Consultantes, este índice variaría en 1982 puntos.

343. Conforme a los resultados analizados en esta sección, se tiene que la operación propuesta sobrepasaría por mucho los umbrales de

concentración estipulados en la Guía, en lo que a la crema de leche respecta.

3.6. Mantequilla y Margarina

344. Según se señaló en la sección de mercado relevante, la FNE considerará en este caso como un mismo mercado las mantequillas y las margarinas. El Cuadro N° 44 contiene las participaciones correspondientes de los diferentes actores en el mercado de la mantequilla y margarina. En dicho cuadro es posible apreciar que Unilever es la líder del mercado con 28% de participación, seguida inmediatamente por Watt's y luego por Soprole, con un 27% y un 26% de participación de mercado, respectivamente.

345. Asimismo, el Cuadro N° 44 muestra que el Índice HHI se mantendrá intacto una vez materializada la operación de concentración, toda vez que, como adelantamos, Nestlé no participa en dicho mercado.

Cuadro N° 44: Porcentajes de Participación de Mercado e Índices de Concentración Mantequilla y Margarina, Año 2009

% Mercado											ÍNDICE HHI		
UNILEVER	WATT'S	SOPROLE	COLÚN	SADIA	Santa Juanita	WINTER	P.LABEL	QUILLAYES	LECO/VIGOR	OTROS	Ex Ante	Ex Post	Variación
27%	28%	25%	7%	5%	3%	2%	1%	1%	1%	2%	2185	2185	0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos entregados por Soprole

3.7. Queso Fresco

346. Constituyendo el queso fresco un mercado relevante en sí mismo cuyos umbrales de concentración son precisos de analizar, el Cuadro N° 45 contiene las participaciones de mercado de los diferentes actores en el mercado del queso fresco. Según se indica, Colún es la compañía líder de este mercado, ostentando un 20% de participación, seguida por Soprole y

Quillayes con un 20% y un 16% de participación de mercado, respectivamente.

Cuadro N° 45: Porcentajes de Participación de Mercado e Índices de concentración Queso Fresco, Año 2009

% Mercado									ÍNDICE HHI		
Colun	Soprole	Quillayes	Fundo San. Fco.	René Correa	Los Fundos	Bandurrias	L. Criadores	Otros	Ex Ante	Ex Post	Variación
20%	20%	16%	4%	3%	3%	2%	1%	30%	2013	2013	0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del informe P. Rojas

347. Conforme se desprende del Cuadro N° 45 anterior, analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, es posible concluir que el mercado del queso fresco se encuentra altamente concentrado, y que en mismo sentido, con posterioridad a la formación del JV propuesto por las Consultantes, este índice no sufrirá modificaciones.

348. Por lo tanto, atendido que no existe superposición de negocios entre las Consultantes, dado que en este mercado hoy no participa Nestlé, esta Fiscalía no considera necesario continuar con el análisis de este mercado relevante.

3.8. Queso Maduro

349. Con respecto al análisis de los umbrales de concentración del mercado relevante del queso maduro, el Cuadro N° 46 contiene las participaciones de mercado de los diferentes agentes partícipes en este mercado. En dicho cuadro se puede apreciar que Colún es claramente la líder del mercado con un 34% de participación, seguida por Soprole y Mayer con un 16% y un 12% de participación de mercado, respectivamente.

**Cuadro N° 46: % Participaciones de Mercado e Índices de concentración
 Quesos Maduros, Año 2009**

% Mercado								ÍNDICE HHI		
Colun	Otros	Soprole	Mayer	Quillayes	M. Propias	L. Fondos	Loncoleche	Ex Ante	Ex Post	Variación
34%	24%	16%	12%	6%	4%	2%	2%	1640	1640	0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del informe P. Rojas

Nota: para calcular los HHI se asume que la categoría otros está compuesta por a lo menos 24 queseros

350. Es menester que este H. Tribunal tenga presente que la categoría "Otros" está bastante atomizada, ya que está compuesta por cientos de queseras localizadas preferentemente en el sector sur del país, las que tienen variadas capacidades de producción y difieren en cuanto a la industrialización de los productos que al efecto elaboran.
351. El mismo Cuadro N° 46, muestra que analizando el índice HHI *ex ante* de la operación consultada, es posible concluir que el mercado de los quesos maduros se encuentra moderadamente concentrado, y que con posterioridad a la formación del JV este índice no sufrirá modificaciones, toda vez que Nestlé no participa de dicho mercado.
352. En consecuencia, atendido que no existe superposición de líneas de producción entre las Consultantes en este mercado, esta Fiscalía no considera necesario continuar con el análisis del mercado del queso maduro.

3.9. Manjar

353. En relación al análisis de los umbrales de concentración del mercado relevante del manjar, el Cuadro N° 47 contiene las participaciones de mercado de los diferentes participantes en este mercado. Según lo que al efecto se indica, se trata de un mercado altamente concentrado, en que Nestlé es claramente el líder con un 37% de participación, seguida por

Colún y Soprole con un 33% y un 19% de participación de mercado, respectivamente.

354. Habida consideración de que esta Fiscalía es de opinión de que el JV y Nestlé tendrán incentivos para actuar como una sola entidad en lo que a comercialización de productos respecta, el siguiente Cuadro considerará al JV y a Nestlé como un solo actor en materia de comercialización de manjar.

Cuadro N° 47: Porcentajes de Participación de Mercado e Índices de concentración Manjar, Año 2009

% Mercado							ÍNDICE HHI		
Nestle	Colun	Soprole	M. Propias	Watt's	Quillayes	Otros	Ex Ante	Ex Post	Variación
37%	33%	19%	3%	3%	0,4%	5%	2812	4167	1356

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del informe P. Rojas

355. A este respecto, el Cuadro N° 47 evidencia que el índice HHI del mercado del manjar se encuentra altamente concentrado en la actualidad (2812 puntos), siendo posible proyectar que con posterioridad a la formación del JV propuesto por las Consultantes este índice variaría sustancialmente (4167 puntos), superando largamente los umbrales de concentración estipulados en la Guía.

3.10. Jugos y Néctares

356. En atención al examen de la concentración existente y potencial en el mercado de los jugos y néctares, el Cuadro N° 48 contiene las participaciones de mercado de los diferentes participantes en este mercado. Conforme se puede apreciar, la Compañía de Cervecerías Unidas "CCU", junto con Watt's, son líderes evidentes de este mercado con un 46% de participación en el segmento de los néctares, y un 55% en el segmento de los jugos.

Cuadro N° 48: Porcentaje de Participación de Mercado e Índices de concentración

Jugos y Néctares, año 2009

Producto	% de Mercado						ÍNDICE HHI		
	CCU + Watt's	TCCC Chile	Soprole	TMLUC	Carozzi	Otros	Ex Ante	Ex Post	Variación
Néctares	46%	27%	13%	7%	2%	4%	3138	3138	0
Jugos	55%	3%	16%	-	-	26%	3942	3942	0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del informe P. Rojas

357. Del cuadro anterior se desprende que no obstante el mercado de los jugos y néctares se encuentra altamente concentrado, dicho índice no sufrirá modificaciones con posterioridad a la formación del JV propuesto por las Consultantes, atendido que Nestlé no participa en dicho mercado.

358. Conteste con ello, esta Fiscalía no considera necesario continuar con el análisis de este mercado relevante, en atención a que en el mercado de los jugos y néctares no habría superposición de negocios entre las Consultantes.

4. Condiciones a la Entrada al Mercado

359. De conformidad con la Guía, esta Fiscalía entiende que los potenciales efectos restrictivos de la competencia que pudieren derivarse de una operación de concentración se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente.

360. En general, la Fiscalía Nacional Económica estima que un potencial entrante a una industria se encuentra con condiciones de entrada desfavorables, cuando el ingreso a dicho mercado implicaría para éste,

entre otros gravámenes, los siguientes: costos hundidos relevantes, tiempo y suficiencia a la entrada onerosa y altas probabilidades de comportamiento estratégico por las empresas ya establecidas.

361. Es por esta razón que habiéndose observado altos umbrales de concentración en los mercados de yogur batido, probióticos, yogur diet, leche líquida, postres refrigerados, *petit suisse*, cremas, y manjar, conforme a lo examinado en el acápite precedente, esta Fiscalía consideró pertinente continuar con el estudio de los efectos de la operación de concentración respecto de dichos mercados, procediendo en consecuencia analizar las condiciones de entrada existentes en la industria de la comercialización y procesamiento de productos lácteos líquidos y refrigerados.

362. El análisis a continuación ha sido efectuado de una manera unificada sin perjuicio de ser varios los mercados relevantes en estudio. Lo anterior, puesto que, como se verá, la única forma de ingresar de manera suficiente a la industria es ofreciendo un portfolio de productos, toda vez que la producción, distribución y comercialización conjunta de diversas categorías de productos lácteos, genera importantes ahorros de costos (economías de ámbito).

4.1. Barreras a la Entrada

363. La Fiscalía Nacional Económica entiende por *barrera a la entrada* el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar. Asimismo, se estima que las barreras de entrada afectan la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada²²⁶.

²²⁶ Guía interna de Operaciones de Concentración, pág. 15.

4.1.1. Barreras Legales

364. Primeramente, debe considerarse que una barrera legal está constituida por todo obstáculo a la entrada que tenga por fundamento una norma jurídica que impida el ingreso de nuevos competidores o genere una ventaja de costo para las empresas establecidas en el mercado²²⁷.

365. Por consiguiente, habiendo esta Fiscalía analizado los antecedentes legales pertinentes, así como la regulación propia del mercado de la comercialización y distribución de productos lácteos, entre otras, el Reglamento Sanitario de los Alimentos y la normativa ambiental y sanitaria aplicable, es posible concluir que no existan normas jurídicas que imposibiliten o bien dificulten el ingreso de un potencial entrante a la industria en análisis.

4.1.2. Costos Hundidos

366. Por costo hundido se entienden todos aquellos importes que una empresa no puede recuperar al salir de un mercado en un plazo razonable. Dichos costos afectan la probabilidad de ingreso a la industria que tiene un potencial entrante, con respecto a los mercados relevantes en estudio. En consecuencia, analizadas especialmente las declaraciones efectuadas ante esta Fiscalía por las empresas procesadoras lácteas competidoras de las Consultantes así como las de los Supermercados, esta Fiscalía considera que los principales costos hundidos de ingresar al mercado de la comercialización y distribución de productos lácteos líquidos y refrigerados dicen relación con los **costos de puesta en marcha y la inversión en publicidad, marketing, y la creación, desarrollo y afianzamiento de las marcas asociadas a dichos productos.**

²²⁷ Guía interna de Operaciones de Concentración, pág. 16.

367. De acuerdo al Informe de Patricio Rojas, los montos necesarios para abrir una planta procesadora de leche y una de yogur ascenderían a 6.2 y 12.9 millones de dólares, respectivamente, cantidades de las que, aproximadamente el 40% corresponden a costos hundidos²²⁸. Por su parte, Soprole señala que los costos de construcción de una planta de producción de leche líquida son abordables, sin perjuicio de lo cual, existe también la posibilidad de arrendar o adquirir las mismas. En este sentido, indica que la construcción de una planta para alcanzar un 10% de participación de mercado, podría tener un costo total aproximado de USD\$6.266.470. Asimismo, señala que los costos de construcción de una planta de producción de yogur y leche cultivada alcanza cifras del orden de 12 millones de dólares para una planta productora de 15.000 toneladas/litros anuales²²⁹.

368. Adicionalmente, es preciso señalar que en la industria, existe un tamaño mínimo de negocio de entrada, el cual dice relación con que el ingreso a la misma debe efectuarse con un portafolio diversificado de productos lácteos. Por lo tanto, un potencial nuevo entrante debe invertir en una planta procesadora de leche que esté capacitada para elaborar distintas líneas de productos, es decir, que no sea mono productora. En este sentido, aunque el total de la inversión no corresponde en un cien por ciento a costos hundidos, las inversiones que deben efectuarse para desarrollar varias líneas de producción encarecen la entrada, haciéndose más cuantiosa y poco probable de abordar por nuevos competidores.

369. En este contexto, Danone señala la importancia de la diversificación de la matriz productiva de una empresa procesadora de lácteos, en particular, de un potencial entrante, y los costos que implican para éste el no competir en la industria con un portafolio de productos del rubro. A este respecto, señala en su presentación a este H. Tribunal, "*Así, si un nuevo*

²²⁸ Se consideran como costos hundidos: los estudios, la definición de lo necesario, los permisos, el montaje y la puesta en marcha y los imprevistos.

²²⁹ Consulta de Soprole, pág. 87.

entrante quisiera dedicarse sólo a los postres refrigerados, no tendrá un destino para su leche excedentaria de verano. Esta circunstancia lo obligará, necesariamente, a invertir en el desarrollo de otros productos a los que pueda destinar la leche excedentaria y a entrar en los mercados que demanden tales nuevos productos”²³⁰.

370. Asimismo, Colún analiza la situación particular de Danone en el mercado, respecto de la necesidad de la diversificación antes aludida, y en su presentación indica que *“la situación de Danone da cuenta, por una parte, de la necesidad de contar con una amplia cartera de productos ya que para competir eficientemente (Danone ha ido ampliando progresivamente su oferta de productos y hoy participa en yogures, leche cultivada y leche líquida) y, por otra, de las dificultades para desafiar el liderazgo de los incumbentes”²³¹.*

371. Por su parte, en el contexto de la Investigación llevada por esta Fiscalía, se les consultó a los productores de leche respecto de la posibilidad de entrada al mercado de recepción y procesamiento de leche cruda. Al efecto, Bioleche indica que ha realizado estudios analizando la conveniencia de entrar en dicho segmento, no obstante para ellos esta inversión implicaría altísimos gastos en instalaciones industriales, posicionamiento de la marca, entre otros. A mayor abundamiento, según un productor lechero [11], en este mercado existen economías de ámbito, y considerando el amplio abanico de productos con que Nestlé y Soprole procesan y comercializan, éstas tienden a realizar prácticas de subsidios cruzados entre productos, hecho que dejaría a un entrante fuera de competencia rápidamente.

372. Asimismo, en declaración ante esta Fiscalía, Colún señaló con respecto al ingreso de la cooperativa al mercado del procesamiento mediante la

²³⁰ Presentación de Danone a fojas 3598, pág. 18.

²³¹ Presentación de Colún a fojas 3479, pág. 7.

integración vertical de sus actividades, que *"ésta empresa empezó procesando 1 millón de litros y para llegar a procesar 10 millones se demoró casi 10 años. Para iniciar el negocio se requiere capital de trabajo, instalaciones industriales, etc., cuya instalación y funcionamiento es un proceso lento"*²³².

373. En consecuencia, no es posible referirnos a los costos de construcción, compra, adquisición o arriendo de una planta procesadora y comercializadora de productos lácteos bajo la perspectiva de que dichas inversiones sólo constituyen meros costos para desarrollar la actividad de procesamiento y que no implicarían barreras a la entrada²³³. Las cifras precedentemente señaladas como cantidades necesarias para implementar una planta procesadora promedio en Chile, mono productora de leche o de yogur, dejan en evidencia los elevados costos iniciales para que un potencial nuevo entrante pueda ingresar al mercado, procesar la leche y comercializar productos finales de una manera eficaz. Más aún si se le agrega a lo anterior los costos de diversificar el portafolio de productos elaborados, dichos costos constituyen un costo hundido que potenciales entrantes [12] han tenido en consideración para no entrar al mercado como procesadores de leche²³⁴.

374. En otro orden de cosas, es menester señalar que otro costo hundido relevante a efectos de ingresar al mercado del procesamiento y comercialización de productos lácteos dice relación con los gastos en publicidad y en la creación de marcas. Para los efectos de evaluar las

²³² Declaración ante esta Fiscalía de don Eduardo Carrasco G., Gerente General de Colún, con fecha 22 de diciembre de 2010.

²³³ En este sentido, la Consulta de Nestlé, pág. 42: **"No existen barreras de entrada propiamente tales, para que potenciales competidores ingresen al mercado de recepción y procesamiento de leche cruda. Existen, evidentemente, costos relativos a las inversiones que han de hacerse para desarrollar actividades de procesamiento, pero esas inversiones deben realizarse por cualquier oferente de este mercado, actual o futuro, sin distinción, por lo que no pueden considerarse como barreras de entrada. Existen varias razones adicionales para entender que no hay realmente barreras de entrada al mercado"**.

²³⁴ A esta fecha, Bioleche es dueño de la Planta Los Ángeles que no explota como tal sino que le da en arriendo a Soprole.

inversiones en este ámbitos realizadas por las distintas empresas procesadoras, esta Fiscalía les solicitó a éstas los gastos incurridos por concepto de publicidad durante los últimos años²³⁵, conforma se da cuenta en el Cuadro N° 49 a continuación. Dicho cuadro contiene el gasto en publicidad incorporado como un porcentaje de las ventas lácteas²³⁶ de las compañías procesadoras.

Cuadro N° 49: Inversión en publicidad como porcentaje de las ventas para distintas empresas durante los años 2005 a 2009

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [11]

375. Según es posible apreciar en el Cuadro anterior, es evidente que un nuevo entrante debe invertir montos considerables en publicidad para lograr un ingreso efectivo al mercado. Así lo demuestra el hecho que Danone, empresa de renombre internacional y entrante relativamente reciente al mercado del yogur, ha debido invertir en publicidad, en promedio, más de cuatro veces (como proporción de sus ventas) de lo que las empresas establecidas en el mercado invierten usualmente para alcanzar las participaciones de mercado con las que cuenta actualmente. En efecto, Danone señala en presentación ante este H. Tribunal, que *"no es dable una expansión exitosa en el mercado, si ella no va acompañada de una fuerte inversión publicitaria, lo cual no sólo es conveniente, sino que imperioso, en el caso de las categorías de valor agregado [...] Estamos hablando, en consecuencia, de barreras de entrada endógenas que*

²³⁵ Las empresas de las que se recibió esta información son: Nestlé, Soprole, Colún, Danone y Watt's.

²³⁶ Se cuenta con las ventas totales por categoría de producto para las empresas, entre los años 2005 y 2009. Estos datos de venta fueron entregados por Soprole a este H. Tribunal y corresponden a un informe elaborado por la consultora Nielsen. Los datos reportados corresponden a ventas de Yogur, leches cultivadas, leches líquidas, postres refrigerados más petit suisse, mantequillas, margarinas, manjar, leche en polvo, quesos maduros, quesos frescos, crema espesa y crema para batir. No se considera el año 2010 pues se cuenta con los datos hasta el bimestre agosto-septiembre.

*obligan a las partes a hacer fuertes inversiones para dar a conocer sus marcas y para mantenerlas en la memoria de los consumidores*²³⁷.

376. Cabe destacar que pese a que las Consultantes aducen que *"Danone es un oferente en los mercados involucrados en el Joint Venture que no tiene más destino que el de crecer en todos ellos, el de competir en precios, innovación, nuevos productos y calidad, el de desarrollar un portafolio relevante; y en virtud de lo anterior, el de incrementar su participación de mercado"*²³⁸. No obstante lo anterior, Danone arroja a la fecha pérdidas acumuladas considerables en sus balances financieros. En efecto, de acuerdo con dicha empresa la existencia de fuertes barreras a la entrada puede observarse en la dificultad que los diversos actores existentes en el rubro de los productos lácteos han tenido para mantenerse en él. Señaló que lo anterior es indicio de elevados costos de operación y serias dificultades de instalación que funcionan como un desincentivo para potenciales entrantes: *"Esto fue lo que marcó, por ejemplo, la entrada de Danone a Chile, cuando el grupo Bethia decidió vender Parmalat. Esta empresa implicaba una enorme pérdida de recursos para el holding, cuestión que se mantiene hasta hoy en la operación de Danone, que aún funciona a pérdida en Chile"*²³⁹.

