

En lo principal, contestan requerimiento; **en el primer otrosí**, hacen presente cumplimiento de Auto Acordado N° 7 de 2006; **y, en el segundo otrosí**, reiteran solicitud de exhibición del expediente de investigación de la FNE.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

José Miguel Huerta Molina y Álvaro Vives Martens, abogados, en representación convencional, según consta en autos, de **Biomar Chile S.A.**, en autos caratulados “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Biomar Chile S.A. y otros*”, seguidos bajo el rol N° C-386-2019, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Dentro del término legal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 29 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (el “D.L. N° 211”)¹ y 308 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), contestamos el requerimiento (el “Requerimiento”)² interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en contra de Biomar Chile S.A. (“Biomar”), Comercializadora Nutreco Chile Limitada (“Skretting”), Ewos Chile Alimentos Limitada (“Ewos”) y Vitapro Chile S.A. (“Salmofood” y, conjuntamente con Biomar, Ewos y Skretting, las “Requeridas”), solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones fácticas, económicas y jurídicas que se exponen de acuerdo con el siguiente índice.

ÍNDICE

| | | |
|------------|--|----------|
| I. | Introducción..... | 3 |
| A. | Resumen..... | 3 |
| B. | Estructura de la Contestación | 5 |
| II. | La industria de producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile. 7 | |
| A. | Los productos: dietas para salmónidos..... | 7 |
| i. | El proceso productivo..... | 8 |
| ii. | Los insumos | 10 |
| iii. | Heterogeneidad de las dietas | 12 |
| iv. | Variación de los porcentajes de inclusión | 13 |
| B. | Las plantas de alimento para salmónidos | 16 |
| i. | Biomar..... | 16 |
| ii. | Los competidores | 19 |
| C. | Los demandantes: empresas acuicultoras..... | 21 |

¹ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004 del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005.

² El 13 de octubre de 2016 la FNE, con la asistencia de Carabineros de Chile, ejecutó una orden de entrada, registro e incautación en las oficinas de Biomar. Esa medida resultó en la incautación de documentación física y electrónica de la empresa, así como de cuatro ejecutivos o exejecutivos, correspondiente a un periodo mayor a una década. Junto con la medida intrusiva, la FNE notificó a Biomar de su calidad de investigada en el procedimiento administrativo rol N° 2.406-16.

- i. Demandantes sofisticados y con poder de negociación..... 21
 - ii. Contratos de suministro de dietas..... 23
 - iii. Reajustes de precios 23
 - iv. Cláusulas de competitividad..... 28
 - v. Auditorías 29
 - vi. Reajustes retroactivos..... 30
 - vii. Licitaciones de contratos de suministro 31
- D. Definición y estructura del mercado relevante 34
- III. No existió un cartel de fijación indirecta de los precios de las dietas para salmónidos mediante la fijación de precios de materias primas 36**
 - A. Acuerdos, prácticas concertadas e intercambios de información 37
 - i. La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas en el derecho comunitario europeo: el rol del contacto entre competidores..... 39
 - ii. Intercambios de información como prueba de un acuerdo o una práctica concertada: apreciación y estándar de convicción 42
 - iii. Tratamientos alternativos de los intercambios de información: posible ilícito anticompetitivo atípico o incluso conducta procompetitiva 45
 - B. Política comercial de Biomar, intercambio de información comercial y ausencia de acuerdo o práctica concertada..... 47
 - i. Materias primas y márgenes 47
 - ii. Costos de aprovisionamiento de la competencia..... 49
 - iii. Los correos electrónicos citados por la FNE..... 52
 - C. Prescripción de la acción contravencional..... 56
- IV. Intercambios de información sobre volúmenes de venta mensual 56**
 - A. ¿Qué información fue intercambiada?..... 57
 - B. Falta de idoneidad para ejecutar o monitorear una coordinación anticompetitiva 59
 - C. Uso de la información por Biomar 60
 - D. Prescripción de la acción contravencional..... 61
- V. Intensa competencia entre Biomar y las empresas requeridas..... 62**
 - A. Licitaciones para adjudicar contratos de suministro..... 62
 - B. Variaciones de participación de mercado..... 64
 - C. Selección y aprovisionamiento de materias primas..... 65
 - D. Calidad de las dietas y del servicio 67
 - E. Bajos márgenes de la industria 68
- VI. Las comunicaciones pasadas entre las Requeridas..... 71**
 - A. Instancias específicas de interacción pasada entre las Requeridas 72
 - i. Interacciones relativas a precios de dietas 72
 - ii. Interacciones relativas a licitaciones o negociaciones..... 73
 - iii. Interacciones relativas a la compra conjunta de aceite de pescado 73
 - iv. Interacciones relativas al terremoto de 27 de febrero de 2010 74
 - v. Interacciones relativas a condiciones crediticias 75
 - B. Ausencia de un acuerdo único 77
 - i. La ‘estrategia’ de la FNE..... 77
 - ii. La colusión como infracción permanente..... 79
 - iii. La doctrina del ‘*acuerdo único*’ 80
 - C. Prescripción extintiva de la acción contravencional..... 83
- VII. Consideraciones respecto de las multas solicitadas 85**
 - A. Gravedad de la conducta 85
 - B. Beneficio económico..... 86
 - C. Consciencia de ilicitud 86
 - D. Ausencia de reincidencia..... 88
- VIII. Conclusiones 89**

I. INTRODUCCIÓN

A. RESUMEN

La realidad de la industria de producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile es distinta a la que proyecta el Requerimiento. Esa industria se ha caracterizado, especialmente en los últimos años, por la competencia entre las plantas por suministrar dietas a las empresas acuicultoras. Esa intensidad competitiva quedó documentada en abundante correspondencia electrónica interna de Biomar, que refleja, entre otros: (i) una búsqueda permanente por desarrollar dietas de mejor calidad; (ii) una constante preocupación en obtener aprovisionamiento de materias primas en mejores, o al menos iguales, condiciones comerciales que los competidores; (iii) la presentación de precios competitivos en los procesos de licitación o negociaciones privadas llevadas a cabo por los clientes; y (iv) una invariable presión interna por aumentar la participación de mercado, en desmedro de la participación de las otras Requeridas.

Por ello, la imputación de la FNE —un “*cartel*”³ organizado, que habría eliminado “*presiones competitivas*”,⁴ resultante de una “*voluntad estable y vocación de permanencia*”⁵ y que se habría extendido durante más de una década— es injusta e incorrecta. Acusar a Biomar y las demás Requeridas de haber integrado un cartel duro, ya sea de fijación de precios o de restricción de producción,⁶ solo es posible en virtud de una selección sesgada de antecedentes, que prescinde de la abundante evidencia de competencia entre las Requeridas, en contravención de los principios de imparcialidad y objetividad que deben guiar a la administración.⁷

Sin perjuicio de la conclusión anterior —que existe y existió competencia entre las empresas productoras de alimento para salmónidos—, de los antecedentes invocados por la FNE es posible identificar ciertas instancias antiguas de interacción entre competidores que, de haber sido acusadas oportunamente, podrían haber generado alguna preocupación respecto del artículo 3°, letra a) del D.L. N° 211. No obstante, dichas instancias de interacción

³ Requerimiento, párrafo 53.

⁴ Requerimiento, párrafo 53.

⁵ Requerimiento, párrafo 52.

⁶ La FNE es confusa en su teoría del caso. Si bien la imputación principal pareciera ser “*un acuerdo o práctica concertada que consistió en fijar los precios de venta de los alimentos para salmónidos*” (página 2 del requerimiento), en otras secciones del Requerimiento pareciera que la FNE imputa una coordinación respecto a los volúmenes a producir (párrafos 7 y 18).

⁷ Art. 11 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

ocurrieron hace largo tiempo y no forman parte de un esquema único o continuo que involucre comportamientos recientes, de modo que la acción contravencional respecto de ellas se encuentra latamente prescrita.

Junto con dichas instancias antiguas de interacción es posible identificar, a partir de los antecedentes invocados por la FNE, episodios de comunicaciones entre las Requeridas sobre diversas materias. Sin embargo, según se explicará en detalle en la sección III de esta Contestación, dichas comunicaciones no tuvieron por objeto la “*supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores*” y su reemplazo “*por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones*”.⁸ Contrariamente a lo aducido por la FNE, las comunicaciones más recientes de ejecutivos de Biomar citadas en el Requerimiento dan cuenta de decisiones comerciales adoptadas independientemente por nuestra representada. En consecuencia, dichas comunicaciones no pueden ser sancionadas como un acuerdo o práctica concertada, en los términos previstos por el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211. A lo sumo, si el H. Tribunal estimare que todo o parte de la información intercambiada mediante dichas comunicaciones habría reducido la intensidad competitiva en la industria (estimación que, a juicio de esta parte, no se condice con los hechos), entonces dicho intercambio solo habría sido sancionable al tenor de la cláusula general del artículo 3°, inciso primero, del D.L. N° 211. Como el H. Tribunal bien sabe, la diferente calificación jurídica de la conducta no es baladí pues tiene incidencia en el régimen de sanciones⁹ y los plazos de prescripción aplicables.¹⁰

Adicionalmente, la teoría del daño anticompetitivo expuesta en el Requerimiento no es efectiva. Los precios de las dietas para salmónidos han sido el resultado de la competencia entre las plantas de alimento por adjudicarse contratos de suministro. La competencia en la industria ha sido especialmente propiciada por las empresas acuícolas, clientes sofisticados que cuentan con un acabado conocimiento del mercado de las materias primas y con un alto poder de compra. Ello se traduce en: (i) complejos procesos de adjudicación de contratos, con múltiples rondas de negociación; (ii) el escrutinio de los reajustes periódicos informados por las plantas de alimento, incluyendo los costos de las materias primas subyacentes; y (iii) procesos de auditoría, que eventualmente pueden terminar en la emisión de notas de crédito

⁸ Sen. N° 145/2015, caso *Ginecólogos*, c. 5°.

⁹ La FNE solicita la aplicación del D.L. N° 211 en su texto antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016. Bajo esa norma, los acuerdos o las prácticas concertadas comprendidas en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211 son sancionables con una multa de hasta UTA 30.000. En cambio, otras infracciones al D.L. N° 211 son sancionables con una multa máxima de hasta UTA 20.000 (Art. 26, letra c), D.L. N° 211).

¹⁰ El régimen general de prescripción del D.L. N° 211 corresponde a tres años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan (Art. 20, inciso tercero, D.L. N° 211). En contraste, los acuerdos o las prácticas concertadas contemplados en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211 se encuentran sujetos a un plazo de prescripción más estricto, cinco años contados una vez que cesen “*en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.*”

en favor de los clientes. Por ello, lejos de existir “*ventajas o ingresos sobrenormales*” y “*precios sin presiones competitivas*”,¹¹ la industria de alimento para salmónidos en general, y Biomar en particular, se han caracterizado por bajos márgenes durante la época a que se refiere el Requerimiento (2003 a 2015, en adelante la “Época del Requerimiento”).

B. ESTRUCTURA DE LA CONTESTACIÓN

Esta contestación (la “Contestación”) se estructura en ocho secciones, contando esta introducción y la conclusión.

Una segunda sección aborda la industria en general, incluyendo las plantas de alimento como oferentes, las dietas como productos finales (incluyendo las materias primas empleadas en su manufactura), y las empresas acuícolas como demandantes. La segunda sección también analiza la definición de mercado relevante propuesta en el Requerimiento.

Una tercera sección se refiere a la tesis central de la FNE, rechazando la existencia de un acuerdo o una práctica concertada con objeto de fijar los precios de las dietas para salmónidos. Esa sección ahonda en el proceso de fijación de precios de Biomar, explicando cómo este refleja su autonomía comercial. En esa sección también se aborda los episodios de comunicaciones entre las Requeridas relativas a costo de aprovisionamiento de ciertas materias primas (harina y aceite de pescado), explicando cómo la información contenida en dichas comunicaciones era insuficiente –por su naturaleza, frecuencia de intercambio y uso por Biomar– para sustentar un acuerdo o una práctica concertada como imputa la FNE. En esa línea, la sección desarrolla el intercambio de información ante el derecho de defensa de la competencia, distinguiendo hipótesis en las que es lícita de otras en las que es parte de un acuerdo entre competidores y, finalmente, de casos en los que, sin reflejar un acuerdo, podría llegar a ser reprochable como un ilícito anticompetitivo atípico.

La cuarta sección se refiere a los intercambios de información sobre volúmenes mensuales de venta entre las Requeridas. El Requerimiento de la FNE no es claro respecto de la imputación formulada en este punto, pero insinúa que se trataría de información “*apta para permitir a las empresas anticipar el comportamiento de sus competidores y chequear que no existan desviaciones importantes en sus participaciones de mercado*”.¹² Sin embargo, la información sobre ventas mensuales entre algunas de las Requeridas, si bien les permitió determinar sus participaciones de mercado pasadas, en ningún caso fue utilizada como una herramienta de monitoreo anticompetitivo. Primero, pues no existió entre las Requeridas un

¹¹ Requerimiento, párrafo 52.

¹² Requerimiento, párrafo 18.

acuerdo o práctica concertada destinado a restringir la cantidad de alimento a producir o asignarse cuotas de mercado. Y, segundo, porque la correspondencia electrónica interna de Biomar da cuenta tanto de una constante búsqueda por incrementar la participación de mercado, como de frustración cuando se perdía participación en manos de competidores. Esas comunicaciones internas son inconsistentes con la tesis de “*monitoreo y anticipo*” que esboza la FNE.

La quinta sección se refiere a múltiples instancias que reflejan la competencia efectiva entre las Requeridas. En particular, la sección da cuenta de variaciones en las participaciones de mercado de las Requeridas durante el periodo al que se refiere el Requerimiento. A su vez, esas variaciones son la consecuencia de la competencia de las Requeridas por contratos de suministro, manifestada en esfuerzos por presentar ofertas competitivas y en los frecuentes cambios de proveedor (o de volumen asignado). En lo que respecta a las materias primas, la competencia se manifestó en diversos esfuerzos por cerrar condiciones de aprovisionamiento mejores (o al menos iguales) que la competencia, en el uso de ciertas materias primas como factor diferenciador o ventaja competitiva, y en la permanente revisión de las formulaciones de las dietas para no perder competitividad. Biomar también realizó importantes esfuerzos por mejorar tanto la calidad de sus productos como de su servicio. En lo que respecta a la calidad de las dietas, Biomar procuró mejorar diversos indicadores nutricionales (como el factor de conversión, la energía digestible y la proteína digestible), ofrecer soluciones especializadas en términos de alimentos medicados o aditivos, y responder a requerimientos especiales de formulación efectuados por los clientes. En cuanto a la calidad de servicio, Biomar trabajó activamente en proveer asistencia técnica, respondió con prontitud a solicitudes de alimentos medicados y en general manifestó una permanente preocupación en términos de atención al cliente. Finalmente, la competencia en la industria de alimento para salmónidos se ve reflejada en márgenes relativamente bajos, incompatibles con la hipótesis de una coordinación colusoria estable y organizada como la imputada por la FNE.

La sexta sección aborda instancias antiguas de interacción entre las Requeridas. A diferencia del Requerimiento, esta Contestación procura proveer hechos concretos y específicos, así como su contexto. La sección también analiza la doctrina y jurisprudencia relevantes sobre la figura del “*acuerdo único*” en el derecho de la competencia, concluyendo que esas interacciones pasadas no conforman parte de un plan, esquema o acuerdo único con ramificaciones recientes, ni forman un continuo con las comunicaciones a analizar en las secciones tercera y cuarta. Finalmente, esa discontinuidad de las interacciones pasadas tiene una consecuencia sustantiva precisa: la prescripción de la acción contravencional de conformidad con las versiones del artículo 20 del D.L. N° 211 aplicables.

Para el evento que el H. Tribunal estimare que Biomar infringió las disposiciones del D.L. N° 211, la sección séptima aborda los diversos factores que deberían ser considerados

al momento de determinar una eventual multa. En primer lugar, se analiza cómo el comportamiento reciente de las Requeridas en ningún caso podría ser considerado análogo en gravedad a un cartel. Luego, se muestra cómo, contrariamente a lo expuesto por la FNE, en esta industria no existirían beneficios económicos en los términos imputados, y en consecuencia la aplicación de una multa de 30.000 unidades tributarias anuales (“UTA”) a Biomar resultaría del todo desproporcionada. En tercer término, se explicita cómo, en lo que respecta a recientes intercambios de información, el comportamiento de Biomar no refleja una conciencia de ilicitud ni una estrategia de ocultamiento. Por último, la sección aborda las mejoras introducidas por Biomar luego de la medida de incautación de la FNE, incluyendo la redacción de una política de competencia y la práctica de capacitaciones periódicas en la materia.