377. En síntesis, pese a que la creación de la marca y los gastos en publicidad respecto de los productos lácteos que conforman los mercados relevantes analizados, según las Consultantes, no constituyen barreras insuperables a la entrada, ya sea por la posibilidad de desafiar al mercado vía precio (para el caso de la leche líquida), o por la existencia de procesadoras que han ampliado sus portafolios desde productos más *commodities* a otros con mayor valor agregado (como el caso de Colún que elabora postres refrigerados), conforme lo expuesto, no queda sino concluir que el

²³⁷ Presentación de Danone a fojas 3598, pág. 19.

²³⁸ Consulta de Nestlé, pág. 104.

²³⁹ Declaración de don Luis María Patrón Costas, Gerente General de Danone Chile, con fecha 22 de diciembre de 2010.

desarrollo de una marca potente, y las inversiones en publicidad asociadas a ello, constituyen costos altísimos para un potencial nuevo entrante. Por lo demás, el incurrir en dichos costos hundidos no aseguran la permanencia eficaz y rentable del entrante o inversor en el mercado.

378. Adicionalmente, el mercado lácteo chileno ha venido progresivamente requiriendo de productos más innovadores que aporten nuevas funcionalidades y beneficios a los destinatarios finales de dichos productos. Como consecuencia de ello, el desarrollo futuro de este mercado requiere de inversiones en investigación y desarrollo ("I+D"), las que a la fecha alcanzan en promedio un 0,52% de las ventas de las cinco principales empresas lácteas. Por lo tanto, se estima que una entrada eficaz al mercado lácteo, por parte de un nuevo competidor, estaría ligada en una gran medida a este tipo de inversión.

379. A este respecto, es menester considerar el foco del porcentaje de inversión en I+D de Danone, conforme lo señaló su Gerente General en declaración ante esta Fiscalía, lo constituyen los productos de valor agregado. En efecto, indicó que respecto de los productos commodities como la leche líquida, *"Danone no crecerá en este rubro, pues no representa su 'core business' a nivel mundial. Esta empresa invierte cuantiosas sumas en investigación para generar productos refrigerados con valor agregado. Esto le permite obtener eficiencias de la especialización, ventajas competitivas que se perderían en el rubro de las 'commodities' donde existen actores con mayor peso y experiencia internacional"*.

380. Nestlé, por su parte, señala que el crecimiento de la demanda interna por productos lácteos, en particular, de yogures y postres (los productos que concentran la mayor parte de las funcionalidades y el valor agregado objeto de las inversiones en I+D) ha sido también en parte inducido por

factores tales como la creación de nuevos productos y formatos de presentación de lácteos, resultantes de la investigación, desarrollo, estrategias de *marketing*, precios atractivos y de la adecuada logística²⁴⁰. En complemento a esto, es posible señalar que un posible nuevo entrante, o bien, una compañía establecida que quisiera invertir en dichos segmentos a fin de competir eficazmente, deberá realizar inversiones considerables en I+D, lo que a todas luces constituye un costo hundido para las mismas.

381. Según lo expuesto en esta sección, es posible concluir que los costos hundidos que desincentivan la entrada de un nuevo entrante a la comercialización y distribución de productos lácteos corresponden, principalmente, a los costos de puesta en marcha de una planta procesadora y las inversiones en publicidad e investigación y desarrollo.

4.2. Tiempo y Suficiencia de la Entrada

382. En el marco del análisis de la operación de concentración consultada, esta Fiscalía considerará el tiempo necesario para convertirse en un real competidor y la probabilidad de éxito del nuevo entrante²⁴¹. De esta manera, se considera que el tiempo y suficiencia a la entrada a la comercialización y distribución de los productos que conforman los mercados relevantes en estudio se verían perjudicados por lo siguiente: (i) el tiempo de consolidación de marca; (ii) la escala mínima eficiente de producción; (iii) el afianzamiento y desarrollo de una red de distribución; (iv) escasas probabilidades de acceso al canal tradicional; y (v) dificultades de acceso al supermercados.

4.2.1. Tiempo de Consolidación de la Marca

²⁴⁰ Consulta de Nestlé, pág. 88.

²⁴¹ Guía interna de Operaciones de Concentración, pág. 17.

383. De acuerdo con lo señalado por Colún²⁴² un factor que impide un ingreso rápido de un nuevo competidor al mercado de la distribución y comercialización de productos lácteos es la alta incidencia de la marca, siendo este aspecto fundamental para poder acceder a los canales de distribución. A mayor abundamiento, esta procesadora indica que los casos que se conocen en que una entidad ha intentado entrar al mercado sin una marca asociada a sus productos, han sido un fracaso [13].

384. Del mismo modo, Danone indicó en declaración ante esta Fiscalía²⁴³ que ve como una necesidad imperiosa para la compañía el desarrollo y consolidación de una marca, puesto que para generar demanda en el mercado chileno, el producto lácteo debe encontrarse bien posicionado. Asimismo, indica que esta demanda es la que genera un espacio en las góndolas de los Supermercados, y de ella se devienen las utilidades que en definitiva obtenga una compañía por sus productos en términos de ventas finales. En efecto, Danone indica en su presentación ante este H. Tribunal que para una compañía procesadora y comercializadora de lácteos, existen *"Importantes requerimientos de inversión en publicidad. Cualquiera que revise las góndolas de supermercado percibirá que los productos lácteos que cuentan con una marca fuerte perciben precios superiores a los que no cuentan con ella. Y esa diferencia es clave para permanecer en el mercado"*²⁴⁴.

385. En el mismo sentido, en declaración prestada por su Gerente General ante esta Fiscalía²⁴⁵, Danone señala que la estructura del mercado chileno especialmente en lo referente a la distribución, obliga a dar gran importancia a la marca del producto. Éste debe encontrarse bien posicionado para atraer la demanda de los consumidores y obtener un

²⁴² Declaración de don Eduardo Carrasco G., en su calidad de Gerente General de Colún, con fecha 22 de diciembre de 2010.

²⁴³ Declaración de don Luis Patrón Costas, Gerente General de Danone Chile, efectuada con fecha 22 de diciembre de 2010.

²⁴⁴ Presentación de fojas 3598, pág. 19.

²⁴⁵ Efectuada por don Luis María Patrón Costas, Gerente General de Danone Chile, con fecha 22 de diciembre de 2010.

espacio en los Supermercados. Asimismo, indica que "*actualmente, conforme al Brand Awareness (indicador que mide el conocimiento de una marca por el consumidor) la marca "Soprole" se encuentra muy bien posicionada (80%), mientras que "Activia" cuenta con un 14%. Esto funciona como una fuerte barrera de entrada al mercado, lo que se demuestra en los altos costos en que incurre Danone en publicidad, equivalentes al 20 al 24% de la facturación*".

386. Igualmente, en declaración ante esta Fiscalía, Watt's²⁴⁶ resaltó la importancia de la creación de marca, y fue categórico al señalar que "*el consumidor chileno se centra en ciertas marcas muy importantes entre las cuales puede variar, pero es reacio a dar oportunidades a marcas nuevas*". El apego del consumidor de lácteos chileno a los productos tradicionales, la influencia que ejerce la costumbre en la adquisición de los mismos, una cierta inalterabilidad en los hábitos de consumo, entre otras muchas razones, son posibles de esgrimir como motivos de dicha lealtad hacia las marcas existentes.

387. Lo señalado por dicha empresa resulta comprobable con la mera observación del mercado. En efecto, con la posible excepción de Danone²⁴⁷, todas las marcas que exhiben cierta recordación por parte del público (Soprole, Nestlé, Colún, Loncoleche y Calo –ambas de Watt's-) tienen al menos de 30 años de existencia en el país.

388. Por lo mismo no debe extrañar que seis de las cien marcas que lideran el Ranking *Brand Asset Valuator* 2009²⁴⁸ sean marcas asociadas a

²⁴⁶ Declaración de don Rodolfo Véliz Moller, Gerente General de Watt's S.A., con fecha 16 de diciembre de 2010.

²⁴⁷ Aún cuando no se trataría de una excepción propiamente tal, toda vez que la marca Danone tiene reconocimiento mundial y muchos consumidores chilenos conocían la misma antes de su ingreso al país.

²⁴⁸ Publicado en Revista Qué Pasa, de 24 de julio de 2009, "Las 100 mejores marcas de Chile", disponible en: http://www.thelabyr.cl/blog/wp-content/uploads/2009/07/QuePasa_TheLab.pdf.

empresas lácteas²⁴⁹, cifra extremadamente alta si se le compara con cualquier otro rubro del mercado nacional.

389. Ese mismo ranking se señala respecto a *"Las [marcas] más valoradas de Chile"*: *"Los cinco primeros puestos son ocupados por marcas que vienen de afuera: Coca Cola, Savory, Nido, Nescafé y Omo. Recién en el número seis aparece Homecenter" [...] "En el lugar número siete aparece Soprole y en el ocho está Lider. Éstas son las tres marcas "made in Chile" que los consumidores locales más valoran. De los tres grandes corporativos internacionales que desarrollan marcas, en la medición 2009 Nestlé se roba la película"*.

390. Por otra parte, de acuerdo al 7° Ranking de Reputación Corporativa 2008²⁵⁰: *"Soprole, la productora láctea controlada por la neozelandesa Fonterra, se convirtió en la ganadora del Ranking de Reputación Corporativa Hill & Knowlton Captiva-La Tercera 2008, tras disputar los primeros puestos desde el inicio de esta medición, en 2002"*.

391. Ahora bien, no sólo los ranking previamente citados dan cuenta de la posición de privilegio que ostentan las empresas consultantes en lo relativo a la influencia de su marca; Soprole en su memoria anual 09²⁵¹, reconoce enfáticamente que su empresa cuenta con dicha posición especial y que aquella es clave para obtener mayores márgenes para sus accionistas: *"Para Soprole es de vital importancia recordar que otro aspecto clave en el desarrollo y éxito de la compañía, que aún puede preceder al de innovación, es el proceso de explotación y masificación de las marcas Soprole. Las marcas son un componente*

²⁴⁹ Leche Nido (3), Soprole (7), Nestlé (17), Watt's (53), Colún (85) y Loncoleche (97)

²⁵⁰ Que desde 2002 realizan Hill & Knowlton Captiva y La Tercera con Collect GfK, publicado en la Sección Negocios, del diario La Tercera, del día 14 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.collect.cl/wp-content/themes/equator/pdfs/estudios_disponibles/estudios_publicos/Estudio_Reputacion_Corporativa2008.pdf.

²⁵¹ En: http://www.soprole.cl/imgs/soprole_textos/166_Memoria_09-completa.pdf, pág:43.

crítico de lo que representan Soprole en la mente de sus consumidores, un conjunto de promesas que construyen una propuesta de valor clara para éstos en distintas ocasiones de consumo y que diferencian nuestros productos de todos los demás existentes. Las marcas dan credibilidad a las innovaciones y aportan concretamente a la construcción de valor para nuestros accionistas, por cuanto permiten mayores márgenes”.

392. En idéntico sentido, en Memoria anual 08²⁵²: “La creación, explotación y masificación de las marcas Soprole es un **aspecto clave en el desarrollo y éxito de nuestra compañía. Las marcas son un componente intangible pero crítico de lo que representa Soprole en la mente de sus consumidores, pues representan un conjunto de promesas que construyen una propuesta de valor clara para aquellos en las distintas ocasiones de consumo y que **destacan a nuestros productos por sobre otras opciones existentes. Las marcas dan credibilidad a las innovaciones y permiten mayores márgenes, constituyendo un aporte concreto en la construcción de valor para nuestros accionistas”.****

393. En consecuencia, es menester que este H. Tribunal tenga presente que la creación de la marca resulta esencial para el ingreso de nuevos competidores en todos los segmentos de la industria láctea, especialmente respecto de aquellos productos que tienen mayor valor agregado. Con todo, aquello no significa, como pretenden las consultantes, que la marca no juegue un rol de importancia en la captación de clientes de cara a productos menos diferenciados como el manjar, las cremas y las leches líquidas²⁵³.

²⁵² Disponible en: http://www.soprole.cl/imgs/soprole_textos/87_SOPROLE_Memoria_2008.pdf. Pág. 32.

²⁵³ “En el segmento tradicional, los consumidores seleccionan esencialmente por precios, entre productos básicos u homogéneos de similares características. Por ello, las marcas no juegan un papel tan relevante, al menos no en lo que se refiere a los productos lácteos” (Consulta de Nestlé. Pág. 94)

394. Es por ello que para el mercado relevante del manjar o de la leche líquida, pese al carácter poco diferenciado de los mismos y la no existencia de sub marcas asociadas a dichos productos, el manjar "Colún" y la leche "Soprole"²⁵⁴ han logrado ser líderes del mercado, con participaciones de mercado que superan largamente a las de sus competidores, mientras que otros competidores sin poder de marca, como Surlat, deben basar su estrategia competitiva en una política de precios bajos, aún cuando su producto sea igual al ofrecido por las empresas cuyas marcas exhiben reconocimiento.
395. Lo señalado demuestra que sí existe incidencia de la marca en commodities tales como la leche, el manjar o la crema, sin perjuicio de que el precio de los mismos desafía los mercados y constituye en efecto un elemento a considerar respecto de su consumo, mas no el único, como pretenden las Consultantes.
396. En conclusión, esta Fiscalía estima que la consolidación de marca desincentiva de manera relevante la entrada de nuevos competidores a este mercado. A este respecto, debe tenerse presente que el tiempo invertido en la consolidación de la imagen corporativa de las compañías procesadoras y de los productos elaborados bajo su alero, disuade fuertemente la entrada de un potencial nuevo competidor, pues no solo deben invertir montos considerables en publicidad para lograr competir en relativa igualdad de condiciones con las empresas establecidas, sino que además debe esperar un largo tiempo antes de que las altas inversiones efectuadas logren consolidar al producto y a su marca.

²⁵⁴ En el mercado existen indicadores de reconocimiento de marca tales como el *Brand Awareness*, el cual da cuenta que la marca "Soprole" se encuentra muy bien posicionada con un 80% de reconocimiento.

4.2.2. Escala Mínima Eficiente de Producción

397. En otro orden de cosas, y respecto a los elementos que podrían eventualmente perjudicar u obstaculizar el tiempo y suficiencia a la entrada a la comercialización y distribución de los productos por un potencial entrante, esta Fiscalía considera que para un ingreso suficiente a dicho mercado existe una escala mínima eficiente de entrada que disuade el ingreso de nuevos competidores.
398. Este hecho es ratificado por la empresa procesadora Quillayes quien en declaración ante esta Fiscalía señaló que un factor en detrimento de la suficiencia de entrada es que en Chile existen procesadoras lácteas muy grandes, que alcanzan economías de escala importantes. Así, dado que las empresas medianas no tienen el tamaño suficiente para acceder a dichas economías, sus mayores costos las vuelve poco competitivas, por lo que terminan saliendo del mercado. Ese fue el caso de Cafra, Cuinco, Chilolac, Lácteos Puerto Varas, Vialat, entre otros²⁵⁵. Adicionalmente, otro competidor de las Consultantes realizó una declaración en igual sentido, que se acompaña de manera confidencial [14].
399. Conforme esta Fiscalía ha podido observar, la existencia de una escala mínima eficiente de producción es crucial para que las compañías procesadoras y comercializadoras de productos lácteos puedan no sólo entrar, sino permanecer en el mercado del rubro lácteo como incumbentes. En efecto, existe un número relevante de plantas procesadoras que han debido salir de los mercados relevantes en que participaban por no alcanzando estos niveles eficientes de producción. De hecho, según lo indicado por Danone en su presentación a este H. Tribunal: *"En este mercado hay mas salientes que entrantes"*²⁵⁶, y

²⁵⁵ Declaración de don Eugenio Tagle Barriga, en su calidad de Gerente General de Quillayes, con fecha 29 de diciembre de 2010.

²⁵⁶ Presentación de Danone, pág. 10. *"Ya han quedado muchos jugadores en el camino. Por ejemplo, Soprocal cae en manos de Parmalat, que, luego de su quiebra en Italia, sus activos pasan*

asimismo señala: "Será, pues, muy difícil que entren nuevos jugadores, locales o internacionales, al mercado post-fusión. También será difícil competir para quienes, como Danone y Surlat, intentan hacerse un hueco en el mercado, pues serán frágiles frente a los embates predatorios, por pequeños que sean, de parte de cualquiera de los estamentos de la Alianza".

4.2.3. Afianzamiento y Desarrollo de una Red de Distribución

400. En tercer lugar, esta Fiscalía detectó que la suficiencia a la entrada de un nuevo competidor se ve afectada fuertemente según el desarrollo y consolidación de una red de distribución que les permita disponer de los productos que elaboren y dirigirlos hacia los consumidores finales.

401. Las redes de distribución de los productos cobran una relevancia extrema con respecto a los productos lácteos perecibles, esto es, los que tienen una vida útil limitada en términos de consumo (principalmente yogures, postres refrigerados y cremas frescas), en atención que dichos productos requieren de un transporte que incluya frío para la conservación de dichos productos y su arribo al canal de comercialización de destino, dentro del menor plazo posible.

402. En relación a dicho transporte de frío, es posible señalar que éste no solo encarece los costos asociados a la distribución, sino que también provoca que la logística de distribución constituya una actividad compleja, ya que conforme lo exigen los respectivos canales de comercialización, los

a Vialat (grupo Bethia) y, luego, a Danone. ULA (Unión Lechera de Aconcagua) y COVAL cierran sus puertas. Lechera del Sur cae en manos de Nestlé. Lácteos Colico, en manos de Loncoleche. Loncoleche, en manos de Watt's y sus activos de productos refrigerados pasan a Soprole. Lo mismo pasa con CALO. Lácteos Pirques y Dos Alamos caen en manos de Soprole. CAFRA, en manos de Lácteos Frutillar, y éste, luego de ser adquirido por FERIA Osorno y por grupo Schiess, cierra con pérdidas que hacia el final de su operación alcanzaban los US\$ 5,5 millones por trimestre. El propio Danone lo intentó sin éxito en la década de los ochenta, pero se retiró del mercado".

productos lácteos perecibles deben llegar al punto de comercialización, en promedio, con un 80% de vida útil.

403. Asimismo, el acceso a una red de distribución consolidada no es un elemento transversal a las compañías procesadoras lácteas, dado que los costos de transporte y de frío no son posibles de solventar de una manera suficiente por todas ellas. Sin embargo, Nestlé, al describir en su Consulta a los competidores que disciplinarían los mercados relevantes una vez que conformado el JV, señala que como una de las características transversales de un competidor, el hecho que *"cuentan con sistemas de logísticas asentados, tanto para el transporte de los productos lácteos a través del país, como para su distribución a través de supermercados y del segmento tradicional"*²⁵⁷. Asimismo, Soprole indica que *"Hoy existe disponibilidad de oferta en el mercado para acceder a sistemas de transporte de frío tanto para el canal supermercado, como para el canal tradicional. Así, por ejemplo, productores de cecinas y pollos, prestan servicios de transporte de productos fríos para el canal tradicional"*²⁵⁸.

404. Al respecto, Danone hace presente la relevancia de la red logística de distribución en el mercado: *"Para penetrar el canal tradicional se requiere de altas inversiones en fuerza de distribución y ventas, donde no basta con disponer de medios propios o de terceros –que conserven la cadena de frío- para transportar los productos. También se requiere de inversiones en los puntos de venta, especialmente en contenedores refrigerados que sirven para la conservación y exhibición de los productos"*²⁵⁹.

405. En este contexto, la empresa procesadora Watt's indicó que el refrigerado tiene un manejo de distribución complejo²⁶⁰ y que los productos deben entregarse al supermercado con más de un 75% de vida útil, además de

²⁵⁷ Consulta de Nestlé, pág. 99.

²⁵⁸ Consulta de Soprole, págs. 47 y 48.

²⁵⁹ Presentación de Danone ante este H. Tribunal, pág. 21.

²⁶⁰ Fechas de caducidad, control de los supermercados, entre otros.

realizarse controles de calidad previa. Adicionalmente, señala que en este ámbito existen importantísimas economías de escala para las compañías procesadoras.