La octava sección concluye, solicitando al H. Tribunal –en virtud de las consideraciones anteriores y las que se desarrollarán a lo largo de esta Contestación– el rechazo íntegro del Requerimiento y la absolución de Biomar. Subsidiariamente, de estimarse que Biomar habría infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, se solicita que la multa que eventualmente se imponga sea sustancialmente inferior a la requerida por la FNE.

II. LA INDUSTRIA DE PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE

ALIMENTO PARA SALMÓNIDOS EN CHILE

A. LOS PRODUCTOS: DIETAS PARA SALMÓNIDOS

Los salmónidos son una familia de peces que viven en el mar una gran parte de su vida y migran a aguas dulces para criar. Si bien los salmónidos son originarios del hemisferio norte, han sido introducidos en otras regiones con propósitos acuícolas. Los principales salmónidos cultivados en Chile son el Salmón Salar o Atlántico (*Salmo salar*); el Salmón Coho, del Pacífico o Plateado (*Oncorhynchus kisutch*) y la Trucha Arcoíris (*Oncorhynchus mykiss*).

Las dietas para salmónidos son un medio para proveer energía, proteínas y otros nutrientes a los peces, a fin de permitir su crianza y engorda hasta la etapa de cosecha. Por ello, un elemento crítico a la hora de analizar una dieta es el factor de conversión, esto es, la relación entre la masa de alimento utilizada y el incremento en la biomasa logrado. La industria utiliza el factor de conversión (o ‘FCR’, sigla del inglés *Food Conversion Rate*) en dos acepciones: económico (o ‘FCRe’) o biológico (o ‘FCRb’), dependiendo si considera la

mortalidad de la biomasa. Mientras más bajo es el factor de conversión, mejor rendimiento tiene la dieta, según dan cuenta las Fórmulas N° 1 y 2:

Fórmula N° 1 – Factor de Conversión Económico o FCRe

$$FCRe = \frac{\text{Alimento suministrado (kg)}}{\text{Inc. de biomasa logrado (kg) + biomasa cosechada (kg)}}$$

Fórmula N° 2 – Factor de Conversión Biológico o FCRb

$$FCRb = \frac{\text{Alimento suministrado(kg)}}{\text{Inc. de biomasa logrado (kg) + biomasa cos. (kg) + mort. de biomasa (kg)}}$$

Fuente: TOLEDO VALENZUELA, Rodrigo. *Estudio Comparativo de Tres Sistemas de Distribución de Alimento y su Influencia en las Tasas de Crecimiento de Salmón del Atlántico (Salmo Salar)*, Universidad Austral de Chile, 2005.

A su vez, el factor de conversión depende de las propiedades nutricionales y calidad de los insumos empleados y, en particular, de qué tan digestibles sean por los peces. En este sentido, es normal que en la industria se hable de proteína digestible (o ‘DP’, sigla del inglés *digestible protein*) y energía digestible (o ‘DE’, sigla del inglés *digestible energy*). En otras palabras, el foco no es solo la composición nutricional teórica de una dieta, sino especialmente la absorción efectiva de nutrientes por los peces.

Debido a lo anterior, las plantas para alimento realizan significativos esfuerzos de investigación y desarrollo (“I&D”) en testear la composición nutricional y la digestibilidad de nuevos insumos, con objeto de diseñar dietas que ofrezcan mejores factores de conversión a menores costos. Puesto que esos esfuerzos de I&D dan lugar a un *know-how* específico, ello se traduce en que dos plantas emplearán diversos insumos –o incluso en el caso de insumos similares, diferentes proporciones, calidades y combinaciones– en la manufactura de dietas destinadas a peces de la misma especie y etapa de desarrollo.¹³

i. El proceso productivo

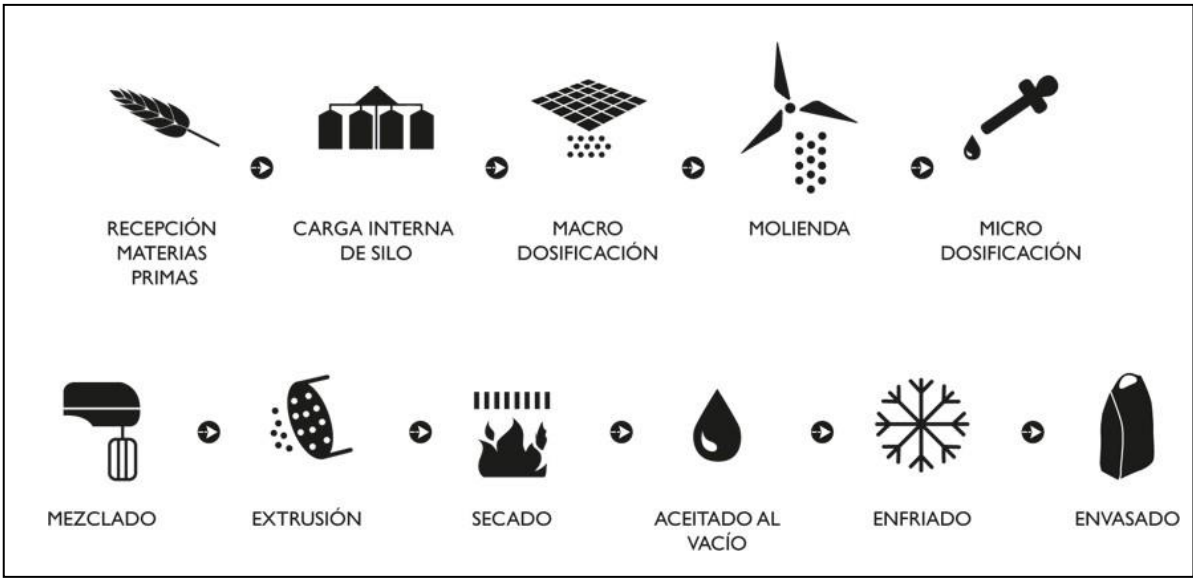
Las dietas son administradas mediante *pellets*, resultantes de un proceso productivo que contempla diversas etapas. En un primer término, las múltiples materias primas son

¹³ Por ejemplo, durante la Época del Requerimiento, Biomar habría sido la única planta en emplear, en Chile, insumos como harina de krill o *expeller* de maní.

reducidas en tamaño mediante un proceso de molienda, para luego ser mezcladas de acuerdo con la proporción establecida para cada dieta. La mezcla es a continuación transformada en alimentos de distinto calibre mediante procesos de extrusión.¹⁴ En algunos casos, los *pellets* pueden ser reducidos a calibres inferiores mediante un proceso de desmoronamiento o *crumbler* destinados a alimentar las fases iniciales en la cría del salmón (juveniles o *smolts*). Finalmente, los *pellets* pasan por un proceso de detección o tamizado para efectos de obtener tamaños uniformes.

La Imagen N° 1 muestra un diagrama de flujo del proceso productivo de dietas para salmónidos:

Imagen N° 1 – Diagrama de flujo de producción de dietas para salmónidos

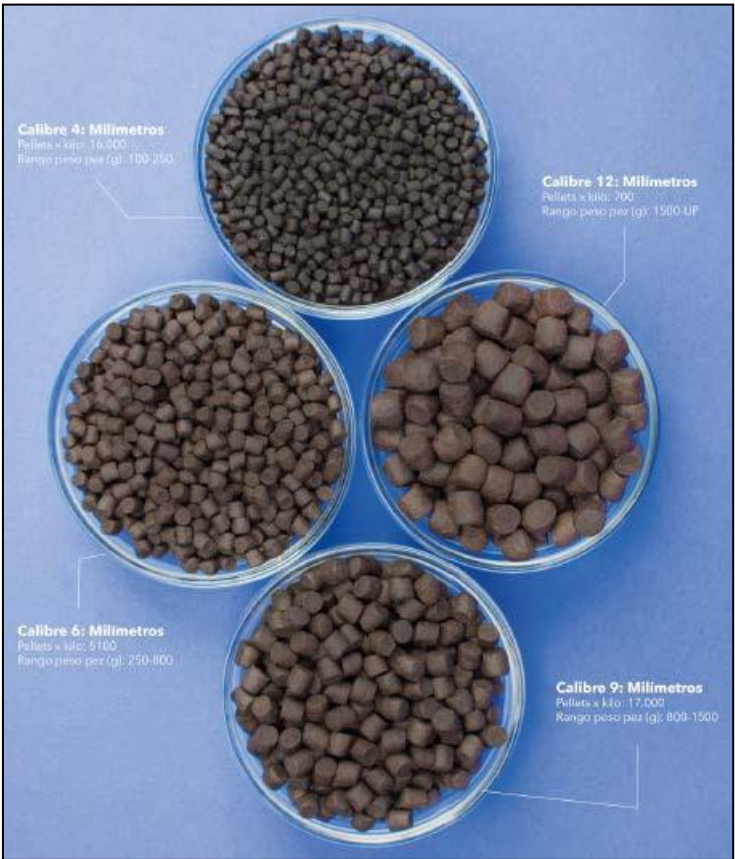


Fuente: Biomar.