406. Consecuentemente, un competidor de las Consultantes [15] indica en declaración ante esta Fiscalía que *“Las economías de escala son traspasadas al ámbito de la distribución de productos lácteos. Esta situación se da gracias a que Chile es un país con varios kilómetros de longitud pero con pocos habitantes convirtiéndolo en un mercado pequeño. Así, un nuevo entrante requeriría amplios volúmenes de producción que hagan la distribución una actividad rentable, sin embargo actualmente no hay mercado suficiente que demande dichos volúmenes [...] De este modo habría localidades a las que los supermercados exigen llegar pero un productor pequeño o mediano iría a pérdida”*²⁶¹.

407. Desde la perspectiva del Canal Supermercados, destinatario principal de los productos que son distribuidos por las empresas procesadoras²⁶² una importante empresa de *retail* señaló [16], en declaración ante esta Fiscalía, que para poder ingresar un producto a los supermercados, se requiere una enorme capacidad de distribución a nivel nacional: la empresa deberá tener conocimiento del mercado y maquinaria propia o bien contratar un tercero. Por otro lado, el volumen requerido para que la distribución sea eficiente en términos de costos es bastante alto, por lo que difícilmente una empresa pequeña pueda ingresar. Para el caso de los productos lácteos se requiere, además, que el transporte provea frío, que se respeten tiempos determinados para evitar su perecimiento (debe entregarse 20 días antes de la fecha de vencimiento) y que exista una entrega continua para efectos de reposición: todo esto aumenta sustantivamente los costos.

²⁶¹ Al efecto señala: *“del mismo modo el carácter perecible del producto exige ir todas las semanas, lo que aumenta los costos”*.

²⁶² O bien, mediante terceros contratados al efecto.

408. Lo anterior es muy ilustrativo a efectos de que este H. Tribunal pueda sopesar la importancia que para la entrada suficiente al mercado de la comercialización de productos lácteos tiene una red de distribución afianzada. Por consiguiente, no es posible desconocer que para un entrante, la generación de una red de distribución consolidada y estable, que le permita asegurar un suministro de productos finales a los canales de comercialización, constituye a todas luces un elemento que en su ausencia o defecto, constituiría un obstáculo para un ingreso suficiente al mercado relevante correspondiente.

4.2.4. Escasas Probabilidades de Acceso al Canal Tradicional

409. En el contexto de lo precedentemente expuesto, el cuarto elemento que disuade el ingreso a nuevos competidores consiste en las pocas probabilidades de acceder al Canal Tradicional de comercialización de los productos que al efecto elaboren.

410. El Canal Tradicional se configura sobre la base de una *"fuerza de venta que visitan a los agentes económicos que conforman el canal tradicional -- en base a rutas y frecuencias previamente definidas-- produciendo en el punto de venta la oferta de los productos, la comunicación de las distintas promociones y/u ofertas, hecho lo cual el agente económico realiza su pedido"*²⁶³.

411. El acceso al Canal Tradicional, dadas sus particulares características, es muy compleja y restringida, dados los espacios disponibles para la comercialización de los productos y las condiciones estructurales de ingreso de los agentes a este canal, en comparación con el Canal Supermercados.

²⁶³ Consulta de Soprole, pág. 50.

412. Sin embargo, llama poderosamente la atención que las empresas y las marcas con presencia considerable en el Canal Tradicional sean casi exclusivamente Soprole y Nestlé (ver Cuadros 36 a 41), mientras que marcas arraigadas en los consumidores como Colún y Danone, que las Consultantes definen como competidores vigorosos, no hayan logrado ingresar de una manera suficiente a dicho canal de comercialización.
413. A este respecto, esta Fiscalía estima que la escasa participación de otras empresas distintas de las Consultantes en el Canal Tradicional, no puede sino constituir un indicio de que en este segmento de comercialización habrían existido conductas estratégicas que no han permitido el ingreso al mismo a las empresas establecidas.
414. En este contexto, Danone señaló en declaración ante esta Fiscalía que *“Danone ha tratado de entrar al canal tradicional, pero resulta imposible dada la dominación de grandes actores”*²⁶⁴. Asimismo, indica que la importancia que tiene este canal para la sustentabilidad de la operación de una empresa procesadora. Al efecto, indica que *“cualquiera que quiera penetrar y consolidarse en las categorías de los yogures y de los postres refrigerados debe necesariamente desarrollar los canales de distribución tradicionales pues, contrariamente a lo que sostienen los Consultantes, es muy difícil rentabilizar una operación basada únicamente en el canal de supermercados”*²⁶⁵.
415. Por su parte, otra procesadora [17] en declaración ante esta Fiscalía ha sido conteste con dicha postura. En efecto, señaló, en referencia al Canal Tradicional, que *“a este canal más pequeño le conviene trabajar con pocas marcas que se encuentren mejor posicionadas (por un tema de disponibilidad de espacio), lo que vuelve difícil el ingreso”*.

²⁶⁴ Declaración de don Luis María Patrón Costas, Gerente General de Danone Chile, con fecha 22 de diciembre de 2010.

²⁶⁵ Presentación de Danone a este H. Tribunal, a fojas 3598, pág. 19.

416. En síntesis, esta Fiscalía estima que (i) dada la importancia del Canal Tradicional como canal de comercialización de los productos lácteos que al efecto elaborará el JV; (ii) consideradas las actuales elevadas participaciones de mercado que ostentan las Consultantes en dicho segmento; y (iii) habidas las declaraciones e indicaciones de los competidores directos, prácticamente ausentes de dicho canal, sobre su relevancia para la distribución eficaz de sus productos y para la llegada a una masa consumidora crítica más amplia y muchas veces no presente en otros canales como Supermercados; se tiene como una barrera a la entrada considerable, desde la perspectiva del tiempo y la suficiencia de la entrada de nuevos y más competidores en la industria, el hecho que en la actualidad las vías de acceso al Canal Tradicional estén tan restringidas y acotadas, conforme lo evidencia la escasa participación e otros agentes distintos de las Consultantes en el canal de comercialización en análisis.

4.2.5. Dificultades de acceso al Canal Supermercados

417. Otro elemento que desfavorece el tiempo y la suficiencia a la entrada de un nuevo competidor a los mercados relevantes es el acceso al Canal Supermercados. En este canal, los productos son ubicados en los espacios accesibles a los consumidores (las góndolas), lugar que se comparte entre los productos elaborados por competidores y por aquellos que están rotulados bajo las marcas propias de los Supermercados. Los criterios de asignación de los espacios en góndolas siguen un proceso de negociación con un margen amplio de discrecionalidad para los Supermercados, no obstante el tamaño y la relevancia de la empresa proveedora de productos juegan un rol importante en cuanto a la ubicación de los productos y la asignación de dichos espacios.

418. Al efecto, una importante cadena de Supermercados [18] señaló que la asignación de espacio en la góndola se realiza a través de criterios definidos por el supermercado. Dicha empresa contrataría personas que

operan como *'category advisor'*, los que indican las preferencias del cliente y las tendencias con lo que se reparte espacio en la góndola. Estos criterios de asignación, claro está, dan cierta importancia a la marca y a la publicidad realizada al producto.

419. Conforme la costumbre en este canal de comercialización así lo indica, el ingreso a Supermercados, para un nuevo entrante o competidor, está asociado a determinados pagos²⁶⁶, sin considerar las disputas que al efecto puedan generarse con las empresas establecidas por la reasignación de los espacios en las góndolas.

420. Es preciso indicar que las empresas procesadoras que prestaron declaración ante esta Fiscalía, son contestes en señalar que ven como un desincentivo a la entrada de un nuevo competidor las dificultades existentes en la actualidad para el ingreso a los Supermercados. Así, una quesera mono productora [19] cuyo único canal de comercialización son los Supermercados, indicó que además de los costos de entrada inherentes al Canal Moderno²⁶⁷, los Supermercados exigen cada vez más una presencia, si no a nivel nacional, en una amplia variedad de locales, es decir, para ser aceptado debe abarcarse un espacio geográficamente importante. En el mismo sentido, señaló que ésto se debe a que los Supermercados han tendido a preferir cada vez más la negociación con un gran actor que solucione todos los aspectos del negocio, que *"llene las góndolas y distribuya a nivel nacional"*, por lo mismo, no existe demasiada ayuda para las marcas pequeñas.

421. Por su parte una procesadora láctea [20] indicó que una de las dificultades de entrada a los Supermercados es el espacio. Ello, como consecuencia de que este canal tiene un área restringida para una gran cantidad de

²⁶⁶ Por ejemplo, el pago de "Nuevo Proveedor" o el pago de un *rappel*.

²⁶⁷ *"El rappel implica un costo importante para las empresas que quieren entrar, considerando que este es un cargo de 10% sobre el precio cobrado a los consumidores"*.

- proveedores. Asimismo, señala esta procesadora, si se quiere entrar con un producto nuevo, es caro, difícil, o simplemente no hay espacio. Los supermercados privilegian sus marcas propias y los productos de mayor rotación dado que estos son los productos preferidos por los clientes.
422. Igualmente, dicha empresa señala que las negociaciones con los Supermercados versan sobre el precio y la visibilidad de los productos. De este modo, si la marca del producto no es muy relevante, el proveedor debe incurrir en pagos elevados para estar en el Supermercado, o simplemente queda afuera.
423. Al respecto, cabe contrastar lo señalado con lo expresado en la Consulta de Soprole, en que se indica que los supermercados son agentes que potencian la entrada de nuevos competidores a los distintos mercados. En efecto, señalan que la ayuda de los supermercados es la explicación del ingreso de diversos competidores al Canal Moderno, y que de esa forma, los Supermercados pueden sopesar el mayor poder de negociación de éstas: *"La falta de relación directa entre los esfuerzos de inversión publicitaria y la participación de mercado, se explica en que los entrantes son ayudados por los supermercados para posicionarse rápidamente en el mercado. En la medida que el canal supermercado cuente con un nuevo competidor, ello le permite aumentar su poder de negociación frente a los proveedores establecidos. Un buen ejemplo de lo anterior, lo constituye el propio caso de Danone vs Soprole y Nestlé en el mercado relevante del yogur"*²⁶⁸.
424. Por su parte, otra empresa procesadora [21] declaró ante esta Fiscalía, respecto de su escasa participación en el Canal Supermercados, que *"cada día es más difícil entrar [al Canal Supermercados] para pequeños proveedores: los supermercados están tendiendo a relacionarse con*

²⁶⁸ Consulta de Soprole, págs. 66 y 67.

menos marcas y menos proveedores, lo que ayuda a la logística y a la fiscalización (menos proveedores implica menos contingencias)".

425. En otro orden de cosas, los Supermercados fueron unánimes al indicar ante esta Fiscalía el poco interés que les representa el ingreso a sus góndolas de productos sin valor agregado o de poca diferenciación para el consumidor. En este sentido, otra cadena de retail [22] indicó que para que un producto pueda entrar al Supermercado, debe realizar una oferta atractiva, es decir, que debe señalar que tiene un rol especial que lo distingue de los demás productos de naturaleza similar, por ejemplo alguna funcionalidad, cualidad adicional o un precio muy conveniente. En pocas palabras, si un producto carece de algo especial que aportar, no ingresará al Supermercado, pues éste ya cuenta con otros productos cumpliendo esa función²⁶⁹.

426. Al respecto, otro supermercado [23] señaló que para ingresar a dicho canal el producto debe exhibir alguna diferencia y ser capaz de comunicarla a través de su marca, lo cual se logra a partir de inversiones en publicidad, organización de lanzamientos, entre otros. En efecto, conforme indica, el nuevo producto debe traer una buena propuesta para lograr un espacio en las góndolas del Supermercado. Asimismo, otra cadena de Supermercados [24] señaló que para poder ingresar al supermercado en el rubro lácteo, se requiere dar un rol especial al producto, lo que implica invertir montos considerables en innovación.

427. Respecto de los productos que se comercializan a través de marcas propias de los Supermercados, los cuales son elaborados por empresas procesadoras que les venden dicho producto final, es menester señalar que conforme lo indicado por otra procesadora [25] ante esta Fiscalía, *"la posibilidad de entrar al Supermercado elaborando su marca propia*

²⁶⁹ Por ejemplo, existen más de 500 productores de queso en el país y su empresa opera sólo con 30.

tampoco es especialmente conveniente. El Supermercado aprovecha la calidad del producto elaborado y, luego de posicionar la marca, puede cambiar de productor sin afectar el prestigio, la marca no se ve lastimada. Así, no existe en esta actividad ninguna certeza de permanencia a largo plazo”.

428. Con respecto de los productos comercializados bajo las marcas propias de los Supermercados, Nestlé señaló en su Consulta que *“dado que las marcas de las grandes cadenas de supermercados certifican calidad a los consumidores, y dado que tales marcas tendrán espacio garantizado en góndolas, estos productos de marcas propias constituyen también relevantes competidores para los productos de Nestlé Chile y Soprole”*²⁷⁰. Sin embargo, esta aseveración sólo resulta parcialmente verdadera, toda vez que los Supermercados se limitan a comercializar como marcas propias productos calificados como *commodities*, tales como leches líquidas y cremas. Así, los productos comercializados bajo las marcas de cada Supermercado, que una empresa procesadora externa elabora para los mismos, no disciplinan en mayor medida los mercados en los que participan, ya que no representan mayor competencia en dichos mercados.

429. Respecto de productos con mayor valor agregado que, según hemos visto, implican mayor inversión en investigación y desarrollo, equipos productivos, marca, etc., los Supermercados no se han adentrado a la comercialización bajo sus propias marcas, de dichos productos. En efecto, según lo indica otra cadena de supermercados [26]: *“La marca propia mantiene un espacio en virtud de una razonable relación precio calidad. No hay grandes campañas [publicitarias], sólo se acompaña a los productos similares en la góndola”*. En el mismo sentido, en declaración ante esta Fiscalía, un gerente de otro Supermercado [27] señaló: *“Nuestra marca propia la produce Surlat (igual que a todos los demás*

²⁷⁰ Consulta de Nestlé, pág. 117.

supermercados que tienen marca propia). Esta ofrece un menos precio por un producto 'commoditie', lo que permite que exista un poco más de competencia en esta área".

430. Conforme lo expuesto, esta Fiscalía estima que dadas las mayores o menores dificultades existentes según lo expuesto, respecto de los entrantes o incluso para los competidores de la industria en análisis, para acceder y ubicar sus productos lácteos en los espacios en góndolas de los Supermercados, ello constituye a todas luces un obstáculo para una ingreso suficiente, y restringe el acceso a una distribución eficaz de los productos.

4.3. Comportamiento Estratégico

431. Es preciso señalar a este H. Tribunal que el comportamiento estratégico de las empresas puede impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores a la industria, por lo que de conformidad con lo que se expondrá en esta sección, esta Fiscalía analizará las distintas variables estratégicas que son o han sido utilizadas en el mercado de la comercialización y distribución de productos lácteos líquidos y refrigerados, y que eventualmente podrían ser utilizadas para impedir u obstaculizar el ingreso al mismo.

432. En este sentido, se ha detectado la existencia de las siguientes prácticas por parte de las empresas incumbentes que vienen a dificultar la entrada de nuevos competidores. Específicamente, las conductas estratégicas detectadas son las siguientes:

4.3.1. Proliferación de marcas

433. Las empresas que operan en la industria láctea, especialmente las Consultantes, se caracterizan por ofrecer un amplio portfolio de productos, dirigido a todas las edades, sexo y segmentos socioeconómicos. Esta estrategia dificulta el ingreso de nuevos competidores, carentes de nuevos nichos de mercado sobre los cuales lanzar nuevos productos que capten el interés de los Supermercados.

4.3.2. Posibilidad de las empresas establecidas de cerrar espacios en los Supermercados

434. El canal supermercado suele celebrar con sus proveedores contratos que establecen descuentos por cumplimiento de metas de venta, que tienden a potenciar a los proveedores más relevantes (y capitalizados) en desmedro de las marcas residuales que constituyen el denominado fondo de surtido. Adicionalmente, se ha detectado la existencia de ventas de espacios en góndola o la venta de “esfuerzos promocionales” respecto de determinados productos, que evidentemente tienden a beneficiar a aquellos proveedores mejor capitalizados. Así, por ejemplo, Nestlé sostenía un acuerdo particular según lo que se indica en el Anexo Confidencial [28].

4.3.3. Celebración de contratos de exclusividad con empresas de transporte

435. En el contexto de la investigación abierta con motivo de esta consulta, se ha señalado a esta Fiscalía que una empresa de transportes en que Nestlé terceriza su distribución, habrían negado sus servicios a Quillayes atendida la existencia de una cláusula de exclusividad con Nestlé. Sin embargo esta Fiscalía no recabó otros antecedentes que le permitiesen acreditar lo señalado por Quillayes.

436. Con todo, esa práctica no sorprende a esta Fiscalía, toda vez que se encuentra actualmente abierta una investigación por denuncia en contra de Nestlé, específicamente su filial Savory, por hechos similares a los que relata Quillayes.
437. Así, con fecha 12 de noviembre de 2009, Lecherías Loncomilla Limitada (“**Loncomilla**”) -empresa que produce y comercializa mayormente productos lácteos congelados²⁷¹- denunció a Savory S.A. (“**Savory**”), filial de Nestlé, por ejercer presiones sobre la empresa de operación logística de productos congelados Keylogistics Chile S.A., para evitar que ésta le prestara dichos servicios a su competidor (Loncomilla). Por su parte, Keylogistics es una de las pocas empresas en el mercado que ofrece de manera integrada servicios para la operación logística de alimentos congelados distribuidos a supermercados²⁷².
438. Al efecto se ha acreditado en el marco de la investigación de la Fiscalía que Nestlé efectivamente suscribió una cláusula de exclusividad con Keylogistics, la que fue dejada sin efecto poco antes de que Loncomilla presentara su denuncia ante esta Fiscalía. Adicionalmente consta en la investigación que no obstante haberse dejado sin efecto dicha cláusula de exclusividad, hoy Keylogistics no aparece interesada en ofrecer sus servicios a Loncomilla, a pesar de que fue ella misma la que en un primer momento ofreció sus servicios de logística a dicha empresa.
439. Adicionalmente, se hace presente que la exclusividad respecto de Keylogistics no es excepcional. Así, los “**Contrato de Distribución y Comercialización de Productos Refrigerados**”, suscritos entre Nestlé y todos sus transportistas, con fecha 22 de agosto de 2007, establecen en su cláusula segunda que la distribución es “*exclusiva y excluyente de los*

²⁷¹ Tales como postres helados, quesos frescos, helados de agua y helados light.

²⁷² Estos servicios consisten, entre otros, en servicios de almacenamiento en frigoríficos de su propiedad, gestión del inventario, con monitoreo online, y transporte hasta los puntos de venta en camiones con tecnologías de refrigeración.

productos mencionados [...]. La distribución exclusiva se entenderá referida a un territorio geográfico determinado". Adicionalmente en la cláusula cuarta párrafo séptimo establece que "En consideración al carácter de exclusividad que reviste la distribución y comercialización que CPN otorga al Comisionista, {este se obliga para con CPN durante la vigencia de este contrato, a no expender, promocionar o publicitar ningún tipo de Productos que no sean aquellos elaborados por Nestlé. Esta obligación reviste el carácter de esencial, sin excepción.", ambas cláusulas de exclusividad limitan a los distribuidores que quedan sujetos para con Nestlé y la comercialización de sus productos, no pudiendo entrar en negociación con otros productores a causa de esto.

4.3.4. Inscripción de marcas de potenciales entrantes internacionales

440. Conforme señaló Danone en su declaración ante esta Fiscalía y en su presentación ante este H. Tribunal, esta empresa presentó una denuncia por abusos contra la libre competencia²⁷³ en contra de Soprole, en atención a que ésta habría registrado en Chile marcas comerciales y diseños industriales que internacionalmente eran de propiedad de Danone, entre las cuales se encontraban las marcas "Danone", "Dannon" y "Dannonino", "Dan'Up" y "Danhold"; así como etiquetas, signos distintivos, gráficas y frases de propaganda de titularidad de Danone y/o sus filiales. Esto obligó a esta última empresa a iniciar un procedimiento judicial y a iniciar un plan de importación con fuertes pérdidas asociadas, como forma de recuperar las marcas que se encontraban registradas a nombre de Soprole.

441. Lo anterior, constituye una muestra de un comportamiento estratégico, ya que al registrar a su nombre las marcas comerciales de Danone, Soprole habría establecido en perjuicio de aquella, barreras a la entrada que

²⁷³ Autos caratulados "Demanda de Campaigne Gervais Danone contra Soprole S.A." Rol C N° 91-06.

obstaculizaron, mas no detuvieron, su ingreso a los mercados relevantes en los que participa.

4.4. Posibilidad de importaciones de productos lácteos y ampliación de las líneas de producción de otras empresas procesadoras

4.4.1. Posibilidades de importación de productos lácteos

442. Las Consultantes señalan prácticamente para la totalidad de los mercados relevantes en análisis, que la posibilidad de importación de los productos lácteos que los conforman, especialmente desde países vecinos a Chile, torna al mercado lácteo sumamente contestable y desafiante. En efecto, Nestlé indica de manera categórica con respecto a la leche líquida que *“La experiencia, de hecho, demuestra que ha habido en el pasado importaciones de leche líquida de países como Argentina y Uruguay, y que existen actores en la industria –inclusive los distribuidores- dispuestos a efectuar importaciones en caso de que se produzca cualquier brecha relevante entre los precios internos de Chile y aquellos de importación. **Los consumidores, por su parte, adquieren la leche importada sin dificultades, en la medida que encuentran en los distribuidores una garantía de selección de calidad. Así, esa amenaza, y luego, realidad de importación, es un elemento adicional que disciplina cualquier potencial intento de elevar el precio de la leche líquida en Chile a niveles superiores a los competitivos”**²⁷⁴.*

443. En contraposición con lo anterior, Danone ha señalado en declaración prestada ante esta Fiscalía que la importación no es una opción viable para una compañía procesadora, comercializadora o sólo distribuidora de productos lácteos, por lo siguientes motivos:

²⁷⁴ Consulta de Nestlé, pág. 127.

- (a) Patrones de Consumo: Respecto de Argentina, país que representa la mejor posibilidad para importar, Danone sostiene que éste tiene patrones y preferencias de consumo distintas a las existentes en Chile²⁷⁵. Por esta razón, previo a la importación, es menester primero instalar en Argentina la capacidad para elaborar productos dirigidos al consumidor chileno, para luego importarlos, lo cual evidentemente implica un alto costo para un nuevo entrante.
- (b) Perecibilidad del Producto: ese trata de una característica común a varios productos lácteos (en específico a los yogures, *petit suisse* y postres refrigerados), que obliga a manejar la distribución de los mismos con tiempos sumamente breves, de manera tal que la importación no resulta óptima. Adicionalmente, cualquier contingencia que genere retrasos provoca pérdidas enormes, tal cual sucedió con las toneladas de productos que Danone tuvo que botar mensualmente mientras importaba desde Argentina²⁷⁶.

444. En el mismo sentido, en declaración ante esta Fiscalía una cadena de Supermercados [29] indicó que *“es rarísimo que exista importación de productos lácteos, pues no es conveniente”*. Así, de acuerdo a dicha cadena, la importación de productos lácteos es una alternativa de entrada compleja por los tiempos de traslado que involucra, las condiciones de caducidad de los productos y por las normativas sanitarias que deben cumplirse, entre otros. Así, la importación sólo se realiza en momentos muy especiales, con un tipo de cambio favorable.

445. En consecuencia, conforme lo señalado por las empresas procesadoras, entre ellas Danone, y los supermercados, no se visualiza como posible ni rentable la actividad importadora de productos lácteos desde países vecinos hacia Chile. Por lo tanto, lo señalado por Nestlé respecto de que *“la posibilidad de importar productos lácteos desde países vecinos, como*

²⁷⁵ Hay diferencias de espesor, sabor, entre otros.

²⁷⁶ Según al efecto lo declaró don Luis Patón Costas, Gerente General de Danone Chile, ante esta Fiscalía, con fecha 22 de diciembre de 2010.

*Argentina o Uruguay, constituye otro parámetro de referencia que los productores nacionales, incluyendo el Joint Venture, deben tener en cuenta a la hora de aplicar alzas en sus precios*²⁷⁷ no se condice con la realidad nacional en cuanto a los hábitos de consumo internos ni con la naturaleza perecible de los productos lácteos.

446. Conforme lo expuesto precedentemente no resulta posible considerar, de una manera general, a dicha actividad importadora como una potencial disciplinadora del mercado lácteo.

4.4.2. Posibilidad de ampliación de las líneas de producción de las procesadoras.

447. A mayor abundamiento, las Consultantes indican que las plantas procesadoras establecidas en Chile tienen la capacidad de ampliar sus líneas de producción, sus capacidades y sus portafolios, y de esa manera, poder disciplinar aquellos mercados en los cuales existen pocos agentes competidores. En efecto, señalan que *"los competidores a los que nos referimos, oferentes relevantes en los mercados de productos lácteos aguas abajo, los que, más allá de su calidad de actuales competidores de las empresas que se unirán en el Joint Venture, cuentan además con capacidad de crecimiento relevante; ponen en evidencia la importante elasticidad a nivel de oferta que caracteriza a los mercados aguas abajo concernidos; y, por sobre todo, revelan que son varias las empresas que con sus capacidades y comportamientos esperables hacen inviable estimar que el Joint Venture pueda realmente comportarse competitivamente con independencia de sus competidores"*²⁷⁸.

448. A modo de respaldo de sus dichos, Nestlé hace referencia a *"la estrategia de Danone Chile no es diferente de la que ha implementado en otros países, la que ha probado ser altamente exitosa: posicionar uno o más de sus marcas*

²⁷⁷ Consulta de Nestlé. Pág. 136.

²⁷⁸ Consulta de Nestlé, pág. 99.

*principales en el mercado en cuestión, para luego ampliar el portafolio de la empresa y ganar una posición de liderazgo en la totalidad del mercado*²⁷⁹. Sin embargo, Danone en su presentación a este H. Tribunal, señala que *"Asimismo, de la descripción de los Consultantes también queda la impresión que las inversiones son bajas y abordables, lo cual está lejos de la realidad. Por ejemplo, si Danone quisiera invertir en instalaciones para producir probióticos, postres refrigerados y petit debiera hacer inversiones del orden de US\$19.000.000.-, sin incluir gastos por concepto de campañas publicitarias. Ello revela que las inversiones en equipos e instalaciones, a diferencia de lo que señalan los Consultantes, constituye una barrera a la entrada o a la expansión"*²⁸⁰.

449. En el mismo sentido, Colún afirmó a esta Fiscalía que su crecimiento, durante los últimos años, se ha realizado a partir de ampliaciones y diversificaciones en distintos tipos de productos con lo que la inversión acumulada en los últimos cinco años asciende a una alta suma de dinero [30]. Consistentemente con lo expresado por Colún, Comercial de Campo, una quesera de menor tamaño y capacidad que las anteriores, señaló en declaración ante esta Fiscalía que *"ampliar la línea de productos, si bien aumenta la competitividad de la empresa, implica una inversión bastante costosa"*.

450. Por consiguiente, no sería del todo correcto aducir que las empresas establecidas en algunos de los mercados relevantes pueden ingresar rápidamente a disciplinar los mercados de productos lácteos en los que no tienen actualmente capacidad instalada, ya sean yogures, probióticos, *petit suisse* o postres refrigerados, dado que dichas ampliaciones implican una inversión monetaria cuantiosa que ni las empresas establecidas, ni un entrante a la industria, podría asumir fácilmente.

²⁷⁹ Consulta de Nestlé, pág. 133.

²⁸⁰ Presentación de Danone a fojas 3558, pág. 20.

5. Riesgos para la Competencia

451. De acuerdo con lo establecido en la Guía, “el efecto propio de una operación de concentración, sin perjuicio de otros, es aumentar la participación de mercado de una empresa o de un grupo empresarial y, con ello, su poder de mercado, con lo cual, eventualmente, aumentan también las probabilidades de abuso de poder de mercado. Ese efecto restrictivo dependerá del nivel de concentración de la industria, de su incremento a partir de la operación de concentración, de la participación de mercado que adquiera la empresa concentrada y la de los restantes actores, así como de las condiciones de entrada al mercado, entre otros factores”.

5.1. Riesgos Directos a Consumidores

452. La operación de concentración analizada tiende a impedir de manera significativa la competencia dentro de la mayor parte de los mercados relevantes en que operaría el JV. Para el caso particular de los mercados relevantes de yogures, postres refrigerados y *petit suisse*, la operación genera riesgos directos a los consumidores de dichos productos, por medio de la unión, en la mayoría de los casos, del primer y segundo actor del mercado, y la consiguiente eliminación de la presión competitiva ejercida por el principal competidor de la empresa líder del mercado, todo esto en un ambiente de concentración extrema, y de existencia de difíciles condiciones a la entrada.

453. En síntesis, tanto en materia de yogures, postres refrigerados y *petit suisse*, la operación analizada crea o refuerza una posición de dominio, revistiendo al JV de la capacidad para, “en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia”²⁸¹.

²⁸¹ Párrafo 8. Guía Europea.

5.1.1. Riesgo Unilateral en los mercados relevantes constituidos por los distintos tipos de yogur, postres lácteos refrigerados y petit suisse.

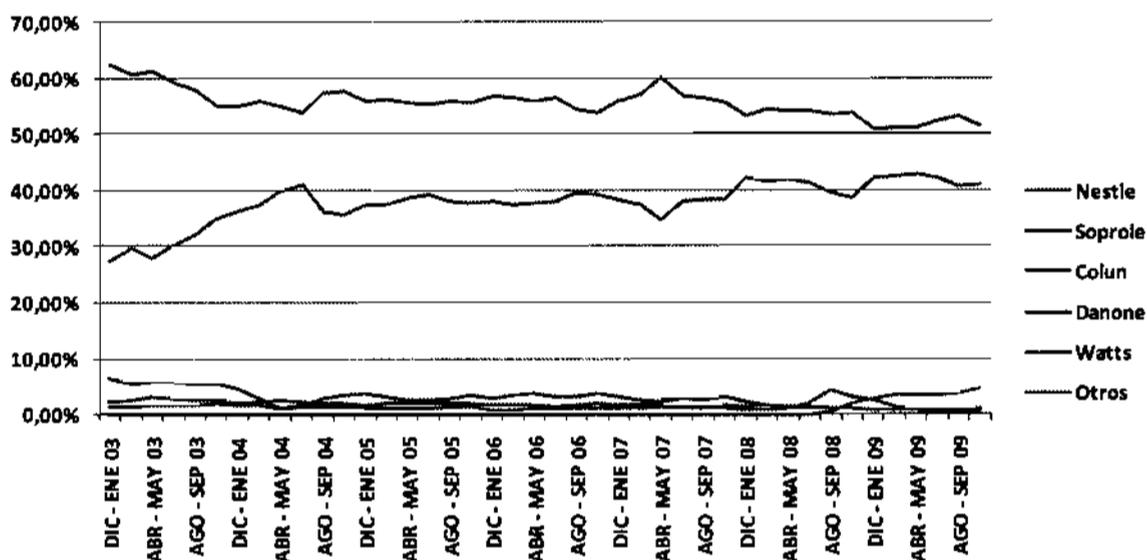
454. El principal riesgo asociado a la consolidación de la operación consultada es la consolidación de una posición de dominio y, consecuentemente, el aumento unilateral de precios en los siguientes mercados relevantes de productos lácteos, la mayoría de éstos con alto valor agregado: a) mercados relevantes de yogur con probióticos, yogur con cereal, yogur más agregado y yogur diet; b) postres refrigerados y; c) *petit suisse*.
455. Así, en materia de yogures, es preciso indicar que mediante el JV, se unen las dos principales empresas comercializadoras de probióticos (justamente, la línea de productos que requiere de mayores inversiones en I+D y capacidad productiva) y de yogur con cereales y agregados, alcanzando un 86%, 98% y 71% del mercado.
456. Por su parte, respecto de los postres y *petit suisse*, se unen los únicos dos competidores relevantes de la industria, formando, *de facto*, un monopolio.
457. En particular, para el caso de los postres refrigerados, esta Fiscalía cuenta con evidencia de que la operación vendría a afectar un mercado donde la competencia entre Soprole y Nestlé se evidencia intensa.
458. Así, el Gráfico N° 13, presenta las participaciones de mercado de Soprole y Nestlé en el mercado de los postres entre los años 2003 y 2009²⁸², evidencia como, en un transcurso de siete años la empresa Nestlé ha logrado quitar un 11% de participación de mercado a la hasta ese entonces indiscutida líder del mercado (Soprole). Dicho gráfico además de demostrar la intensidad de la competencia entre Soprole y Nestlé, demuestra la dificultad que implica, en los hechos, un ingreso suficiente al mercado, toda vez que una empresa con

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF>.

²⁸² Datos bimensuales de volumen y ventas totales presentados por Nestlé en base a información Nielsen.

las espaldas financieras de Nestlé solo ha podido ganar once puntos de participación en un período de ocho años.

Gráfico N° 13:
Participaciones de mercado en Postres



Fuente: Bases de datos Nielsen presentada por Nestlé.

5.1.2. Riesgo de abuso unilateral en el mercado de las leches líquidas

459. El análisis de los indicadores de concentración del mercado de la leche cruda arroja la existencia de un mercado altamente concentrado (2.777 puntos), que se concentra aún más con motivo de la operación de concentración (309 puntos), superando el umbral establecido en la Guía.

460. No obstante lo anterior, las Consultantes han minimizado la posibilidad de ocurrencia de riesgos, fundándose en una eventual inexistencia de barreras a la entrada (que, según vimos, no es tal, atendida la necesidad de entrar con un portfolio de productos), así como en el rol que jugarían los productos rotulados bajo las marcas propias de Supermercados, supuestas fuentes de presión competitiva sobre productos como las leches líquidas de marca. Lo

anterior parecería, a primera vista, minimizar los riesgos a la competencia de cara al más relevante de los mercados asociados a productos lácteos.

461. Con todo, los antecedentes analizados durante el curso de la Investigación arrojan una realidad diametralmente opuesta. En efecto, la FNE comprobó empíricamente que Soprole ha ejercido poder de venta en el precio de las leches líquidas, de manera tal que se estima que la concreción de la operación de concentración encierra el riesgo cierto de que el JV ejerza en el futuro su poder de venta reforzado, aún con mayor intensidad que en el pasado.
462. Adicionalmente, es menester señalar a este H. Tribunal que la operación excluye del mercado a un competidor, un potencial desafiante con espaldas multinacionales como lo es Nestlé, el cual a esta fecha exhibe un porcentaje de participación en el mercado de las leches líquidas muy inferior al de otras líneas de productos en que participa.
463. Complementariamente a lo analizado en la sección 1.5 del Capítulo A de esta presentación, esta Fiscalía consideró relevante analizar si las variaciones en los precios de la compra de leche cruda se traspasan al precio de venta de la leche líquida y, de esta manera, a los consumidores.
464. Para el logro de lo anterior, la FNE estudió la evolución mensual de los precios pagados a los productores de leche²⁸³, así como los datos de precios de venta mensual de leche líquida por parte de Soprole a Supermercados²⁸⁴, en el período comprendido entre enero de 2004 y noviembre de 2010.
465. Así, el Gráfico N° 14. muestra la evolución del índice del precio de compra de la leche cruda de Soprole (PPP_S), el índice del precio de venta de la leche líquida de Soprole (Lliq_S) adicionando el costo del diesel, dado que el precio

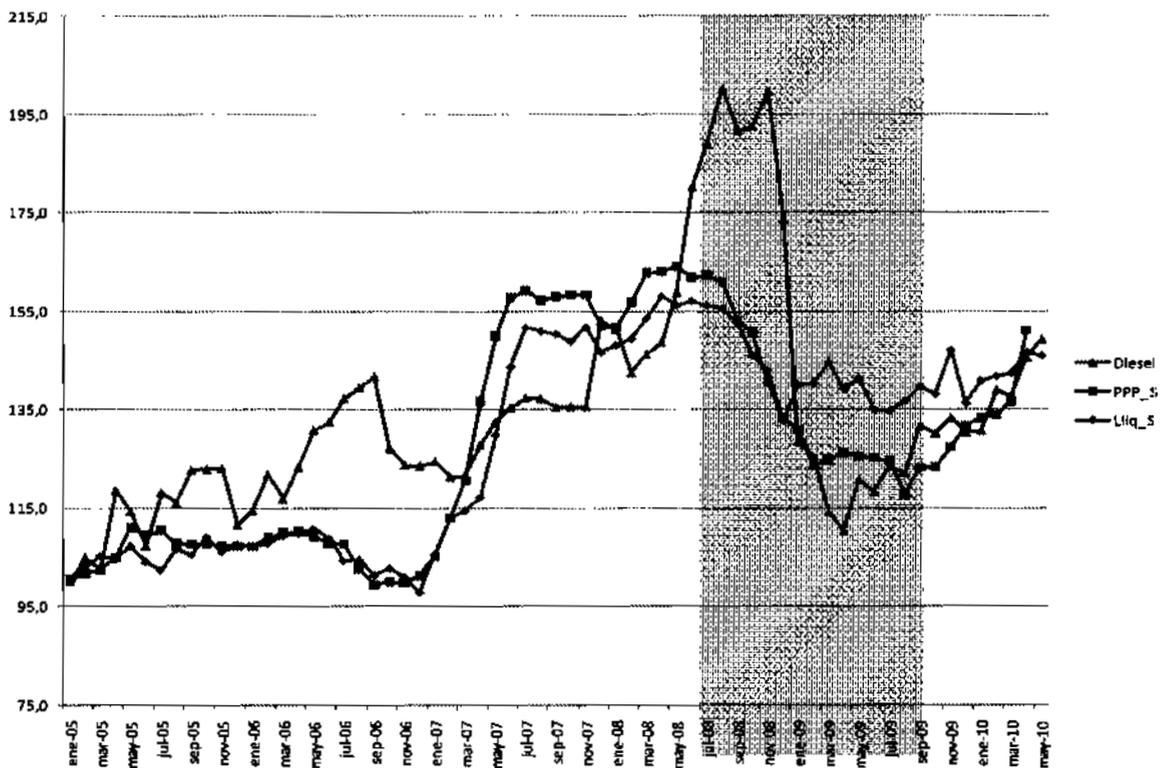
²⁸³ Datos entregados por Soprole a este H. Tribunal.

²⁸⁴ Precios de venta a supermercados acompañados por Soprole a fojas 1802 de autos.

de compra de la leche cruda y el comportamiento del precio de esta variable explicarían al menos el 60% del costo de la leche líquida²⁸⁵.

466. El Gráfico a continuación permite concluir que para el periodo comprendido entre julio 2008 a septiembre de 2009, mientras el precio de compra de la leche cruda y el precio del diesel registran notorias disminuciones en sus precios, el precio de venta ofrecido por Soprole a los Supermercados registra una variación considerablemente menor.

Gráfico N° 14: Índices de evolución en precio de compra leche cruda de Soprole, precio venta leche líquida Soprole y precio promedio diesel (2005-2010). Base enero de 2005.