Por su parte, la Imagen N° 2 muestra ejemplos de *pellets* producidos por Biomar según diferentes tamaños o calibres.

¹⁴ La extrusión consiste en impeler con una bomba un material a través de una matriz, a fin de producir barras, tubos, varillas u otro tipo de secciones perfiladas.

Imagen N° 2 – Pellets producido por Biomar



Fuente: Biomar.

ii. Los insumos

Las dietas para salmónidos son productos complejos, en cuya producción se emplean diversos insumos, dentro de los que se distinguen:

- a) Insumos mayores o macro ingredientes, que a su vez contemplan productos marinos, vegetales y derivados de animales terrestres. Dentro de los productos marinos destacan la harina de pescado, la harina de crustáceos, la harina de krill, el aceite de pescado, entre otros. En el caso de los productos vegetales, las plantas de alimento utilizan insumos como aceite de soya, lecitina de soya, trigo, fécula de mandioca, harinas de trigo, girasol o soja, gluten de maíz o trigo, afrecho de raps o canola, aceite de raps o canola, lupino, levadura de cerveza, melaza, por nombrar algunos. Finalmente, en el caso de ingredientes derivados de animales terrestres se cuentan materias como las harinas de plumas o vísceras de ave, o la hemoglobina de cerdo o de ave.
- b) Microinsumos o micronutrientes, tales como vitaminas, minerales, aminoácidos, sales o *premix*.
- c) Pigmentos, destinados a acentuar la tonalidad característica del salmón.

En gran medida los insumos son *commodities*, con precios globales o indexados a bolsas de materias primas en donde se transan futuros. Por ejemplo, el trigo, maíz, soya, harina de soya, aceite de soya, son transados como *commodities* en la Bolsas de Comercio de Chicago (o ‘CBOT’ sigla del inglés “*Chicago Board of Trade*”), de Kansas (o ‘KCBT’ sigla del inglés “*Kansas City Board of Trade*”) o de Nueva York (o ‘NYBOT’ siglas del inglés “*New York Board of Trade*”). Adicionalmente, la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura recopila la información de precios para el trigo, maíz, raps o canola, aceite de soya, aceite de maravilla, aceite de raps y aceite de maíz en boletines diarios de precios internacionales. De la misma forma, el índice de precios de alimentos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (o ‘FAO’ sigla del nombre en inglés “*Food and Agriculture Organization of the United Nations*”) incluye, entre otros, el índice de precios de los aceites vegetales.¹⁵ Otros productos, sin ser *commodities*, se encuentran relativamente estandarizados.

Cabe notar que el carácter de *commodities* no obsta a la existencia de diferentes calidades o especificaciones técnicas para algunos insumos. Por ejemplo, en el caso de la harina de pescado es posible distinguir diversos tipos (*Super prime, Prime, Taiwan, Thailand, Standard, FAQ*) dependiendo del contenido de humedad, proteína, grasa, ácidos grasos, cenizas, sales, etc.¹⁶ Otro tanto ocurre con el aceite de pescado, en el cual se encuentran micronutrientes importantes¹⁷ en diferentes porcentajes dependiendo de múltiples factores, como la especie de pez utilizada, su ecosistema, los procesos de elaboración y almacenamiento. Otro ejemplo lo aporta el trigo, en donde existen diferentes especies con diversos niveles de rendimiento, contenido y calidad de proteínas, y calidad del gluten.¹⁸ Esas especies han sido desarrolladas mediante un proceso de mejoramiento genético destinada a potenciar usos específicos para diversas industrias. Por ello, es común que dos plantas de alimento para salmónidos utilicen calidades o especificaciones técnicas diversas para un mismo tipo de insumo.

Sobre el funcionamiento de los mercados de estas materias primas, así como su transparencia, se ahondará en la sección III.B.

¹⁵ Entre otros índices de precios de ingredientes, se pueden mencionar los siguientes: (i) Bolsa de Cereales de Buenos Aires; (ii) Bolsa de Comercio de Rosario; y (iii) CME Group (o ‘CME’ siglas del nombre en inglés “*Chicago Mercantile Exchange*”) matriz de las Bolsas de Comercio de Chicago y Kansas.

¹⁶ Véase, a modo de referencia, <http://www.camanchaca.cl/en/productos/harina-de-pescado/> [Fecha de última consulta: 15/5/2020].

¹⁷ Tales como ácidos grasos omega 3 (e.g., EPA y DHA), aminoácidos, vitaminas B y D, y algunos minerales clave como sodio, potasio y selenio, necesarios para recrear la composición de la dieta salvaje del pez y que inciden en la calidad del producto final. Véase, <https://www.iffa.net/es/node/1143> [Fecha de última consulta: 15/5/2020].

¹⁸ Véase, “La Calidad en los Trigos”, de Jaime Vadillo Verdugo. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/hojas/hd_1989_02.pdf [Fecha de última consulta: 15/5/2020].

iii. Heterogeneidad de las dietas

Las dietas para salmónidos son también productos heterogéneos, que admiten múltiples niveles de segmentación. Ello se traduce en que una planta de alimento para salmónidos produce y comercializa variadas dietas, diversas entre sí y distintas de las fabricadas por su competencia.

Un primer tipo de segmentación atiende al tipo de salmónido. Debido a los diversos requerimientos nutricionales de cada especie, Biomar produce distintas dietas para Salmones Salar, Truchas Arcoíris y Salmones Coho.¹⁹

Un segundo tipo de segmentación posible atiende al estado de desarrollo del pez. Los salmónidos son especies anádromas, cuya etapa de crianza tiene lugar en agua dulce (también ‘FW’, sigla del inglés *freshwater*), mientras que su etapa de engorda ocurre en agua de mar (también ‘SW’, sigla del inglés *saltwater*). Biomar produce dietas para peces en etapas de agua dulce, transferencia y agua de mar. Cada una de esas etapas puede subdividirse aún más. Por ejemplo, en el caso del agua dulce es posible distinguir dietas de primera alimentación, para estado de alevinaje o pre-smoltificación,²⁰ para smoltificación y transferencia, y para estados de reproducción y producción de ovas.

Un tercer tipo de segmentación posible atiende al calibre o tamaño de la dieta. Los calibres o tamaños de las dietas varían dependiendo de la línea de productos que se venden, del tamaño de los peces que hay que alimentar y del estado en que se encuentran, entre otros factores. Cada uno de los distintos calibres representa una categoría distinta de producto, con sus propios parámetros nutricionales.²¹

Adicionalmente, las plantas producen alimentos medicados y funcionales. Los alimentos medicados contienen fármacos e ingredientes biofuncionales destinados a prevenir o controlar diversos problemas de salud de los peces.²² Los alimentos medicados no solo son

¹⁹ La etapa de engorda varía dependiendo de la especie. En el caso del Salmón Coho y de la Trucha Arcoíris, la etapa de engorda tiene una duración de entre nueve y doce meses. En cambio, para el Salmón Salar la etapa de engorda tiene una duración de entre dieciséis y diecinueve meses. Véase Informe de Aprobación FNE F146-2018, de 28 de septiembre de 2018, párrafo 10.

²⁰ Un *smolt* es un salmón joven que llega al estado de desarrollo necesario para migrar del agua dulce al agua de mar.

²¹ Por ejemplo, un *pellet* Golden Activa calibre 3 no tendrá la misma composición que un *pellet* de Golden Activa calibre 2. Es decir, no sólo cambia el tamaño del *pellet* sino que también la composición a nivel de valor nutricional, macronutrientes y por consiguiente las materias primas que componen el producto.