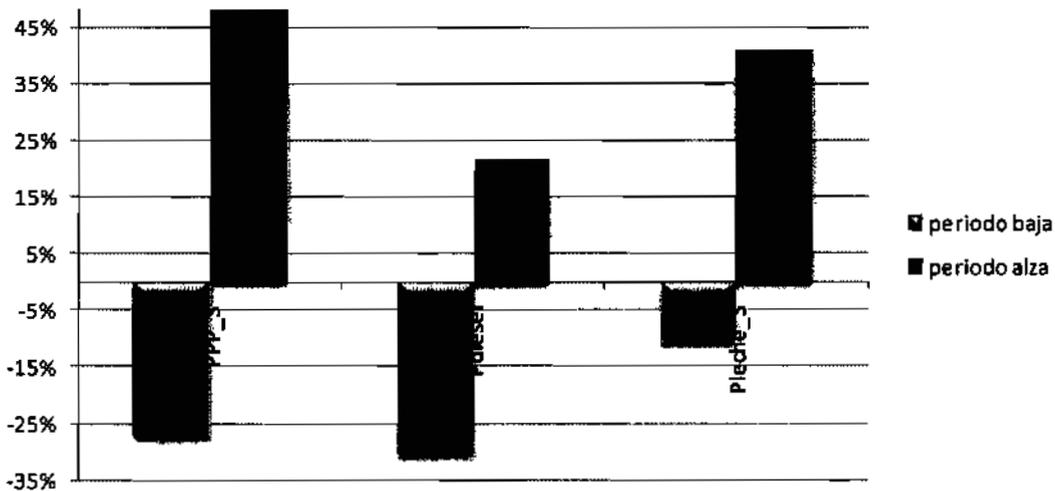


Fuente: Odepa, USDA, Enap y datos aportados por las Consultantes a este H. Tribunal.

²⁸⁵ Según datos reportados por Danone, la leche cruda significaría cerca de un 50% del costo total de la leche líquida, mientras los costos de flete cerca de un 10%, por lo tanto se agrega el costo del diesel como proxy al costo del flete. A lo anterior hay que sumar que el costo del diesel impacta al resto de los insumos que constituyen la leche líquida, como a su transporte, frío, etc., por lo tanto controlar por esta variable es adecuado.

467. El Gráfico N° 15 resume los hallazgos del Gráfico N° 14. Así, durante el periodo de alza de precios²⁸⁶, el precio de compra de leche cruda de Soprole (PPP_S) se incrementó en un 48%, el precio del diesel lo hizo en un 21% y el precio de venta de la leche líquida de Soprole (Pleche_S) siguió estas alzas al incrementar su precio de venta en cerca de un 41%. Por el contrario, en el periodo de bajas de precios²⁸⁷, mientras el precio de compra de la leche cruda y el precio del diesel registraron disminuciones de 27% y 30% respectivamente, el precio de venta de la leche líquida vendida por Soprole registró una disminución significativamente menor, de tan sólo un 11%. Lo anterior constituiría un primer indicio de que el traspaso asimétrico entre las bajas y alzas de precios por parte de las procesadoras se justifica en el ejercicio de poder de mercado en la venta de leche líquida.

Gráfico N° 15: Variaciones en precios seleccionados entre periodos de alzas (mayo 2006 a mayo 2008) y bajas (julio 2008 a septiembre 2009)



Fuente: Enap y datos proporcionados por Soprole.

468. A mayor abundamiento, el Cuadro N° 50 muestra la diferencia porcentual promedio entre los precios de venta de la leche líquida y el precio de compra de la leche cruda en el caso de Soprole, para los periodos de alzas y bajas analizados. En dicho cuadro se evidencia cómo las diferencias promedio se

²⁸⁶ Mayo 2006 a mayo 2008

²⁸⁷ Julio 2008 a septiembre de 2009

incrementan en el periodo de baja con respecto al periodo de alza, y como la diferencia entre el precio de compra y precio de venta se acrecentó en los periodos de baja del precio, al no transmitir la misma a los precios de venta de la leche líquida, dando cuenta de cierto grado de poder de mercado en la venta de leche líquida por parte de Soprole.

Cuadro N° 50: Diferencia promedio entre el precio de compra de la leche cruda y el precio de venta de la leche líquida de Soprole.

	Distancia promedio	Soprole
Alza	Mayo 06 - Mayo 08	144%
Baja	Julio 08 - Sept 09	160%

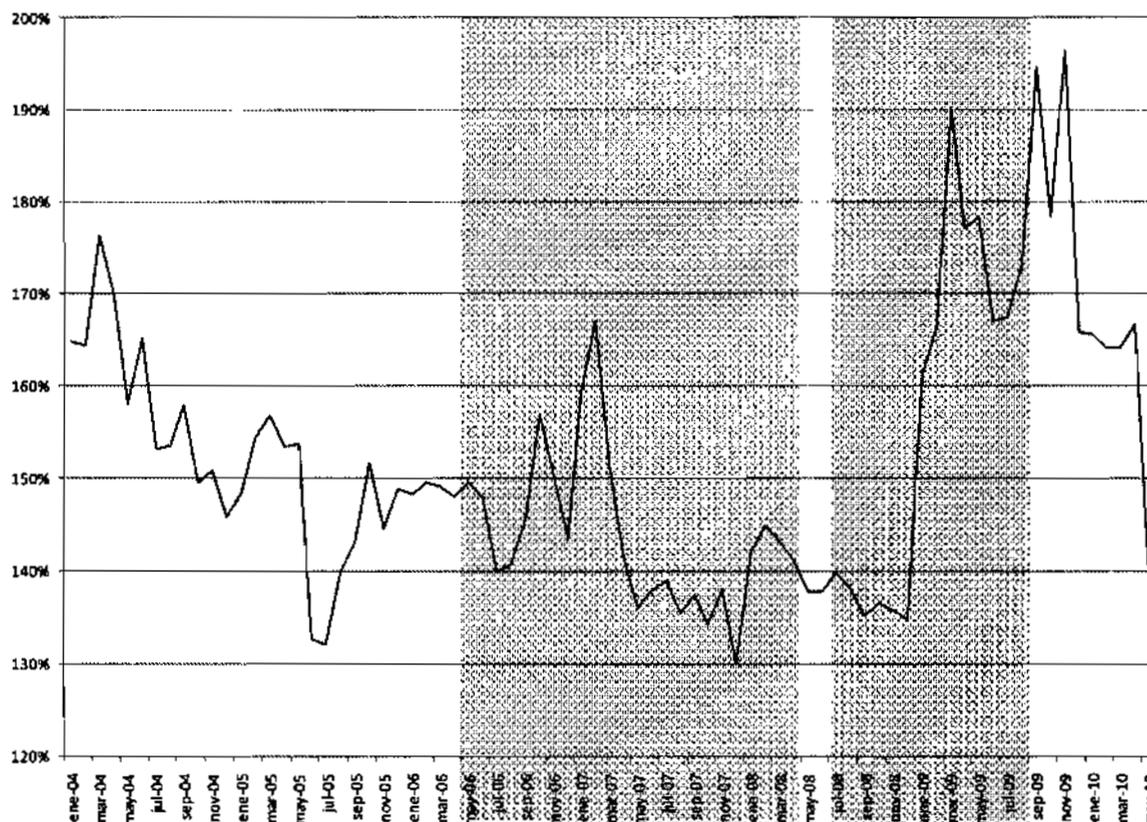
Fuente: Elaboración propia a partir de datos proporcionados por las empresas y USDA.

469. El Gráfico N° 16, resume lo examinado anteriormente. En él se observa como en el periodo de baja del precio de compra de leche, la diferencia se incrementa notoriamente en relación a la evolución desarrollada durante el periodo de alza en el precio de compra. Además, a lo anterior se suma que la correlación existente entre ambas series disminuye durante el periodo de bajas en relación al de alzas. Durante mayo de 2006 a mayo de 2008 las series de precio de compra y venta de leche líquida se correlacionaban altamente (99%), por el contrario, en el periodo de baja de precios, esta correlación cayó a un 79%.

470. Es importante destacar que el periodo de baja en el precio de compra y el inicio del incremento en el margen, coinciden con un descenso en los precios internacionales de los *commodities*, efecto de la crisis económica mundial del año 2008, precios que se ven reflejados en la disminución experimentada por el precio internacional de la leche en polvo. Según lo expuesto en esta sección, es posible concluir que esta caída en los precios fue traspasada a los productores de leche cruda y, conforme se ha enunciado, esto no fue traspasado de la misma forma al precio de venta de la leche líquida. Con ello, Soprole logró una diferencia entre los precios de compra y de venta que no

tiene comparación con ningún otro período de los últimos seis años, y que mantuvo al menos durante un año, esto es, hasta fines de 2009, cuando los precios de los *commodities* recuperaron su crecimiento.

Gráfico N° 16: Diferencia porcentual entre el precio de compra de la leche cruda y el precio de venta de la leche líquida para Soprole.



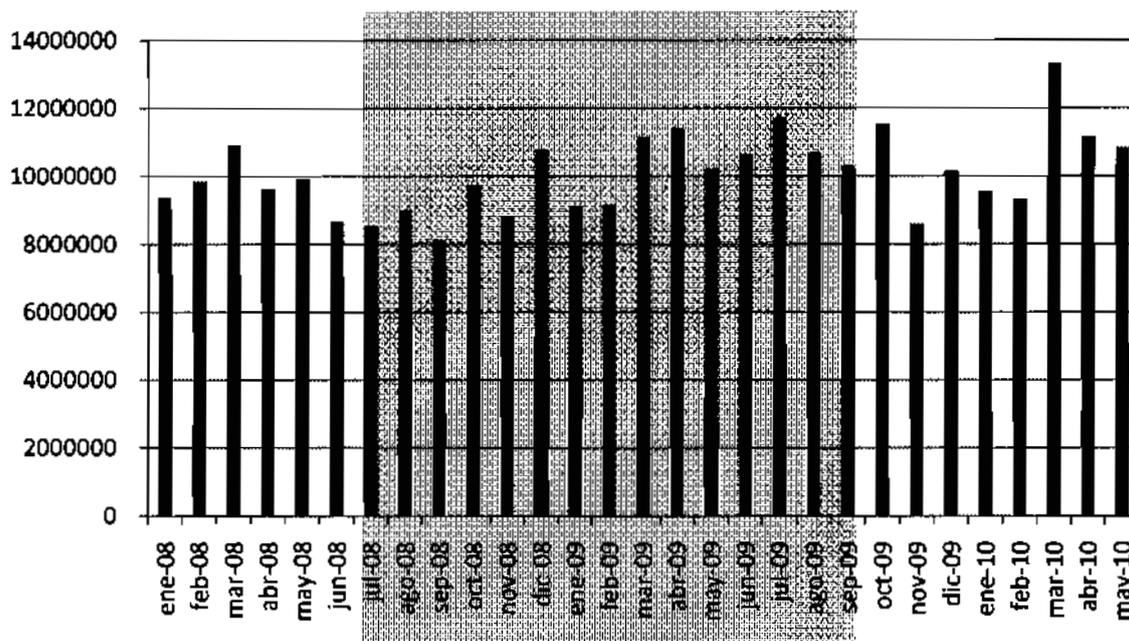
Fuente: Datos proporcionados por Soprole.

471. En resumen, cuando la FNE incorpora al análisis el precio de venta de la leche líquida, se encuentra un tratamiento asimétrico, esto es, los cambios de precios de compra son transmitidos más que proporcionalmente hacia las alzas de precios de venta en comparación a las bajas. Así, durante el periodo comprendido entre julio 2008 y septiembre de 2009, mientras el precio de compra de la leche cruda y el precio del diesel caían en torno a un 30% su valor, el precio de venta de la leche líquida por parte de Soprole cayó en tan sólo un 11%, es decir, el precio de venta registró una variación de un tercio respecto de la variación de los principales insumos.

472. Todo lo expuesto anteriormente da cuenta de una doble marginalización por parte de Soprole, tanto en el mercado de compra como en la venta mayorista de la leche líquida, lo que llevaría a presumir que dicha procesadora láctea exhibe una posición de dominio. A mayor abundamiento, en el Anexo N° 3 se realizan análisis estadísticos complementarios que dan cuenta de que el traspaso ha sido asimétrico.
473. Lo anterior no sólo es relevante por cuanto demuestra que la empresa líder de la industria, una de las Consultantes en esta operación de concentración, exhibe un significativo poder de mercado y, en ocasiones, lo ejerce, sino porque echa por tierra uno de los principales argumentos de las Consultantes para sostener que la operación no genera riesgos a la competencia, esto es, que los supermercados exhiben tal poder de negociación que podrían *"contrarrestar hipotéticos ejercicios de poder de mercado por parte del JV"*²⁸⁸.
474. Al efecto, el siguiente Gráfico evidencia que la demanda de los Supermercados por leche líquida de Soprole no disminuyó durante el período al que hacemos referencia, mostrando, por el contrario, cierta tendencia al alza. De lo anterior se colige que los Supermercados no intentaron disciplinar el poder de venta ejercido por Soprole, aún cuando debieron estar perfectamente informados de la baja en el valor del precio internacional de la leche.

²⁸⁸ Consulta de Nestlé, p. 138.

**Gráfico N° 17: Venta de Leche Líquida por Soprole a Supermercados
Enero de 2008 a mayo de 2010, kilogramos**



Fuente: Construcción propia a partir de datos entregados por Soprole

475. De acuerdo con lo expuesto, mal podemos pensar que en el futuro los Supermercados contrarrestarán el poder de venta de Soprole, reforzado tras la unión con Nestlé a través del JV. A este respecto resulta concluyente lo señalado por el gerente general de una cadena de supermercados [31], quien consultado respecto del eventual contrapeso que su empresa ejerce ante el incremento de precios de sus proveedores, relativizó dicho rol declarando al efecto: *"al final nosotros somos intermediarios, entonces al final quien paga la cuenta es el consumidor"*.

5.1.3. Riesgo Coordinado en el mercado relevante de las cremas, manjar, yogur batido y diet.

476. En el mercado de la crema de leche y el manjar, a diferencia de aquellos mercados referidos previamente, las operaciones de producción y comercialización no se centrarán únicamente en el JV. De hecho, según vimos en su oportunidad, Nestlé se reservará la producción y

comercialización de dichos productos en otros formatos de comercialización, esto es, la crema en tarro y del manjar en tarro.

477. Con todo, como vimos en la primera parte de esta presentación, tanto el sentido común como la teoría de juegos nos indican que, independiente de las medidas de mitigación corporativas que se introduzcan, tanto el JV como Nestlé carecerán de incentivos para competir agresivamente entre sí, resultando mucho más racional una estrategia paralela –consciente o inconsciente- de seguimiento de los precios determinados por aquel que actúe como líder.
478. Analizadas entonces ambas entidades como una sola, tenemos que juntas obtienen como consecuencia de la operación de concentración un 66% y 56% de participación en los mercados de las cremas y el manjar, respectivamente, generando índices de concentración excesivamente elevados (4636 y 4167 puntos HHI, respectivamente).
479. Debe señalarse que los otros productos respecto de los cuales se han observado riesgos de coordinación, son el yogur batido y el yogur *diet*, mercados que tras la operación consultada exhibirán una concentración de entre 3446 (yogur batido, supermercados) y 8084 (yogur *diet* en el canal tradicional)
480. Pues bien, consolidado el liderazgo del JV en los mercados relevantes del manjar, la crema y el yogur batido, su nueva administración deberá optar, a mediano plazo, entre dos alternativas: a) incrementar su posición de mercado, mediante el seguimiento de una política agresiva de precios o; b) rentabilizar la operación de concentración (por la cual Nestlé desembolsará una cantidad muy significativa, el Pago de Ecuilización) mediante la consolidación de sus márgenes. Habida consideración de que actualmente la empresa ya ostenta altísimas participaciones en los mercados del manjar, las cremas, yogur batido y yogur *diet*, respectivamente, pareciera ser que la segunda alternativa resultaría más probable que la primera.

481. Debe tenerse presente que dicha posibilidad no constituiría un riesgo de abuso unilateral, por cuanto los restantes competidores exhibirían la capacidad instalada necesaria para aumentar su producción y revertir un eventual incremento de precios (esto, por cuanto se trata de productos relativamente homogéneos). Ahora bien, el hecho de que el resto de los competidores, y principalmente Colún, exhiban la habilidad de restringir eventuales comportamientos perjudiciales de los consumidores de parte de la empresa líder del mercado, no significa que tengan el incentivo para hacerlo.
482. Por consiguiente, la conducta maximizadora de beneficios para Colún y los demás competidores del JV, muy posiblemente será otra: seguir el alza de precios que inicie el JV, obteniendo mayores márgenes por unidad de producto vendido, debido a sus menores costos.
483. El riesgo anotado es referido en la doctrina comparada como riesgo de coordinación, el que no debe confundirse con el riesgo de colusión. En efecto, el riesgo de coordinación dice relación, principalmente, con la denominada “coordinación tácita”, también conocida como “paralelismo consciente”. Esto es, que para una empresa resulte racional, dado la estructura y características del mercado, igualar la estrategia de precios de sus competidores, en vez de presionar estos últimos a la baja.
484. Por lo demás, existen una serie de atributos de los mercados del manjar, las cremas y el yogur batido que refuerzan la existencia de riesgos coordinados, tales como el reducido número de competidores y la frecuente interacción entre los mismos (los productos lácteos las procesadoras compiten repetidamente), la homogeneidad y bajo nivel de innovación de dichos productos, existencia de una demanda relativamente constante y de contactos multimercados entre las empresas (lo que torna ilusorio que decidan competir por precios en mercados pequeños como el manjar o la

crema, arriesgando represalias de la entidad dominante en otros mercados más significativos)²⁸⁹.

5.2. Riesgos Indirectos a Consumidores: Ejecución de Conductas estratégicas respecto de competidores establecidos

485. Conforme lo que se ha expuesto en los párrafos precedentes, se tiene que la operación consultada generará, en lo inmediato, un actor dominante en la industria láctea, y que como consecuencia de lo mismo resulta probable que ocurran alzas en los precios de los distintos mercados del yogur, la leche, los postres refrigerados, el *petit suisse*, el manjar y las cremas. Lo anterior, ya sea debido a la ausencia de competidores relevantes, o bien, porque aquéllos carecerán de incentivos suficientes para intentar disciplinar a una empresa de mucho mayor fortaleza económica, con la que tienen contactos multi-mercados, sobre todo, considerando que dichas alzas también vendrán a engrosar sus propios márgenes de comercialización.
486. Pero los riesgos no terminan ahí, puesto que la operación de concentración deja en muy buen pie al JV para profundizar su grado de dominancia de la industria, mediante conductas estratégicas destinadas a incrementar artificialmente los costos de sus competidores, cerrando la puerta a cualquier atisbo de posibilidad de que éstos puedan intentar disciplinar su comportamiento. Las herramientas con que cuenta el JV para lograr ese propósito son las que a continuación se exponen:

5.2.1. Exclusión al acceso de insumos y de logística de distribución

487. Sin perjuicio del carácter nacional del mercado relevante de compra de leche cruda, conforme lo expuesto en el capítulo III, sección A.3 de esta

²⁸⁹ Ivaldi, Marc, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright and Jean Tirole (2003a), The Economics of Tacit Collusion, Brussels: DG Competition, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf

presentación, Nestlé, Prolesur y el JV cuentan con las espaldas financieras necesarias para otorgar créditos o pagar bonos que disuadan a sus productores lecheros de abastecer a determinados competidores, o incluso, para captar los proveedores de estos últimos.