²² Dentro de las afecciones relevantes se cuentan como caligidosis (brote parasitario de piojos de mar), enfermedades bacterianas (SRS y BKD), afecciones al tejido branquial, la enfermedad viral HSMT, melanosis e ictericia o síndrome icterico del Salmón Coho (SISC). La línea de alimentos SmartCare de Biomar ofrece diversas dietas focalizadas a prevenir o controlar dichas afecciones o problemas de salud. Véase: <https://www.biomar.com/es-cl/chile/salud-de-peces/smartcare/> [Fecha de última visita: 15/5/2020]. Si bien en el periodo al que se refiere el Requerimiento la línea SmartCare no se encontraba disponible en el mercado, Biomar sí ofrecía otras dietas medicadas y funcionales.

más complejos técnicamente, sino que además suelen ser demandados con plazos de entrega más acotados, implicando mayores esfuerzos en términos de logística y calidad de servicio. Por otra parte, los alimentos funcionales o aditivos agrupan aquellas dietas que contienen algún nutriente o ingrediente adicional, con el objeto de satisfacer una necesidad específica o lograr cierto objetivo.²³ En la Época del Requerimiento, las plantas de alimento, más que comercializar dietas funcionales como tales, ofrecían packs de aditivos que se incorporaban a otros tipos de dietas.

Biomar también se caracteriza por la disposición a ajustar sus dietas a peticiones o requerimientos especiales de los clientes, dando lugar a dietas a la medida o *tailor-made*. Un ejemplo de requerimientos especiales es la prohibición de incluir materias primas que provengan del cerdo (rotuladas como dietas “*no-pork*” o “*NP*”) con el objeto de cumplir las exigencias de mercados en donde esas materias primas son evitadas por consideraciones religiosas. El nivel de especificación del alimento es variable, pudiendo ir desde agregar o eliminar una materia prima de una dieta determinada hasta la elaboración de una fórmula completamente desarrollada por el cliente.

La heterogeneidad de las dietas también permite a los clientes desarrollar diversas estrategias nutricionales para sus cultivos, conjugando factores de tiempo, crecimiento, valor nutricional, peso final y costo. En líneas generales, las dietas de mayor costo tienen un mejor rendimiento y entregan más nutrientes, permitiendo un desarrollo más rápido e íntegro del salmónido y probablemente un mayor peso al final del ciclo (i.e., tienen mejores factores de conversión). Por otro lado, líneas de dieta de menor costo probablemente producirán ejemplares de menor tamaño y peso en un mismo periodo. La elaboración entre dietas de alta y baja energía dependerá del plan de producción y presupuesto de cada cliente.

iv. Variación de los porcentajes de inclusión

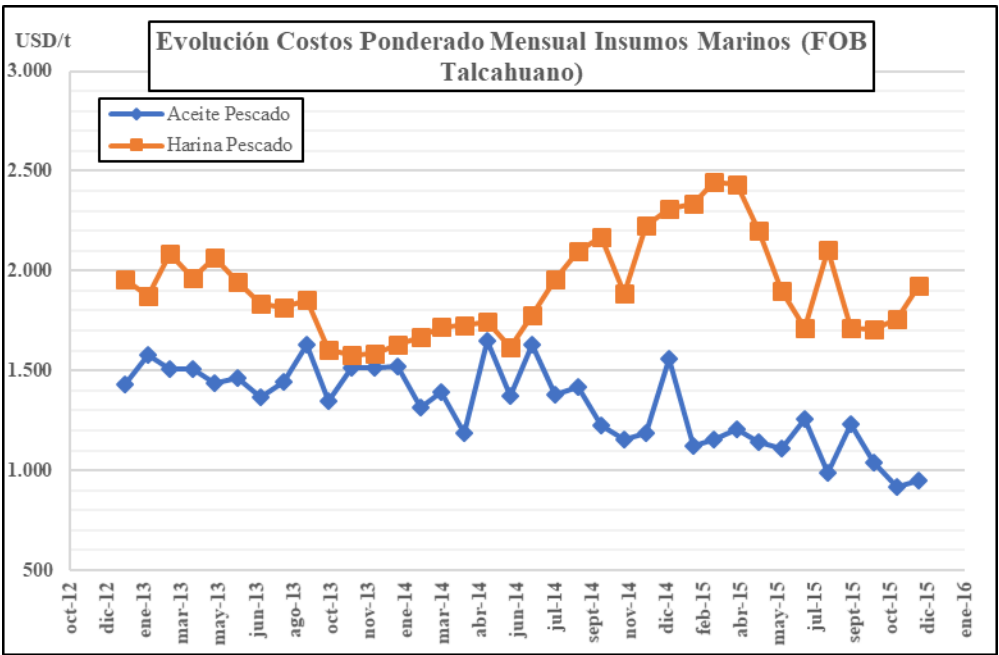
Finalmente, es necesario destacar que las dietas no solo son heterogéneas entre sí, sino que además sus composiciones son variables en el tiempo. Esto se debe principalmente a tres razones.

En primer término, los precios de las materias primas para dietas experimentan fluctuaciones importantes, debido al carácter cíclico de los mercados y su sensibilidad frente a factores exógenos, como el clima o las corrientes marinas. Por ejemplo, a fines del año 2014 y durante la primera mitad del año 2015 los precios de la harina y el aceite de pescado

²³ Las líneas de alimentos Qardio, Quick, V-ox, BioFocus y Focus PreLice de Biomar ofrecen diversas dietas dentro del segmento de dietas funcionales.

experimentaron importantes variaciones debido a la disminución de las cuotas de pesca, principalmente en Perú, según da cuenta el Gráfico N° 1:

Gráfico N° 1 – Fluctuación de precios de la harina y el aceite de pescado (2012-2015)



Fuente: elaboración propia de Biomar.

Atendidas esas fluctuaciones en los precios, y a fin de lograr combinaciones más costo-eficientes que conserven los atributos nutricionales ofrecidos a los clientes, las plantas de alimento modifican la composición de las dietas, tanto en términos de los insumos utilizados como sus porcentajes de inclusión. Estas modificaciones, que ocurren normalmente con ocasión de los ajustes trimestrales de precio, requieren un significativo trabajo conjunto entre las áreas de abastecimiento, I&D y de formulación de dietas de cada planta.²⁴

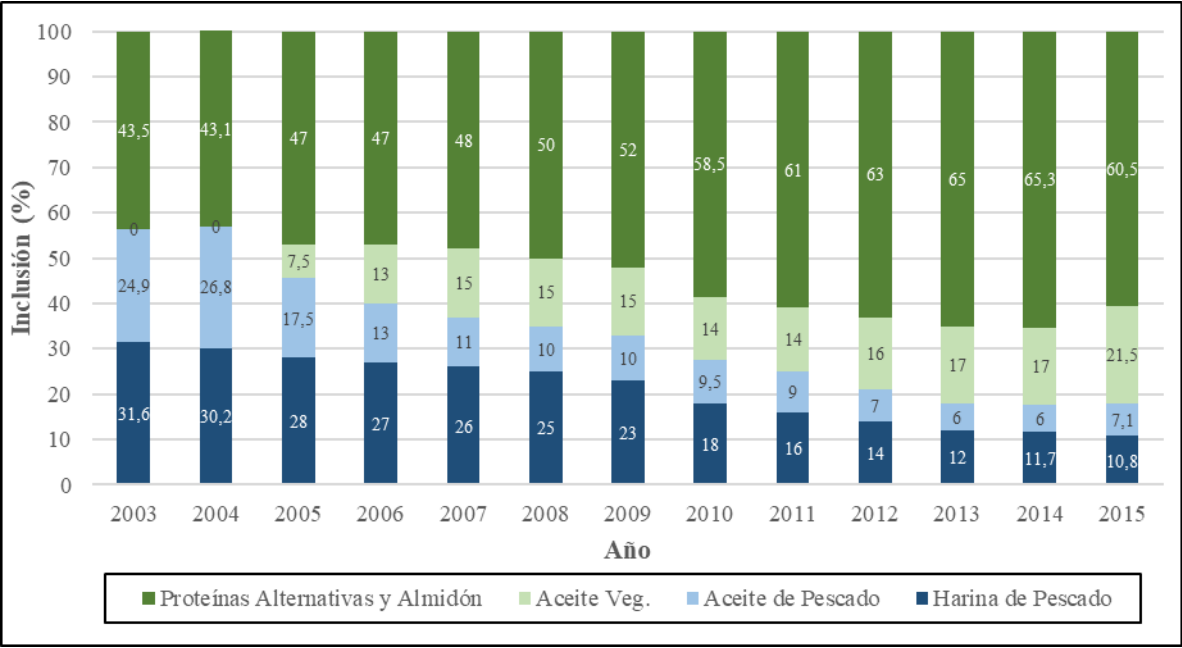
En segundo término, la I&D de las plantas de alimento se ha traducido en modificaciones a los porcentajes de inclusión de diversas materias primas con el objeto de mejorar los parámetros nutricionales y el rendimiento de las dietas, así como la competitividad de cada empresa.