488. Adicionalmente, es menester señalar que para el procesamiento de la leche y la elaboración de los distintos productos lácteos, se requiere de una enorme variedad de insumos distintos de la leche. Al efecto, dentro de los insumos más importantes se destacan las bolsas, botellas, cajas, colorantes, envases, films, pegamentos y saborizantes.
489. En su presentación ante este H. Tribunal²⁹⁰, Danone señaló que existen riesgos de conductas exclusorias en suministros de insumos distintos de la leche. En dicho sentido, señaló que *"la concentración en la demanda de insumos que genera la alianza Soprole/Nestlé/JV excede el mercado de la leche cruda y se extiende a otros proveedores de materias primas tales como envases, etiquetas y otros servicios"*.
490. Esta Fiscalía coincide con Danone en cuanto a que la operación podría revestir al JV de un poder de negociación tal respecto de ciertos proveedores de insumos, que lo dejaría en condiciones no sólo de obtener mejores precios de aquéllos –los que posiblemente podrían ser resarcidos por los proveedores de insumos cobrando más a los competidores del JV (*waterbed effect*)-, sino que, además, de realizar ciertas exigencias a los proveedores que podrían afectar el acceso de sus competidores a dichos insumos (contratos de exclusividad, compromisos de disponibilidad inmediata que impliquen la necesidad de mantención de capacidad ociosa, cláusulas de nación más favorecida, que obligue a sus proveedores igualarles el mejor precio ofrecido a sus competidores, etc.)
491. Al respecto debe hacerse presente que el compromiso presentado por las Consultantes para inhibirse de celebrar contratos de exclusividad, ventas

²⁹⁰ A fojas 3598 con fecha 20 de enero de 2011, sección 7.2.8.

atadas y negociaciones conjuntas, no cubre los riesgos de exclusión referidos, pues dichas medidas están establecidas exclusivamente a las relaciones que se tengan con los canales de distribución (mayoristas, canal tradicional y supermercados) y no con las fuentes de aprovisionamiento.

492. Con todo, incluso de ofrecerse la extensión de las medidas referidas a las relaciones de aprovisionamiento, las mismas resultarían muy difíciles de fiscalizar, toda vez que dichas relaciones se dan en un marco privado en el cual resulta particularmente difícil inmiscuirse. Refleja lo anterior la situación expuesta entre Savory (filial de Nestlé), Keylogistics y Helados Loncomilla, y como a pesar de la eliminación de la cláusula de exclusividad que lo vinculaba a Savory, Keylogistics se arrepintió de su decisión inicial de ofrecer sus servicios de logística a Loncomilla, situación que podría dar luces acerca de la existencia de una obligación de exclusividad de facto.

493. Sin perjuicio de lo señalado, hacemos presente que esta Fiscalía no alcanzó a profundizar en este riesgo, ni a conocer en detalle la forma en que operan los distintos mercados de insumos ni las características propias de cada uno, como para determinar con cierta exactitud la probabilidad de ocurrencia de las prácticas referidas al interior de cada uno de ellos.

5.2.2. Exclusión del Canal Tradicional y del Canal Supermercados

494. Aún de mayor relevancia que el riesgo indicado en el acápite anterior, lo constituye el hecho de que el JV conformado con motivo de la operación de concentración, tendría la habilidad para reducir la presencia de sus competidores en los puntos de venta.

495. En efecto, según se expuso en el capítulo sobre concentración y umbrales, las líneas de productos que operará el JV tienen una participación en el Canal Tradicional de tal entidad, que la presencia de competidores es prácticamente inexistente.

496. Con todo, la teoría económica indica que en caso de que el JV pudiese abusar unilateralmente de su poder monopólico en el Canal Tradicional, éste podría abrirse a nuevos proveedores. Lo anterior parece muy poco probable, atendido la cantidad de conductas estratégicas –muchas de ellas muy difíciles de acreditar- que puede llevar a cabo el JV (sobre todo considerando que de cara al Canal Tradicional, aquel parecerá integrar una misma entidad que Nestlé, dueña de productos tan relevantes como el café marca “Nescafé”).
497. Las conductas referidas pueden consistir, entre otras, en el establecimiento contractual o *de facto*²⁹¹ de exclusividades, descuentos retroactivos individuales por cumplimiento de metas de compra, ventas atadas y empaquetamiento de productos.
498. En lo que a los Supermercados respecta, el poder del JV se vería supuestamente atenuado con el poder de negociación de las tres principales cadenas de Supermercados (afirmación que cuestionamos previamente con evidencia empírica), y con el hecho de que las negociaciones no se generan por industria sino que por líneas de productos (medida por la que los Supermercados fragmentan, al menos en teoría, el poder de negociación de sus proveedores).
499. Con todo, resulta un hecho público y notorio que gran parte de los ingresos de los Supermercados están dados por el cobro inicial (*upfront*) por distintos conceptos tales como *rappel*, de manera tal que la decisión definitiva respecto de quien permanece exhibido en la góndola está supeditada no sólo a criterios de rentabilidad, sino que al nivel de capitalización del proveedor.
500. Lo anterior, se suma a la penetración de marcas propias de los Supermercados (que paulatinamente van quitando espacio a las marcas de proveedores residuales que constituyen el denominado fondo de surtido), a la existencia de capitanes de categoría (proveedores líderes de un mercado,

²⁹¹ Mal que mal, si el vendedor percibe su salario en un sistema de comisiones difícilmente tolerará la presencia de otros productos.

que asesoran a los Supermercados respecto de la forma más eficiente de repartir la góndola de la misma) y a la proliferación de marcas de las empresas líderes, como factores que han ido disminuyendo la variedad de proveedores de cada rubro dentro de las grandes cadenas de Supermercados.

501. Asimismo, los cobros realizados por los Supermercados a proveedores no implican un juego de suma cero. Así, por ejemplo [32] o el establecimiento de premios por cumplimiento de metas de compras de Cencosud y SMU, implican necesariamente un crecimiento a costa de los competidores.
502. En ese sentido, de materializarse la operación, parece no haber dudas respecto del actor de la industria láctea que siempre estará en condiciones de pagar más a los supermercados a cambio de este tipo de descuentos, estrategia que en el mediano-largo plazo ciertamente afectará las escalas de negocio de competidores hoy activos como Colún, Danone o Quillayes.
503. Lo anteriormente expuesto demuestra con claridad la distorsión competitiva que implica la aceptación de la creación de posiciones dominantes. En efecto, un actor con las espaldas financieras y poder de negociación como el que tendría el JV bien podría pasar a prevalecer sobre sus competidores, aún cuando sus productos no sean mejores, más innovadores o más baratos que los de aquéllos, por la vía de estar dispuesto a pagar más, en términos absolutos, por acceder a los puntos de venta.

6. Contrapesos a los riesgos

6.1. Eficiencias

504. Las eventuales eficiencias que puedan emanar como consecuencia de una operación de concentración representan un contrapeso a los riesgos aparejados a la misma.

505. En este contexto, de acuerdo con la Guía, la FNE *"contrapondrá a los riesgos de la concentración las eficiencias que ésta genere, siempre y cuando pueda verificarse la probabilidad de realización y magnitud de esas eficiencias, las mismas presumiblemente conlleven incentivos competitivos para la empresa concentrada y no puedan alcanzarse mediante otras operaciones viables"*.
506. Es menester señalar que las eficiencias pueden ser de dos tipos: a) Eficiencias productivas, referidas a la reducción de costos y; b) Eficiencias dinámicas, relacionada al desarrollo de nuevos o mejores productos.
507. Las eficiencias productivas, por una parte, están dadas principalmente por la obtención de economías de escala, economías de ámbito y sinergias. Dichas eficiencias juegan esencialmente un rol como contrapeso de riesgos unilaterales. Así, un agente económico que como consecuencia de una operación de concentración adquiere la habilidad para incrementar sus niveles de precios puede carecer de incentivos para ello, como consecuencia de una reducción significativa en su curva de costos.
508. Adicionalmente, las eficiencias productivas pueden servir para atenuar los riesgos de coordinación, toda vez que si resulta esperable que la entidad resultante de la operación de concentración exhiba una curva de costos inferior a la de sus competidores, debiese esperarse que la misma utilizara dichas eficiencias para expandir su participación de mercado, en vez de coordinar su conducta con la de sus rivales.
509. Las eficiencias dinámicas, por otra parte, constituyen sinergias que permiten a las empresas mejorar su desempeño de manera continua, en términos de calidad, servicio o variedad²⁹². Según este H. Tribunal puede apreciar, estas eficiencias no operan como una mitigación directa de los riesgos creados, sino más bien como un contrapeso indirecto. En consecuencia, una operación de concentración puede dañar a los consumidores por la vía de

²⁹² OECD. (2008). *Policy Roundtables: Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*. <http://www.oecd.org/competition>, p. 18.

precios más altos, y a la vez favorecerlos por la vía de crear una estructura empresarial redundante en nuevos y mejores productos.

510. De acuerdo con este H. Tribunal, para que las eficiencias argüidas por las partes que pretenden la aprobación de una operación de concentración sean consideradas un contrapeso eficaz deben, como mínimo, *“(i) haber sido debidamente demostradas por los interesados en la materialización de la operación; (ii) ser eficiencias inherentes a la operación de concentración consultada; y (iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado”*²⁹³.

511. La Guía, por su parte, establece que la FNE contrapondrá a los riesgos de la concentración las eficiencias que ésta genere, siempre y cuando pueda verificarse la probabilidad de realización y magnitud de esas eficiencias, las mismas presumiblemente conlleven incentivos competitivos para la empresa concentrada y no puedan alcanzarse mediante otras operaciones viables²⁹⁴. En este sentido, es preciso indicar que la visión de esta Fiscalía es concordante con las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales de la Comisión Europea, que declara que las eficiencias esgrimidas por las partes deberán, acumulativamente, *“beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables”*²⁹⁵.

6.1.1. Eficiencias productivas esgrimidas por las Consultantes

512. Conforme exponen las Consultantes, la operación de concentración producirá sinergias operativas por un valor de de \$ **[33]** millones anuales, cifra representativa de un **[34]** % de sus actuales ingresos por venta. La estimación anterior es avalada por la *“Evaluación de las sinergias*

²⁹³ Resolución N° 24/2008, de 31 de enero de 2008. p. 239.

²⁹⁴ Guía interna de Operaciones de Concentración, pág. 22.

²⁹⁵ Párrafo 78.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF>

presentadas en el plan de sinergias del joint venture propuesto entre Soprole y Nestlé en Chile", informe elaborado por Sergio Maturana V. y Mauricio Varas V. de Ingeniería DICTUC, con fecha 26 de noviembre de 2006 (el "**Informe de Dictuc**"), acompañado a este H. Tribunal por Soprole.

513. Con todo, Soprole y Nestlé refieren dicho cálculo como conservador, por cuanto no valoriza economías de escala y otras eficiencias esperables, cuya cuantificación resultaría imposible en esta etapa del procedimiento. Al respecto, hacemos presente que atendido que dichas eficiencias no han sido acreditadas ni su magnitud estimada, esto es, no cumplen con el requisito de ser verificables, resulta imposible a esta Fiscalía considerar las mismas como un contrapeso a los riesgos enunciados. Por lo mismo, el análisis se centrará en las sinergias operativas descritas en el informe de Dictuc.
514. Según puede apreciarse en el Cuadro N° 51, fundamentalmente, las sinergias referidas provendrían de la eliminación de duplicaciones en materia de inversión en marketing corporativo, líneas productivas, flotas de distribución y, principalmente, personal de las áreas comerciales, de manufactura, logística y *back office*.

Cuadro N° 51: Eficiencias sugeridas por las Consultantes

[•]

Se acompaña en Anexo Confidencial II [12]

515. Efectuado el análisis de las eficiencias antes referida es posible concluir, en primer lugar, que la mayoría de las mismas resultan razonablemente verificables, con excepción de algunas de ellas [35], respecto de las cuales el Informe de Dictuc no señala con precisión la manera en que serían obtenidas, de manera tal que no resulta posible analizar su posibilidad de ocurrencia.

516. Adicionalmente, esta Fiscalía coincide con las Consultantes en cuanto a que las sinergias descritas (a excepción de aquellas que no resultan verificables) resultan inherentes a la operación consultada, y que difícilmente pueden ser alcanzadas por vías alternativas razonables.
517. Finalmente, a objeto de resolver la interrogante acerca de si las eficiencias propuestas resultan traspasables a los consumidores y, en consecuencia, si representan un contrapeso a los riesgos referidos en el capítulo anterior, resulta necesario distinguir respecto de si las eficiencias productivas referidas se vinculan a reducciones de costos fijos o de costos variables, toda vez que estos últimos resultan mucho más susceptibles de ser traspasados a los consumidores.
518. En efecto, de acuerdo con la Directriz de la Comisión Europea *"las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores"*²⁹⁶.

Cuadro N° 52: Clasificación de las eficiencias sugeridas por las Consultantes

[•]

Se acompaña en el Anexo Confidencial II [13]

519. En síntesis, a juicio de esta Fiscalía, de todas las eficiencias planteadas por las partes, sólo aquellas referidas a [36] en el área comercial, de manufactura y logística pudieron ser consideradas verificables, inherentes a la operación y traspasables a los consumidores.

²⁹⁶<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF>.
Párrafo 80.

520. Lo anterior significa que, del total de ahorros esgrimidos por las Consultantes, a lo sumo [37] podrían ser en efecto traspasados a consumidores.
521. En este contexto, no debemos olvidar que el JV implica, en los hechos, la creación de una nueva empresa, que tendría una estructura directiva, administrativa y de gestión independiente de Soprole y Nestlé, cargos directivos hasta ahora inexistentes y cuya instauración debiese consumir una parte no despreciable de los ahorros referidos.
522. Finalmente, más allá de la cuantía real de los ahorros productivos generados por la operación consultada, hacemos presente que el porcentaje de los mismos que en definitiva resulte transferido a consumidores, dependerá de la elasticidad de la demanda de estos últimos por determinados productos y de la concentración del mercado relevante a que éstos pertenecen. En efecto, niveles de concentración como los que se observarían *post* operación de concentración, implican la ausencia de presión competitiva por parte de los competidores y, por lo mismo, menores incentivos para traspasar dichas eficiencias a consumidores.

6.1.2. Eficiencias dinámicas esgrimidas por las Consultantes

523. De acuerdo con las Consultantes, la operación consultada “*es fruto de la naturaleza complementaria de Nestlé y Fonterra a nivel mundial y las oportunidades que brinda el mercado nacional a estas dos empresas*”²⁹⁷. Dicha complementariedad generaría, según aducen las Consultantes, eficiencias dinámicas de cara a productores lecheros y consumidores de productos lácteos.
524. Respecto de los primeros, se sostiene que el JV “*estará en condiciones de generar y apoyar programas destinados a mejorar rendimientos y retornos*

²⁹⁷ Consulta Soprole, pág. 33

*sobre los planteles lecheros, así como al mejoramiento de condiciones sanitarias y calidad de la leche recepcionada*²⁹⁸.

525. A este respecto, esta Fiscalía estima que el eventual mejoramiento de las condiciones de la industria productora no resulta verificable y, más importante aún, no puede considerarse como inherente a la operación de concentración, toda vez que resulta susceptible de ser alcanzado por cada una de las partes separadamente. Por lo mismo, esta Fiscalía no considerará las mismas como un contrapeso a los riesgos detectados en el mercado de la compra de leche cruda.
526. En relación con los consumidores, las Consultantes argumentan la existencia de complementariedades entre Soprole y Nestlé permitiría que el JV expandir la oferta de productos de mayor valor agregado, principalmente funcionales, en nichos de mercado que hoy no son atendidos con todo su potencial.
527. Al respecto, esta Fiscalía es de opinión que a diferencia de lo que ocurre a nivel mundial donde Fonterra y Nestlé son empresas complementarias, en nuestro país ambas empresas compiten directamente por el consumidor final, como lo demuestra el hecho de que la operación consultada haya sido tratada como una operación de concentración horizontal y no de conglomerado.
528. Sin perjuicio de lo expuesto, no puede desconocerse que Nestlé es una empresa líder mundial en materia de investigación y desarrollo alimentario, mientras que Soprole, aún liderando la innovación en productos lácteos en Chile, carece de acceso a redes internacionales. Fundados en esta situación es que las Consultantes argumentan que la celebración del JV otorgará a Nestlé la masa crítica de consumidores necesarios para rentabilizar el ingreso al país de aquellos desarrollos innovadores realizados por sus filiales internacionales.

²⁹⁸ Consulta Soprole, pág. 199.

529. Al respecto, el informe de Andrés Ibáñez T. y Hernán Palacios C.²⁹⁹, indica que *“el JV, al ser sus dos accionistas empresas multinacionales (...) con recursos dedicados a nivel mundial a la investigación de nuevos productos y empaques, y al desarrollo de nuevas versiones o extensiones de línea, tendrá mayor capacidad de innovación de las que tendrían por separado. El acceso compartido a Centros de Investigación y Centros de Tecnología de Productos en distintas partes del mundo, puede potencia la innovación y con ello el desarrollo de la categoría de lácteos en nuestro país”*³⁰⁰.
530. Sin embargo, esta Fiscalía coincide con Danone en su presentación a este H. Tribunal ya singularizada, en cuanto a que *“una vez generada la innovación ésta se transforma en un costo hundido y, por lo tanto, el costo marginal asociado a su difusión es cercano a cero”*, de manera tal que *“Nestlé tendrá, en el mejor de los casos, los mismos incentivos a la transferencia de innovación hacia sus filiales que ha tenido hasta ahora”*³⁰¹.
531. Por lo mismo, la única eficiencia dinámica real que se vislumbra es la posibilidad de que, con cargo a los ahorros en costos fijos que en definitiva se acrediten por las Consultantes, se importen máquinas para producir nuevos productos con valor agregado, cuya adquisición hasta el momento no se justifique atendida la demanda individual que enfrentan Soprole y Nestlé³⁰².
532. Ahora bien, y sin perjuicio de que eventualmente podría acreditarse la eficiencia dinámica esgrimida (mediante compromisos específicos y la demostración de que dichas inversiones no son rentables en el marco de la demanda que enfrentan las Consultantes por separado), lo cierto es que esta

²⁹⁹ “Análisis de impactos comerciales de un eventual *Joint Venture* entre Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A.”, noviembre de 2010, presentado por Soprole a este H. Tribunal.

³⁰⁰ Citado en escrito Danone. Nota al pie 58.

³⁰¹ Presentación de Danone, pág. 26.

³⁰² Con todo, el análisis acerca de si ese tipo de inversiones se hubiese realizado o no en ausencia de la operación de concentración, esencial para dar la misma por acreditada, resulta sumamente difícil para la autoridad de competencia, atendida la asimetría de información existente entre ésta y las partes.

Fiscalía no mira con buenos ojos aquellas eficiencias que para su obtención requieren de la consolidación de altísimas participaciones de mercado.

533. Así, las eficiencias dinámicas propuestas por Soprole y Nestlé reviven un viejo debate respecto de cómo la concentración del mercado afecta la investigación y el desarrollo. Así, mientras Schumpeter (1942) esbozó la hipótesis de que las empresas con poder de mercado están mayormente dispuestas a incurrir en inversiones en innovación y desarrollo, Arrow (1962) rebatió lo anterior señalando que las empresas dominantes tienen menos incentivos para innovar que las empresas competitivas³⁰³.
534. Puesta en la disyuntiva anterior esta Fiscalía es del parecer que el vigor de la competencia es un mejor acicate para la innovación que la generación de economías de escala y ámbito en empresas que como el JV, bien pueden ser calificadas como supra-dominantes en ciertas líneas de productos. Lo anterior, es consistente con una institucionalidad que apuesta directamente por la competencia como la mejor forma de obtener más y mejores productos, a menores precios.
535. Por lo mismo, independiente de que la operación en análisis otorgue a las Consultantes la masa crítica de consumidores necesaria para realizar una serie de actos de innovación, esta Fiscalía es del parecer que la preservación de la actual estructura competitiva, garantiza de mejor manera a los consumidores una permanente mejora en la oferta de productos lácteos, y en los precios asociados a los mismos.
536. Por lo demás, actualmente el líder de la industria, Soprole, compite en innovación con una multinacional como Nestlé, lanzando distintos productos al mercado. En este sentido, la supresión de dos actores relevantes en la industria de productos lácteos (Nestlé y Soprole) y su reemplazo por uno sólo (JV) implicará la eliminación de una fuente de innovación.

³⁰³ Competition Policy and Innovation. *International Handbook on industrial policy*, pág. 128.