A lo anterior deben añadirse tendencias generales de la industria. Por ejemplo, históricamente los insumos de mayor incidencia en las dietas fueron la harina de pescado y

²⁴ Una fuente adicional de heterogeneidad entre las dietas se puede producir como consecuencia de la operación de múltiples plantas por parte de una misma empresa. Debido a diferencias en los abastecimientos e inventarios entre distintas plantas, es factible que una dieta sea producida en un mismo trimestre con leves diferencias entre materias primas en las diversas plantas.

el aceite de pescado. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una marcada disminución en los porcentajes de inclusión de dichas materias primas, como consecuencia de importantes esfuerzos de I&D (i.e. estudio de materias primas, análisis de laboratorio, pruebas *in vivo*). Esa I&D ha dado lugar a diferentes velocidades y estrategias de reemplazo de recursos marinos por las plantas de alimento. Tras esta tendencia existen consideraciones económicas (dietas más costo-eficientes) y medioambientales (presiones para reducir el esfuerzo pesquero para producir alimentos acuícolas). El Gráfico N° 2 da cuenta de la progresiva menor inclusión de harina y aceite de pescado en las dietas durante la Época del Requerimiento:

Gráfico N° 2 – Porcentajes de inclusión de harina y aceite de pescado en dietas para salmónidos (2003-2015)



Fuente: elaboración propia de Biomar.

Como consecuencia de esos factores, un *pellet* de la dieta 800 de la línea Rainbow calibre 9 comercializado en el año 2015 no fue igual –en términos de insumos específicos y porcentajes de inclusión– que un *pellet* de la misma dieta y calibre comercializado en el año 2011. La Tabla N° 1 da cuenta de esta situación:

Tabla N° 1 – Porcentajes de inclusión de insumos en la dieta 800 de la línea Rainbow calibre 9, comercializada por Biomar el año 2011 y 2015

| | Línea Rainbow | | |
|-------------------------|----------------|----------------|---------------|
| Año | 2011 | 2015 | |
| Dieta | 800 | 800 | |
| Calibre | 9 | 9 | |
| INSUMO | % de Inclusión | % de Inclusión | Variación (%) |
| Harina de Pescado | 20,0 | 10,0 | -50% |
| Aceite de Pescado | 14,4 | 5,8 | -60% |
| Aceite Vegetal | 6,2 | 0,0 | -100% |
| Policap | 0,0 | 0,4 | 100% |
| Trigo | 16,0 | 12,6 | -21% |
| Harina de Panificación | 0,0 | 3,0 | 100% |
| Harina de Soya | 5,0 | 5,0 | 0% |
| Harina de Girasol | 9,6 | 0,0 | -100% |
| Gluten de Maíz | 6,5 | 0,0 | -100% |
| Gluten de Maíz 60% | 0,0 | 13,0 | 100% |
| Afrecho de Raps | 5,0 | 2,0 | -60% |
| Harina de Plumas | 2,5 | 7,0 | 180% |
| Harina de Vísceras | 11,3 | 4,0 | -65% |
| Harina de Sangre | 0,0 | 3,0 | 100% |
| C Proteico Soya-SPC-60% | 0,0 | 10,7 | 100% |
| Aceite de Raps | 0,0 | 17,5 | 100% |
| Reproceso | 0,0 | 2,0 | 100% |
| Otros | 3,5 | 4,0 | 14% |
| % Total MMPP | 100 | 100 | |

Fuente: elaboración propia de Biomar.

B. LAS PLANTAS DE ALIMENTO PARA SALMÓNIDOS

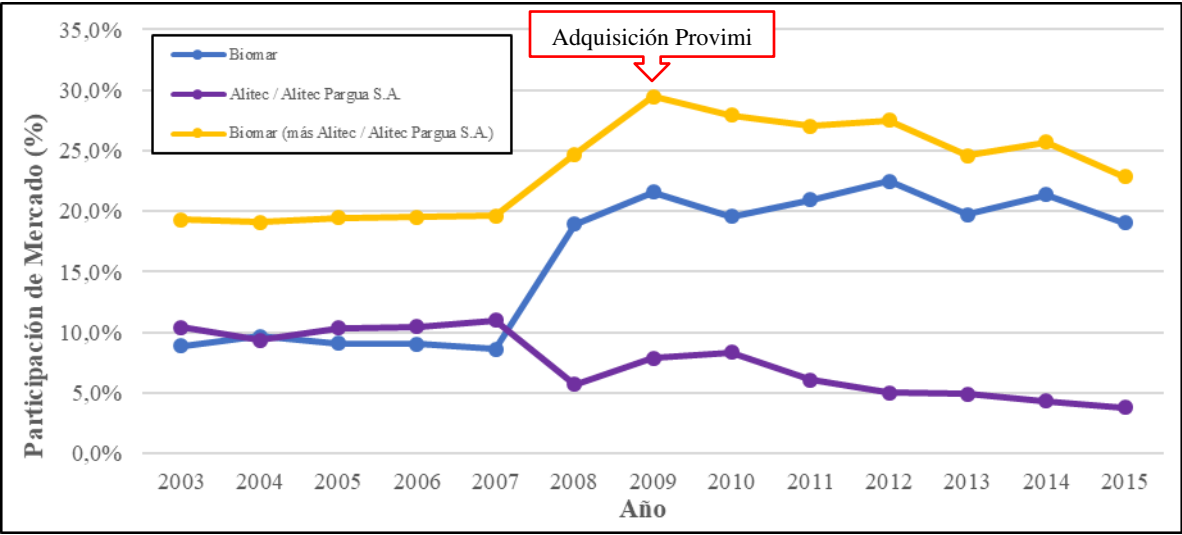
i. Biomar

Biomar es parte de un grupo empresarial cuya matriz es la sociedad danesa BioMar Group A/S, fundada en 1962 por un grupo de pescadores daneses y cuyo giro principal es la producción de alimento para peces y camarones de alto rendimiento para la industria acuícola a nivel global.²⁵ La matriz del grupo BioMar es una sociedad domiciliada en Aarhus, Dinamarca, productora de dietas para más de 45 especies de peces y camarones. En Chile, Biomar se concentra en la producción y distribución de alimento para salmónidos.

²⁵ <https://www.schouw.dk/en/businesses/biomar/> [Fecha de última consulta: 15/5/2020].

El grupo internacional BioMar ingresó a Chile en el año 2001, mediante la adquisición de la empresa chilena Ecofeed. A esa época, Ecofeed tenía una participación de mercado de aproximadamente un 8%. Sin embargo, en virtud de importantes esfuerzos comerciales, productivos y de I&D, Biomar ha logrado aumentar significativamente su participación de mercado, medida en toneladas de alimento vendidas. Según da cuenta el Gráfico N° 3, durante los años comprendidos en la imputación del Requerimiento, la participación de Biomar ha sido 19% en promedio, alcanzando el orden del 30% en 2009.

Gráfico N° 3 – Participación de mercado de Biomar en la producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile (2003-2015)²⁶



Fuente: elaboración propia de Biomar.