537. Adicionalmente, no cabe la menor duda que el JV retirará del mercado marcas que considere redundantes, de manera tal que en un escenario *post* operación de concentración, es más probable que disminuya a que aumente la variedad de la oferta con que hoy en día cuentan los consumidores, independiente del compromiso del lanzamiento de nuevos productos que analizaremos en el próximo capítulo.
538. Por otra parte, actores como Danone se han mostrado bastante innovadores en la estructura competitiva actual, situación que no puede garantizarse se mantenga en el evento de que dicha empresa enfrente un JV con espaldas necesarias para realizar una serie de conductas estratégicas exclusorias ya descritas, privándolo así de acceso a una masa suficiente de consumidores que justifique su inversión en innovación.

6.1.3. Eficiencias dinámicas concretas propuestas por las Consultantes

539. Mediante presentación de fecha 2 de marzo a este H. Tribunal, Soprole y Nestlé informaron de su intención de formular compromisos concretos de lanzamientos de nuevos productos, orientados al Canal Tradicional, destinados a ampliar el consumo de alimentos lácteos en el país. En concreto, se trataría de nuevos productos [38] a un precio inferior al de su producto análogo actual más económico, compromiso que se mantendría por un período de tres años.
540. En principio, y en términos teóricos, la Fiscalía estima que el compromiso de lanzar nuevos productos, en un formato económico, implica una forma efectiva de traducir los ahorros de costos fijos en eficiencias dinámicas destinadas a expandir el consumo de productos lácteos.
541. Con todo, el compromiso asumido por las Consultantes no parece relevante a esta Fiscalía, en la medida que implica una reducción de precios fundada únicamente en la disminución del tamaño de los productos ofrecidos. Así, por

ejemplo, se ofrece un yogur batido de ciertas características a cierto precio [39], en comparación a los \$130 que cuesta hoy en el canal tradicional un yogur batido de 125 gramos. Peor aún, la medida resalta la discriminación existente entre en Canal Tradicional y el Canal Supermercado. En este sentido, mientras se presenta como una eficiencia dinámica el lanzamiento de un yogur en el Canal Tradicional de las características que constan en el anexo confidencial, hoy en día resulta posible adquirir un yogur batido Nestlé de 125 gramos a prácticamente el mismo precio [40] en el Canal Supermercados (específicamente en Walmart, según información disponible en (<http://www.lider.cl/wps/wcm/connect/liderhome/Lider>)).

542. Adicionalmente, no parece a esta Fiscalía que la única alternativa existente para que dichos productos salgan al mercado sea la constitución del JV, pareciendo razonablemente posible que Soprole y Nestlé puedan emprender individualmente estas iniciativas.

543. Finalmente, utilizando palabras de la Directriz de la Comisión Europea de Competencia sobre remedios asociados a fusiones (en adelante la “**Guía de Remedios**”), la utilización de precios máximos de venta –a los que las partes se comprometen por un lapso de tres años- suele ser oneroso de operar y monitorear, puede producir distorsiones significativas en el mercado y, en definitiva, no trata las causas de la reducción sustancial de la competencia³⁰⁴.

6.2. Medidas de mitigación

544. De acuerdo con lo expuesto en este informe, esta Fiscalía es del parecer que la operación consultada implica diversos riesgos de cara a proveedores, competidores y consumidores.

³⁰⁴ Traducción libre de “The latter measures tend to be onerous to operate and monitor, may create significant market distortions and do not address the causes of an SLC”. Guía de Remedios. Párrafo 2.17.

545. Ahora bien, conforme se ha señalado en secciones anteriores de esta presentación, con fecha 2 de marzo de 2011, las Consultantes realizaron una presentación a este H. Tribunal, ofreciendo una serie de medidas adicionales de mitigación a los riesgos, comprendiendo dentro de las mismas una medida orientada a eliminar el riesgo de abuso unilateral de cara a consumidores, que se sumó a los compromisos previos en la materia indicados en sus Consultas, en orden a no celebrar contratos de exclusividad, ventas atadas ni negociación conjunta.
546. Dicha medida se refiere a un mecanismo de estabilización de precios, aplicable por un período de 3 años, para ciertos productos preexistentes³⁰⁵, comprendidos dentro de los mercados relevantes más afectados por la operación de concentración. En este contexto, el compromiso de las Consultantes, consiste en que respecto de los productos indicados, que sean comercializados por el JV con posterioridad a materializada la operación de concentración, el JV no efectuará alzas de precios por sobre el índice de precios al consumidor relativo a los alimentos (IPC Alimentos), como tampoco disminuciones de calidad o de tamaño de envase, durante un período antes señalado, contado desde la concreción de la operación consultada.
547. A este respecto, es preciso señalar que la mayoría de los remedios de mitigación de los riesgos unilaterales propuestos por las Consultantes pertenecen a la categoría de remedios de comportamiento, en contraposición a los denominados remedios estructurales, que involucran la enajenación de una parte del negocio de las empresas fusionadas, y que son preferidos por la regulación extranjera como forma de eliminar los riesgos asociados a las operaciones de concentración³⁰⁶.

³⁰⁵ Estos son: (a) algunos productos actualmente incluidos dentro Del segmento de postres refrigerados, incluyendo aquellos denominados tradicionales (jaleas, flanes, sémolas y leche asada) indulgentes o de postres especiales, petit suisse y algunas categorías de yogures (yogur con cereal y *shots* segmento protección). En Presentación de las Consultantes a este H. Tribunal con fecha 2 de marzo de 2011, sección 64.

³⁰⁶ http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.htm#remedies.

Párrafo 17.

548. En general, la doctrina administrativa comparada se muestra contraria a los remedios de comportamiento como única medida de revertir los riesgos detectados por una serie de razones. La primera de ellas dice relación con los costos y riesgos de diseño, monitoreo y fiscalización asociados a ese tipo de compromisos³⁰⁷.
549. Lo anterior puede ser producto de un sin número de causas, tales como el volumen y complejidad de la información a revisar, limitaciones en cuanto a los fondos destinados a dicha fiscalización, asimetría entre la información disponible a la empresa fiscalizada y la agencia, y los tiempos desfasados de las fiscalizaciones en relación a la rapidez de los cambios en el mercado³⁰⁸.
550. Adicionalmente, los potenciales denunciantes de la infracción de estos compromisos –competidores y clientes- pueden encontrarse inhibidos de cumplir con este rol, entre otras razones, por falta de recursos para monitorear o de información verificable, falta de entendimiento respecto a las medidas impuestas, y miedo hacia represalias u otros desincentivos³⁰⁹.
551. Es preciso mencionar que otra razón por la que no se acepta comparadamente la utilización exclusiva de medidas de comportamiento dice relación con que las mismas están orientadas, por naturaleza, a restringir los efectos adversos esperados de la operación de concentración, y no a reparar la pérdida significativa de competencia, atacando la fuente de dichos problemas³¹⁰.
552. Así, por ejemplo, la doctrina comparada se ha mostrado renuente a aceptar medidas de comportamiento que impliquen un compromiso de no subir

³⁰⁷ Ver todas las guías antes mencionadas.

³⁰⁸ Ver "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008". Disponible en: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf

³⁰⁹ Ver "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008". Disponible en: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf

³¹⁰ Traducción libre de "As such, these remedies seek to restrict the adverse effects expected from a merger rather than addressing the source of the SLC." Ver "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008" en página 31. Disponible en: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf

precios por un período de tiempo, como aquella propuesta por las Consultantes.

553. Lo anterior, por cuanto estos remedios conllevan las siguientes dificultades: i) definir correctamente el nivel de los precios (ya que los precios pueden ser volátiles, los productos son más bien diferenciados que homogéneos, los precios suelen ser individualmente negociados, los acuerdos de suministro suelen estar constantemente sujetos a cambio); ii) estos remedios pueden generar distorsiones en el mercado que reduzcan la efectividad o los costos asociados al remedio. Por ejemplo imponer un techo sobre el precio puede desincentivar la entrada de nuevos competidores y una obligación de ofrecer una determinada cantidad puede desincentivar la innovación; iii) resulta más fácil que las partes evadan el remedio incurriendo en otra conducta (reducción de capacidad baja en innovación³¹¹, etc.), y finalmente; iv) monitorearlos resulta costoso, ineficiente e intrusivo de fiscalizar³¹².

554. De acuerdo con lo expuesto, los denominado remedios de comportamiento suelen ser utilizados únicamente a fin de garantizar la viabilidad de los remedios estructurales aceptados, es decir para asegurar la competitividad del negocio cedido (por ejemplo evitar exclusividades de suministro u otras barreras que puedan ser erigidas por la entidad fusionada), recomendándose

³¹¹ Por ejemplo y tal como lo señala expresamente la CC UK "Si se controlan los precios de una empresa esta podrá reducir la calidad de los productos ofrecidos". Traducción libre de "For example, if prices are controlled a firm may reduce product quality". Ver "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008". Disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf

³¹² Ver "Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008". Disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf. Ver además "ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE Antitrust Division October 2004". Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf> En concordancia con lo anterior se ha recomendado en la ICN que: "los remedios deben ser efectivos en mantener o restaurar la competencia y fácilmente administrables. Los Remedios no debieran requerir una intervención significativa por parte de la agencia una vez que la operación se ha perfeccionado." Traducción libre de "Remedies should be effective in restoring or maintaining competition and easily administrable. Remedies should not require significant administrative intervention by the agency after the transaction is consummated." Ver RECOMMENDED PRACTICES FOR MERGER NOTIFICATION PROCEDURES documento de la ICN.

Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>. Ver asimismo "ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup MERGER REMEDIES REVIEW PROJECT Report for the fourth ICN annual conference Bonn -June 2005". Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>

firmemente su no aceptación como medida única para remover los problemas de competencia detectados³¹³.

555. Resume lo expuesto las siguientes consideraciones de diversas agencias de competencia comparadas:

“Los remedios de comportamiento están diseñados para regular la conducta mantenida en el tiempo de las partes luego de una fusión para poder enfrentar la pérdida sustancial de competencia y/o sus efectos adversos. Como se ha señalado en el párrafo 2.16 (de la presente guía), la CC generalmente utilizará remedios de comportamiento como la principal medida de mitigación en una investigación de fusiones donde los remedios estructurales no son posibles, o donde la pérdida sustancial de competencia se prevé tendrá una corta duración, o cuando estas medidas de comportamiento preservarán beneficios substanciales a los consumidores que serían eliminados si se aplicase una medida estructural. Sin embargo la CC también podrá utilizar medidas de comportamiento de manera adjunta a medidas estructurales.” (Énfasis agregado) ³¹⁴.

“...hay circunstancias limitadas donde los remedios conductuales serán apropiados a) cuando resulta necesario para facilitar la transición a o apoyar un remedio estructural, es decir para asegurar la efectividad del remedios estructural o b) cuando una prohibición sacrificaría eficiencias significativas y un remedio estructural también sacrificaría dichas eficiencias o es inviable. En ambas circunstancias los costos de la medida

³¹³ Ver todas las guías citadas previamente.

³¹⁴ Traducción libre de “Behavioural remedies are designed to regulate the ongoing conduct of parties following a merger so as to address an SLC and/or its adverse effects. As noted in paragraph 2.16, the CC will generally only use behavioural remedies as the primary source of remedial action in a merger inquiry where structural remedies are not feasible, or where the SLC is expected to have a short duration, or behavioural measures will preserve substantial relevant customer benefits that would be largely removed by structural measures. However, the CC may also use behavioural measures as an adjunct to structural measures.”; Ver “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines November 2008”. Disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep/pub/rules_and_guide/pdf/CC8.pdf en su pág. 25.

*de comportamiento deben ser aceptables a la luz de los beneficios esperados.*³¹⁵ (Énfasis agregado).

*“La velocidad, ciertamente el costo y la eficacia de un remedio son medidas importantes para asegurar su potencial efectividad. Los remedios estructurales son preferidos a aquellos conductuales en casos de fusiones porque son relativamente “limpios” y seguros, y generalmente evitan enmarañar innecesariamente a las autoridades de gobierno en el mercado. Una cesión (divestiture) cuidadosamente diseñada es sencilla, relativamente fácil de administrar y segura en cuanto a preservar la competencia. Un remedio de conductual, por otra parte es típicamente más difícil de diseñar, mas engorroso y costoso de administrar y más fácil de evadir que uno estructural”*³¹⁶.

“...los tipos no estructurales de soluciones, tales como la promesa de las partes de abstenerse de ciertos comportamientos comerciales (por ejemplo, agrupamiento de productos), no eliminarán por lo general los problemas de competencia que resulten de solapamientos horizontales. En cualquier caso, puede ser difícil lograr el grado requerido de eficacia de dicha solución debido a la ausencia de supervisión efectiva de su aplicación, tal como ya se estableció en el apartado 13 y ss.. En efecto,

³¹⁵ Traducción libre de: “However, there are limited circumstances when conduct remedies will be appropriate: (a) when conduct relief is needed to facilitate transition to or support a competitive structural solution, i.e., when the merged firm needs to modify its conduct for structural relief to be effective or (b) when a full-stop prohibition of the merger would sacrifice significant efficiencies and a structural remedy would also sacrifice such efficiencies or is infeasible. In either circumstance, the costs of the conduct relief must be acceptable in light of the expected benefits”. “ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE Antitrust Division October 2004” en su página 18. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf>

³¹⁶ Traducción libre de: “The speed, certainty, cost, and efficacy of a remedy are important measures of its potential effectiveness. Structural remedies are preferred to conduct remedies in merger cases because they are relatively clean and certain, and generally avoid costly government entanglement in the market.

A carefully crafted divestiture decree is “simple, relatively easy to administer and sure” to preserve competition. A conduct remedy, on the other hand, typically is more difficult to craft, more cumbersome and costly to administer, and easier than a structural remedy to circumvent”. Ver “ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE Antitrust Division October 2004” en página 7. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf>

*puede ser imposible que la Comisión verifique si se cumple efectivamente el compromiso, y puede incluso ocurrir que a otros participantes en el mercado, como los competidores, les sea imposible comprobar de manera absoluta o con el grado suficiente de certeza si las partes cumplen las condiciones del compromiso en la práctica. Además, es también posible que los competidores carezcan de una motivación para alertar a la Comisión, al no beneficiarse directamente de los compromisos. Por lo tanto, la Comisión puede examinar otros tipos de soluciones no relacionadas con la cesión, tales como promesas de comportamiento, sólo excepcionalmente y en circunstancias concretas, como por ejemplo por lo que se refiere a los problemas de competencia que surjan en las estructuras de conglomerados*³¹⁷.

556. En síntesis, y recogiendo los principios expuestos precedentemente para el caso concreto de las medidas de mitigación ofrecidas por Nestlé y Soprole, en particular respecto de la propuesta de un mecanismo de estabilización de precios antes detallada, tenemos que: a) dichas medidas resultan difícil de fiscalizar; b) el congelamiento de precios puede introducir distorsiones en el mercado; c) los riesgos detectados en los distintos mercados relevantes se dependen de la posición dominante que obtendrá el JV en el mismo, y ciertamente, salvo que se introduzcan cambios estructurales, durarán un mayor tiempo que cualquier medida de comportamiento que se proponga; d) por último, a juicio de esta Fiscalía, las Consultantes no han acreditado la existencia de eficiencias significativas que pudiesen perderse de rechazarse la operación, que justifiquen los costos sociales y riesgos que implica la aceptación de un remedio de comportamiento.

557. Descartado entonces que las medidas de mitigación propuestas por las Consultantes eliminen los riesgos inherentes a la creación del JV, se hace presente que de acuerdo con las mejores prácticas observadas en el

³¹⁷ Ver "Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión" (Texto pertinente a efectos del EEE)(2008/C 267/01) Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.html#remedies

concierto internacional, se observa que ante operaciones de concentración que generan riesgos en la gran mayoría de los mercados relevantes en que operan las partes –analogía válida para la operación informada–, se ha requerido la enajenación de las líneas de negocios que se superponen, con todos los elementos necesarios para que el adquirente de las mismas pueda ingresar de manera suficiente y viable a los mercados afectados.

558. Lo anterior implica el traspaso de marcas, maquinarias, personal, derechos de propiedad industrial, nóminas de clientes, así como la cesión de contratos de abastecimiento, distribución y comercialización final de productos (por ejemplo, espacio asignado en góndolas de Supermercados)³¹⁸.

³¹⁸ Existe un enorme número de casos en derecho americano y europeo de competencia en los cuales las autoridades de competencia han aprobado operaciones de concentración luego de que las partes ofrecieran compromisos o remedios suficientes, los que por regla general corresponden a la venta de líneas de negocios en los mercados donde se ha detectado un traslape importante. A continuación se mencionan, a modo de ejemplo, varios casos en ambas jurisdicciones donde los remedios han incluido líneas de negocios. Cabe mencionar que la mayoría de los casos que se utilizan de referencia involucran el traspaso de varios elementos tales como de marcas, maquinarias, personal, derechos de propiedad industrial, nóminas de clientes, contratos de abastecimiento, distribución y comercialización final de productos, entre otros.

En el Caso IV/M.1578 *Sanitec/Sphinx*, de 1 de diciembre de 1999, la Comisión Europea aprobó con condiciones la fusión de las empresas, ambas activas en la producción y venta de productos para el baño. Dentro de los compromisos adquiridos por las partes se aceptó la venta de la marca "Gustavsberg" para todos los productos a nivel mundial. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1578_en.pdf

Del mismo modo en el caso *Pernod Ricard/V&S Spirits* de 14 de octubre de 2008, analizado por el *Federal Trade Commission* de Los Estados Unidos de América (en adelante "FTC"), en el cual las partes ambas activas en la venta de bebidas alcohólicas, se comprometieron, entre otros, a la venta de la marca "absolut" y todos los elementos adicionales para mantenerla viable y competitiva en el mercado. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810119/081017pernoddo.pdf>

El mismo razonamiento fue aplicado en el Caso IV/M.190 *Nestlé/Perrier* de 22 de julio de 1992, la Comisión Europea aprobó con condiciones la fusión de las empresas, la primera activa en varios sectores de nutrición, la segunda activa en la producción y distribución de agua embotellada y con ciertas actividades en el mercado de quesos. La Comisión Europea encontró un traslape importante en el negocio de agua mineral. A fin de que la operación de concentración fuese aceptada Nestlé se comprometió a entre otros a enajenar las marcas de agua embotellada de manera de permitir la entrada o el fortalecimiento de un competidor en los mercados afectados. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992D0553:EN:HTML>

En el caso *Phillip Morris/Nabisco Group* de 22 de febrero de 2001 analizado por la FTC se aprobó la fusión con el compromiso entre otros de vender todos los activos del negocio de postres denominado "*Nabisco Dry-Mix Desserts*" incluyendo todos los elementos que lo hacen un negocio viable tales como: propiedad intelectual, marcas, invenciones, maquinaria, formulaciones, listas de clientes etc. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/2001/02/philipmorrisdo.pdf>

En el caso IV/M.623 *KIMBERLY-CLARK/SCOTT* de 16 de enero de 1996, la Comisión Europea aprobó con condiciones la fusión entre los dos más grandes productores de derivados de papel a nivel mundial. La Comisión Europea encontró un traslape preocupante en los mercados de papel tisú. Dentro de los compromisos ofrecidos por las partes se incluyó la venta de ciertas reconocidas marcas de papel tisú en los mercados geográficos afectados. Esta venta incluyó además las

559. Lo señalado, aplicado al caso puntual de la operación de concentración entre Soprole y Nestlé en análisis, implicaría la cesión de todas las marcas de una u otra empresa que operan en los mercados relevantes donde han sido encontrados riesgos a la competencia, junto con los demás elementos referidos en el párrafo anterior.
560. Ahora bien, la cesión de marcas específicas (ej. "Uno al Día", "Huesitos", etc.) con sus respectivas máquinas elaboradoras, no garantiza a ningún tercer actor, nuevo o existente, el ingreso al Canal Tradicional o a Supermercados, porque el principal valor está en las marcas "madre", "Soprole" y "Nestlé". Por lo mismo, de optarse por el traspaso de marcas secundarias, dicho compromiso debiese acompañarse de ciertas medidas de comportamiento, que garanticen la penetración suficiente del adquirente de las marcas.
561. Así, en el Canal Tradicional, debiese el JV comprometerse a permitir la participación de terceros en sus máquinas de frío o *coolers*, a cambiar la estructura de sueldos de los vendedores de ruta, de manera que perciban sueldos fijos que no incentiven la exclusión de terceros, abstenerse de

fábricas, personal y tecnología necesaria para la viabilidad de dichas marcas en el mercado. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m623_en.pdf

En el caso **McCormick & Company / Unilever Group** de 12 de septiembre de 2008, analizado por la FTC, las partes se comprometieron a enajenar, entre otros, el negocio asociado a la marca "Season-All Brand Products" incluyendo entre otros los derechos de propiedad industrial, las marcas y tecnología necesarios para la producción de dichos productos. Disponible en <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810045/080916mccormickdo.pdf>

En el ya mencionado caso **Phillip Morris/Nabisco Group** de 22 de febrero de 2001, las partes se obligaron expresamente a entregar las listas de clientes correspondientes al negocio cedido a fin de asegurar su viabilidad. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/2001/02/philipmorrisdo.pdf>

En el caso IV/M.938 **Guinness/Grand Metropolitan** de 15 de octubre del 1997, la Comisión Europea aprobó con condiciones la fusión de entre dos grandes productores y distribuidores de bebidas alcohólicas. A fin de eliminar los riesgos detectados por la Comisión Europea, las partes se comprometieron a vender ciertas marcas de *Scotch Whiskey* en los mercados geográficos afectados, adicionalmente se obligaron a suministrar whiskey de sus destilerías al potencial comprador en la medida que resultare necesario para la producción de las marcas vendidas. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998D0602:EN:HTML>

En el ya mencionado Caso IV/M.190 **Nestlé/Perrier** de 22 de julio de 1992, la decisión de la Comisión Europea establece expresamente que el comprador de los negocios cedidos deberá adquirir a su vez espacio en los supermercados, lo cual resulta necesario para promover las marcas adquiridas. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992D0553:EN:HTML>

celebrar contratos de exclusividad, descuentos retroactivos, ventas atadas o empaquetamientos. Por otra parte, en el Canal Supermercado, el JV debiese abstenerse de suscribir contratos que impliquen descuentos retroactivos por cumplimiento de metas, por ejemplo [41], así como a limitar el espacio de góndola a utilizar, al menos, en las cadenas de Supermercados que tengan una participación nacional de mercado superior al 20%.