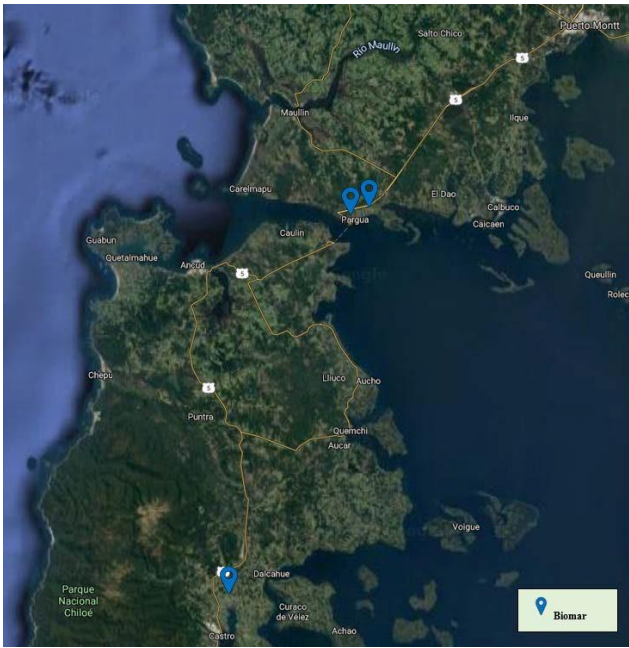
Un hito relevante en la expansión de Biomar en Chile fue la adquisición de Alitec S.A. (“Alitec”) y Alitec Pargua S.A. (“Alitec Pargua”). En julio del año 2006, Alitec – entonces filial chilena de la empresa holandesa Provimi– y Empresas AquaChile S.A. (“AquaChile”) se asociaron en un *joint venture*. En concreto, esa alianza dio origen a Alitec Pargua, en la cual cada una de las asociadas tenía un 50% de participación. Como parte de la operación, Alitec Pargua pasó a ser dueña de la planta de Alitec ubicada en Pargua, comuna de Calbuco, Región de Los Lagos. Alitec conservó el control sobre una planta de alimento ubicada en Castro, Chiloé.

²⁶ El Gráfico N° 3 muestra la participación de Biomar en azul. Como consecuencia de la adquisición de Provimi, a contar de 2009 la producción correspondiente a la planta de Alitec en Castro pasa a ser considerada como parte de la participación de mercado de Biomar. En consecuencia, a contar de 2009 la participación de Alitec/Alitec Pargua (en morado) solo refleja la producción correspondiente a la planta de Alitec en Pargua, sobre la cual existía un *joint venture* entre Biomar y AquaChile (vigentes hasta 2019). La línea amarilla muestra la participación de Biomar sumada a la de Alitec/Alitec Pargua, con objeto de (i) explicitar qué parte del crecimiento de Biomar fue inorgánico, mediante la adquisición de Alitec en 2009 y (ii) considerar el impacto del *joint venture* de Alitec Pargua sobre la participación de mercado de Biomar a partir de ese año.

Durante el año 2008, Provimi fue adquirida por BioMar Group A/S. La fusión se materializó en Chile a mediados del 2009 e involucró la adquisición, por Biomar, del 50% que Provimi tenía en Alitec Pargua, así como la planta de Alitec ubicada en Castro. Como consecuencia de la fusión, Alitec y Alitec Pargua dejaron de ser competidores de Biomar. Durante la vigencia del *joint venture* entre Biomar y AquaChile (2009-2019), la producción de Alitec Pargua fue vendida exclusivamente a los socios en partes aproximadamente iguales, de acuerdo con lo dispuesto en los estatutos sociales y en el respectivo pacto de accionistas.²⁷ En 2019 Biomar finalmente adquirió de AquaChile el 50% restante en Alitec Pargua, pasando a ser controladora exclusiva.²⁸

Biomar opera tres plantas en Chile, ubicadas en zonas relativamente cercanas a los principales centros de cultivo de salmónidos del país. La primera planta se encuentra en el sector Pargua, comuna de Calbuco, Región de Los Lagos. A 2,5 kilómetros de distancia se emplaza la segunda planta, denominada Alitec Pargua, que hasta el año 2019 formaba parte del *joint venture* con AquaChile. La tercera planta de Biomar se encuentra en el sector Putemún, comuna de Castro, Isla de Chiloé, Región de Los Lagos. El Mapa N° 1 refleja el emplazamiento de las plantas de Biomar.

Mapa N° 1 – Emplazamiento de las plantas de alimento de Biomar



²⁷ Artículo tercero de los estatutos sociales de Alitec Pargua, así como sección 2.1 del Pacto de Accionistas de Alitec Pargua.

²⁸ La FNE sostuvo que esa adquisición no era una operación notificable bajo el Título IV del D.L. N° 211, por estimar que Biomar ya ejercía, de facto, un control individual sobre Alitec Pargua y, en consecuencia, la operación no produciría un cambio decisivo en la calidad o estructura de control. Resolución de Archivo FNE F192-2019, párrafo 11.

ii. Los competidores

Los principales competidores de Biomar en el mercado de la producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile son Skretting, Ewos y Salmofood.

Skretting y Ewos son dos actores globales en la producción y comercialización de alimento para peces, integrantes además de grandes grupos empresariales con importante participación en nutrición animal. Skretting es parte del grupo Nutreco, que también incluye la marca Trouw.²⁹ Ewos, por su parte, fue adquirida en 2015 por el grupo Cargill, con participación en distintos sectores asociados a la agroindustria, incluyendo alimentación animal y acuícola.³⁰ Ambas compañías ingresaron al mercado chileno a fines de la década de los '80, mucho antes que Biomar, consolidando rápidamente altas participaciones de mercado. En este sentido, la adquisición de Ecofeed por Biomar en 2001 constituyó el ingreso de un desafiante al mercado y, por la misma razón, el crecimiento de Biomar en los últimos años ha sido precisamente a expensas de Ewos y Skretting.

En términos de participación de mercado, Salmofood es un cuarto actor tras Ewos, Skretting y Biomar. Salmofood ingresó al mercado en 1994, producto de una integración vertical aguas arriba por parte de empresas acuicultoras chilenas. Desde el año 2012 Salmofood forma parte del grupo peruano Alicorp.³¹

Adicionalmente, existen acuicultores que se encuentran integrados verticalmente (aguas arriba) con la producción de alimento para salmónidos. Ejemplos de esto son Exportadora Los Fiordos Limitada ("Los Fiordos") y Salmones Antártica S.A. ("Salmones Antártica" o Antártica"). La acuícola Cultivos Marinos también operó una planta de alimento ubicada en Chiloé hasta el año 2007, época en la que dicha planta fue adquirida por Ewos. La participación de AquaChile en Alitec Pargua hasta el año 2019 podía también ser considerada un caso de integración vertical aguas arriba, de carácter parcial. Si bien la producción de esas empresas integradas verticalmente tiene como propósito suministrar a los centros acuícolas aguas abajo, en ocasiones puntuales ellas han vendido alimento o maquilado para otras plantas de alimento.³²

Los Mapas N° 2 y 3 muestran el emplazamiento de las principales plantas de alimento para salmónidos en Chile, incluyendo empresas desintegradas e integradas verticalmente.

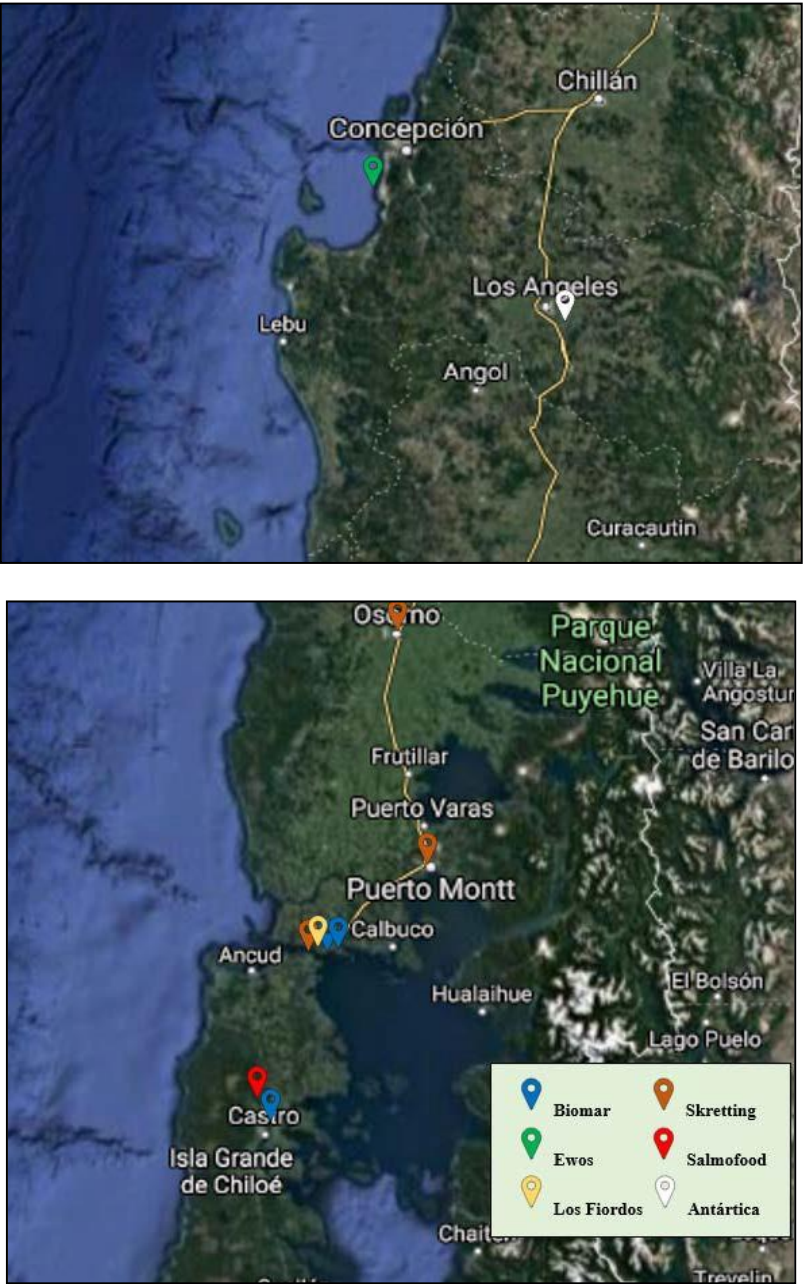
²⁹ Véase <https://www.nutreco.com/en/brands/> [Fecha de última visita: 15/5/20].