562. Con todo, el cumplimiento de las medidas referidas resulta difícil de fiscalizar, de manera tal que tampoco se erige como un sustituto perfecto a la pérdida de competencia que origina la operación de concentración. A mayor abundamiento, en muchos mercados las Consultantes no operan con sub-marcas, sino que bajo la denominación "Soprole" o "Nestlé" (por ejemplo, en los mercados de las cremas y el manjar), de manera tal que no existirían marcas específicas que enajenar, no existiendo, entonces, medidas de mitigación para los riesgos de coordinación detectados.

563. En síntesis, esta Fiscalía es del parecer que la operación consultada implica la creación de un agente económico dotado de una posición dominante en la industria láctea, capaz de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados en que opera, y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores, proveedores y, en último término, de los consumidores³¹⁹. De acuerdo a lo expuesto, los riesgos asociados a dicha condición de dominancia no se ven acotados de manera suficiente ni por las eficiencias aducidas, ni por las medidas de mitigación propuestas.

POR TANTO,

³¹⁹ Concepto de posición de dominio establecido por la Corte Europea de Justicia en la Sentencia del Caso C-85/76 *Hoffmann-La Roche /Comisión de las Comunidades Europeas*, de 13 de febrero de 1979 en su párrafo 38. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0085:ES:PDF>

AL H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados los antecedentes a la consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

1. Anexos N° 1, 2 y 3 de este informe;
2. Anexo Confidencial I, el cual contiene las referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación;
3. Anexo Confidencial II, el cual contiene las referencias correspondientes a los gráficos y cuadros elaborados en base a información confidencial en este informe;
4. Planogramas emitidos por una cadena de Supermercados, en los cuales consta la distribución en góndola de los productos relacionados al yogur y postres refrigerados, haciéndose desde ya presente que resulta imposible confeccionar una versión pública de la misma, sin revelar la identidad de dicha empresa;
5. Bases de datos en base a las cuales se elaboraron los cuadros, gráficos y estimaciones de este informe.

Sírvase H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos signados en los numerales 2, 3, 4 y 5 anteriores, y su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que contiene información comercial sensible para las personas de quienes emana, o de sus empresas, y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a este H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede perjudicar de manera significativa los intereses de las personas que han aportado información a esta Investigación.

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener presente que dentro de tercero día esta

Fiscalía acompañará la versión pública del antecedente confidencial singularizado en el numeral 5 del segundo otrosí de esta presentación, con citación.

TERCER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

ANEXO N°1

Cuadro N° 1: Existencia de ganado bovino de lechería por categorías (número de cabezas)

Región	Total	Vacas			Vaquillas	Terneras	Terneros	Toros
		Para ordeña	Nodrizas	De desecho				
REGIÓN DEL MAULE	5.336	52%	0%	1%	26%	15%	6%	1%
REGIÓN DEL BIOBÍO	64.516	52%	2%	1%	21%	17%	7%	1%
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA	82.445	49%	1%	1%	25%	14%	10%	0%
REGIÓN DE LOS RÍOS	246.180	50%	1%	1%	24%	17%	7%	0%
REGIÓN DE LOS LAGOS	351.280	49%	0%	2%	19%	19%	10%	1%

Fuente: elaboración propia a partir de los Datos de la Encuesta de Ganado Bovino Zona Sur 2009

Cuadro N° 2: Lecherías por Principales Limitantes de la Actividad Ganadera

REGIÓN	Principales limitantes de la actividad ganadera (% de explotaciones)										
	Capital de trabajo	Nivel de deuda	Costo del crédito	Costo de los insumos	Capacitación	Tamaño de la explotación	Calidad del ganado	Calidad de las praderas	Precio de productos	Camino de acceso	Otras
REGIÓN DEL MAULE	6,6			36,7	2,3	12,4	4,7	6,7	21,2		9,4
REGIÓN DEL BIOBÍO	5,0	1,0	1,9	36,4	0,5	5,9	3,2	2,8	41,2	0,4	1,7
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA	10,3	5,1	0,6	32,6	1,1	6,4		1,7	41,3		0,9
REGIÓN DE LOS RÍOS	7,1	3,9	3,1	27,5	1,6	5,3	0,8	7,8	38,2	0,2	4,5
REGIÓN DE LOS LAGOS	3,3	5,8	7,5	28,9	0,8	11,4	2,1	5,3	34,5		0,4

Fuente: elaboración propia a partir de los Datos de la Encuesta de Ganado Bovino Zona Sur 2009

ANEXO N°2

Incentivos del JV y sus partes relacionadas a maximizar beneficios de manera conjunta

A continuación se demuestra que en un mercado de compra de leche, donde exista un líder del mercado (Soprole) y n firmas seguidoras ("Modelo de Stackelberg"), la suma de los beneficios de tres empresas actuando de manera independiente (Soprole, Nestlé y el JV) es menor que el beneficio conjunto de una única firma dominante que tenga menos seguidores ($n-2$ firmas).

Se consideran que existen n empresas seguidoras idénticas que escogen la cantidad de litros de leche a comprar (denotada como q_i) y una firma líder (Soprole) que elige la cantidad q_s de litros de leche a comprar, donde de acuerdo al modelo Stackelberg esta empresa elige primero y las otras actúan como seguidoras.

La siguiente expresión representa el beneficio de una empresa $j=\{i,s\}$:

$$\pi_j = v(q_j) - p(Q) \cdot q_j \quad (1)$$

Donde $v(q_j)$ representa el valor de mercado que puede extraer la empresa j a q_j litros de leche comprados¹; $p(Q)$ es el precio de mercado de compra de la leche que depende del volumen total de leche que se ofrezca en el mercado (donde $Q = \sum_{i=1}^n q_i + q_s$). Por simplicidad supondremos que $\frac{dv(q_j)}{dq_j}$ es constante con respecto a q_j y $p(Q)$ se relaciona de manera lineal con la cantidad total de leche ofrecida, esto es:

$$v(q_i) = v \cdot q_i \quad (2)$$

$$P(Q) = c + Q \quad (3)$$

Ahora bien, el problema que enfrenta una empresa i cualquiera (seguidora) será el siguiente:

¹ Nótese que por simplicidad, todas las firmas podrán extraer un idéntico valor a la leche comprada, en el mercado de comercialización final.

$$\text{Max}_{\{q_i\}} v \cdot q_i - (c + Q) \cdot q_i \quad (4)$$

La función de reacción de esta empresa será:

$$q_i = \frac{v-c-Q_{-i}}{2} \quad (5)$$

Donde Q_{-i} representa la demanda total de leche, exceptuando la demanda que hace la empresa i .

Reemplazando la función de reacción de cada empresa, en la función de la empresa representativa i , se obtiene que la función de reacción de esta empresa con respecto a Soprole es:

$$q_i = \frac{v-c-q_s}{n+1} \quad (6)$$

Así, Soprole, al tener la ventaja del primer movimiento, conoce las funciones de reacción de las empresas seguidoras, con lo que el problema que debe resolver es el siguiente:

$$\text{Max}_{\{q_s\}} v \cdot q_s - \left(c + \frac{n(v-c-q_s)}{n+1} + q_s \right) \cdot q_s \quad (7)$$

Resolviendo, se obtienen las cantidades de leche comprada, el precio de compra y los beneficios de las firmas:

$$q_s^* = \frac{v-c}{2}; \quad q_i^*(n) = \frac{v-c}{2(n+1)}; \quad p^*(n) = c + \frac{(2 \cdot n + 1) \cdot (v-c)}{2 \cdot (n+1)}; \quad \pi_i^*(n) = q_i^*(n) \cdot (v - p^*(n));$$

$$\pi_s^*(n) = q_s^* \cdot (v - p^*(n))$$

Ahora bien, si las tres empresas actúan de manera independiente, obtienen el siguiente beneficio:

$$w_1 = \pi_s^*(n) + 2 \cdot \pi_i^*(n) \quad (8)$$

Si las empresas actúan de manera conjunta, obtienen:

$$w_2 = \pi_s^*(n - 2) \quad (9)$$

Se puede demostrar que $\Delta = w_2 - w_1 > 0$, lo cual implica que las empresas preferirán maximizar sus beneficios de manera conjunta, que separadamente.

En efecto:

$$\Delta = q_s^* \cdot (p^*(n) - p^*(n-2)) - 2 \cdot q_j^*(n) \cdot (v - p^*(n)) > 0$$

$$\Rightarrow \frac{q_s^*}{2 \cdot q_j^*(n)} > \frac{v - p^*(n)}{p^*(n) - p^*(n-2)}$$

$$\Rightarrow \frac{(v-c)/2}{(v-c)/(n+1)} > \frac{(v-c)/(2 \cdot (n+1))}{(v-c)/(n^2-1)}$$

$$\Rightarrow \frac{n+1}{2} > \frac{n-1}{2}$$

Según lo precedentemente expuesto, queda demostrado que no sería estratégicamente racional para Soprole y Nestlé actuar como empresas independientes entre sí, una vez que materialicen la operación de concentración y conformen en partes iguales el JV.

ANEXO N° 3

1. Para estudiar el traspaso de los precios de compra de leche a los precios de venta de la misma la FNE analizó, según lo realizado por Batista (2006), si las variaciones de precios al alza o baja en los precios pagados a productor son aplicadas por Soprole a los precios de venta de la leche líquida. A este respecto, constituiría un indicio de poder de mercado la observación de asimetrías en el traspaso de las variaciones de precios, como por ejemplo, que las alzas se transmitan en mayor proporción que las bajas hacia el precio de venta de la leche líquida por parte de las procesadoras. Adicionalmente, la FNE observó las correlaciones entre las variaciones del precio de compra de leche y las variaciones del precio de venta de la leche líquida a supermercados de Soprole.
2. Estos dos ejercicios se realizan de forma complementaria al análisis de la diferencia entre el precio de compra de la leche y venta de la misma realizado en el capítulo III de esta presentación, mostrando que existe un traspaso asimétrico entre las alzas y bajas de los precios de compra de la leche cruda hacia los precios de venta de la leche líquida en el caso de Soprole.
3. Para el análisis la FNE dispuso de datos de precios pagados a los productores de leche y datos de precios de venta de leche líquida a supermercados proporcionados por Soprole. Se dispone de datos mensuales entre enero de 2004 y noviembre de 2010.
4. Resulta lógico pensar que el precio de compra de leche y el precio de venta de la leche líquida se relacionan en el tiempo. De hecho, la correlación existente entre ambos precios ha sido alta durante el periodo de análisis en el caso de Soprole llegando hasta un 93%.

5. Atendiendo que incluso con altas correlaciones en períodos largos, pueden no existir mayores implicancias entre las series², se analizó si las variaciones del precio pagado al productor se relacionan con las variaciones de precio de venta de la leche líquida, específicamente, si las variaciones de precio al alza o a la baja, en el precio de compra de leche a los productores por parte de Soprole se reflejan simétricamente en las variaciones del precio de venta de leche líquida, no debería existir poder de venta por parte de la procesadora.
6. En caso contrario, si las variaciones al alza en el precio de compra de leche cruda por parte de las procesadora no se traspasan al precio de venta de la leche líquida o si las disminuciones en el precio de compra no se traducen en disminuciones análogas en el precio de venta, existiría un indicio acerca de la existencia de poder de venta en la comercialización de leche líquida, el que, según vimos, sería reforzado de aprobarse el JV consultado.
7. Así, el Cuadro N° 3. da cuenta de las correlaciones experimentadas entre las variaciones de precio positivas y negativas de distintos precios de compra de leche cruda y precios de venta de leche líquida por parte de Soprole . En ellas, se observa que no existe causalidad directa entre las variaciones de precio pagado a productor y el precio de venta de la leche líquida. Mientras las variaciones de precio positivas de compra de leche de Soprole correlacionan en un 32% con la venta de leche líquida, las variaciones negativas lo hacen en solo un 6%, un quinto de lo que lo hacen las variaciones al alza.

² Lo que se conoce como correlación espuria.

Cuadro N° 3: Correlación entre variaciones de precios de compra de leche cruda y variaciones de precio positivas y negativas en el precio de la leche líquida de Soprole.

Precio compra leche	Leche líquida Soprole
Variaciones positivas	32%
Variaciones negativas	6%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos entregados por Soprole

8. La desventaja del ejercicio anterior, que funciona como una primera aproximación, es que las variaciones pueden estar correlacionadas de forma rezagada entre los distintos precios. De esta manera, para poder captar este efecto, se desarrolla un ejercicio similar al expuesto por Batista (2006), donde el autor mide si las variaciones al alza en el precio de venta de los supermercados son traspasadas en el precio de los procesadores de igual forma que las variaciones a la baja. Si las variaciones al alza de los precios de los supermercados y sus procesadores son seguidas más, y de forma más homogénea que las variaciones a la baja, quiere decir que existe poder de mercado en la compra del supermercado al procesador pues no traspasaría las alzas igual que las bajas de precios.
9. Así, la FNE desarrolla una estimación similar para estudiar el traspasado de las variaciones de precio de compra de leche a los precios de venta de Soprole. De esta manera, se define la ecuación (N° 1), donde PA_t representa las variaciones acumuladas del precio de venta de la leche en el momento t , PC_t representa las variaciones positivas acumuladas del precio de compra de leche en el momento t y PD_t las variaciones negativas acumuladas del precio de compra de leche en el momento t . Además se incluye el coeficiente $\alpha_0 t$ que captura la tendencia de la serie.

$$PA_t = \alpha_0 t + \alpha_1 PC_t + \alpha_2 PD_t + \varepsilon_t \quad (1)$$

10. En la ecuación N°1 cada elemento se describe según las siguientes ecuaciones:

$$PA_t = PS_t - PS_0 \quad (2)$$

$$PC_t = \sum_{t=1}^T (PPP_t - PPP_{t-1}), \text{ suma si } (PPP_t - PPP_{t-1}) > 0 \quad (3)$$

$$PD_t = \sum_{t=1}^T (PPP_t - PPP_{t-1}), \text{ suma si } (PPP_t - PPP_{t-1}) < 0 \quad (4)$$

11. En (2) PS_t es el precio de venta de leche en el momento t . En (3) y (4), PPP_t es el precio pagado a productor de leche cruda en el momento t donde solo se acumulan las variaciones de precio positivas o negativas, según sea el caso³.

12. La estimación de los parámetros en (1) se realizó a partir de mínimos cuadrados ordinarios con la precaución de corregir la matriz de covarianzas a partir de la matriz desarrollada por Newey y West (1987), evitando posibles problemas de auto-correlación derivados de la estructura de los precios, los cuales probablemente tienen relación con sus rezagos.

13. Finalmente, para medir si la transmisión de los precios es simétrica se desarrolla un Test de Wald, donde la hipótesis nula corresponde a $\alpha_1 = \alpha_2$, es decir, que el coeficiente que acompaña a las variaciones al alza es igual al que acompaña a las variaciones a la baja. Si lo anterior se cumple, según Batista (2006), indicaría que aumentos o disminuciones en el precio pagado al productor tendrían el mismo poder de influenciar el precio de venta. En caso de que $\alpha_1 > \alpha_2$ indicaría que las transmisiones al alza son más seguidas que a la baja.

14. Los resultados se encuentran en el Cuadro N°4, dónde se muestran los resultados para la estimación en el caso de la leche líquida. En la segunda columna se encuentra el coeficiente asociado a la tendencia, en la tercera y cuarta columnas, los coeficientes asociados a las variaciones al alza y a la baja, finalmente en la última columna se expone el resultado del test de

³ En el caso de ser variaciones positivas (negativas) el resultado es positivo (negativo).

wald para la igualdad entre estos coeficientes. El p-value de los distintos coeficientes se encuentra entre paréntesis.

15. El Cuadro N°4 muestra que en el caso de la leche líquida la transmisión del precio es mayor al alza que a la baja, por ejemplo un aumento de 1 en el parámetro asociado al precio de compra conlleva un aumento de 1,87 (α_1) en el parámetro asociado al precio de venta mayorista de leche líquida⁴.

Cuadro N°4: Estimación de la transmisión de las variaciones de precios de compra de leche al precio de venta de la leche líquida de Soprole.

	α_0	α_1	α_2	R^2	$\alpha_1 = \alpha_2$
Leche líquida Soprole	-61,9 (0,00)	1,87 (0,00)	1,14 (0,00)	0,91	6,84 (0,01)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos proporcionados por las empresas.

16. El resultado revela que no ha existido transferencia simétrica entre el precio de venta de leche líquida y el precio de compra de la leche cruda en el caso de Soprole, traspasándose mucho más las alzas que las bajas de precios. Lo anterior es un indicio que Soprole tiene políticas de determinación de precios distintas, en relación a sus costos, entre periodos de bajas de precios en comparación a los periodos de alzas.
17. Los dos ejercicios adicionales realizados en este anexo, refuerzan lo encontrado en la sección 6 del capítulo IV de esta presentación, en cuanto a que los traspasos desde el precio de compra al precio de venta de la leche líquida han sido asimétricos entre los periodos de alzas, en los cuales hay mayor traspaso, a los periodos de baja, en los que la procesadora no transmitió toda la baja hacia el precio de venta a supermercado y por consiguiente afectó al consumidor.

⁴ Al no controlar por el resto de los costos asociados, al contrario de lo realizado por Batista (2006), la inferencia que se puede realizar es solo sobre si el traspaso es simétrico entre alzas y bajas, no en qué cuantía se traspasan estas. No obstante lo anterior, el precio de la leche cruda es el principal costo asociado a la producción de leche líquida, tal como ha sido mencionado en el estudio.