³⁰ Véase <https://www.cargill.com/animal-nutrition/brands/ewos> [Fecha de última visita: 15/5/20].

³¹ Véase <https://www.salmofood.cl/acerca/> [Fecha de última visita: 15/5/20].

³² Por ejemplo, Salmones Antártica y Los Fiordos habrían realizado maquilas para Salmofood mientras esa empresa ampliaba su capacidad productiva durante 2018.

Mapas N° 2 y 3 – Emplazamiento de las plantas de alimento para salmónidos en Chile



Cabe señalar que también existen casos de integración vertical en sentido inverso, esto es, plantas de alimento para salmónidos con participación en empresas acuicultoras. Por ejemplo, Biomar posee un 22,9% de las acciones de la acuícola Salmones Austral S.p.A. (“Salmones Austral”).³³ La participación de Biomar en Salmones Austral obedece a razones históricas: la capitalización, durante la crisis causada por el virus ISA, de créditos relevantes que Biomar tenía contra Trusal –una de las empresas que se fusionó para dar lugar a Salmones Austral– por la provisión de alimento.

³³ Para más información sobre Salmones Austral, véase: <http://www.salmonesaustral.cl/index.html> [Fecha de última visita: 15/5/2020].

La integración vertical entre planta de alimento y empresa acuicultora también se ha dado a nivel global. Por ejemplo, Nutreco/Skretting vendió la salmonera Marine Harvest en 2006.³⁴ Por su parte, Ewos perteneció a la salmonera noruega Cermaq hasta el año 2013.³⁵ Cada planta fue el principal proveedor de alimento de la acuícola relacionada en Chile mientras se mantuvo la integración vertical a nivel global, situación que incluso se proyectó en el tiempo más allá de la desintegración mediante contratos de suministro.

C. LOS DEMANDANTES: EMPRESAS ACUICULTORAS

i. Demandantes sofisticados y con poder de negociación

Como señala la FNE en el Requerimiento,³⁶ la industria acuícola ha experimentado en Chile un proceso de concentración relevante, propiciado por las crisis sanitarias y financieras ocurridas en las últimas dos décadas. En una reciente investigación de operación de concentración, la FNE determinó que en la etapa de cultivo, crianza y procesamiento primario de salmónidos participan más de 20 salmoneras, entre las que destacan las empresas de los grupos AquaChile y Los Fiordos (Agrosuper), Multiexport Foods, Cermaq, Marine Harvest/MOWI y Salmones Camanchaca.³⁷ Esos cinco grupos concentrarían en torno a un 50% de la cantidad total autorizada de salmones para cultivo y hectáreas bajo concesiones acuícolas.³⁸ Adicionalmente, quince empresas concentrarían el 95% de los cultivos de salmónidos del país.³⁹

El progresivo desarrollo de la acuicultura en Chile y el proceso de consolidación antes descrito han dado lugar a sofisticados demandantes de alimento. Muchas de las empresas

³⁴ <https://www.nutreco.com/nl/News/Press-releases/nutreco-enters-into-an-agreement-to-sell-its-shareholding-in-marine-harvest/1226792>. [Fecha de última consulta: 19/5/2020].

³⁵ <https://www.aqua.cl/2013/11/04/cermaq-asa-ceq-concreto-venta-de-ewos/#> [Fecha de última consulta: 19/5/2020].

³⁶ Requerimiento, párrafo 35.

³⁷ Informe de Aprobación FNE F160-2018, párrafos 17-18.

³⁸ Informe de Aprobación FNE F160-2018, párrafos 17-18. La información anterior sería también consistente con datos recabados por la FNE respecto de cuáles fueron las principales empresas en Chile en cuanto valor de las exportaciones realizadas en 2017, en términos FOB: AquaChile (12%), Cermaq (11%), Multiexport (9%), Australis (8%) y Los Fiordos (7%). Véase Informe de Aprobación FNE F146-2018, de 28 de septiembre de 2018, párrafo 16; Requerimiento, párrafo 15.

³⁹ AquaChile, Multiexport Foods, Cermaq, Marine Harvest, Los Fiordos, Salmones Camanchaca, Salmones Austral, Marine Farm, Salmones de Chile Alimentos, Productos del Mar Ventisqueros, Salmones Antártica, Blumar, Australis Mar, Invermar y Empresas Yadrán. Véase Informe de Aprobación FNE F160-2018, párrafo 18.

acuicultoras son sociedades anónimas listadas en bolsa⁴⁰ o bien filiales de grupos empresariales con presencia bursátil.⁴¹ Otras pertenecen a grandes empresas globales dedicadas a la acuicultura.⁴² En lo que respecta a la alimentación, la sofisticación de las acuicultoras se traduce en un permanente escrutinio técnico, sanitario y de costos sobre las dietas. Muchas empresas acuicultoras cuentan con departamentos de abastecimiento y de análisis destinados a asegurar que las dietas representen la alternativa más costo-efectiva y cumplen con exigentes parámetros de calidad. Como parte de esos esfuerzos, dichas empresas realizan un monitoreo permanente de los mercados de las materias primas, siguiendo precios y tendencias.

Adicionalmente, las empresas acuícolas saben que cuentan con un importante poder negociador frente a las plantas de alimento. La producción de dietas para salmónidos es una actividad económica con costos fijos relevantes, de modo que la tasa de ocupación de las líneas de extrusión incide significativamente en los números finales de los fabricantes. En una industria en donde cinco empresas concentran el 50% de los cultivos de salmónidos (y quince concentran el 95%), cada contrato de suministro puede ser crítico. Las empresas acuícolas, conscientes de lo anterior, negocian al detalle, y en ocasiones mediante licitaciones conjuntas,⁴³ las condiciones comerciales y técnicas de las dietas, lo que a su vez es consistente con los bajos márgenes de las plantas.

En las secciones siguientes se muestran manifestaciones concretas de la sofisticación y poder negociador de las empresas acuicultoras. En primer término, se analizarán las características principales de los contratos de suministro, incluyendo el sistema de reajuste trimestral de los precios, las cláusulas de competitividad, la facultad de realizar auditorías contables y los reajustes retroactivos de precios. Luego, se analizarán los procedimientos de licitación llevados a cabo para adjudicar dichos contratos a los productores de alimento.

⁴⁰ Empresas AquaChile S.A., Australis Seafoods S.A., Multiexport Foods S.A., Compañía Pesquera Camanchaca S.A. y Blumar S.A. Véase <http://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18591.html> [Fecha de última visita: 15/5/20].

⁴¹ Pesquera Los Fiordos Limitada. Véase <http://www.cmfchile.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=76129263&grupo=0&tipoentidad=RVEMI&row=&vig=VI&control=svs&pestanía=69> [Fecha de última visita: 15/5/20].

⁴² (a) Marine Harvest: Marine Harvest Chile S.A. y Salmones Tecmar S.A.; (b) Cermaq: Cermaq Chile S.A., Salmones Humboldt S.A., Mainstream Chile S.A., Sociedad Acuícola y Comercial Las Chauques Ltda. (asociadas a Mitsubishi); y (c) Joyvio: Australis Seafoods S.A.

⁴³ Por ejemplo, Blumar y Camanchaca, y Australis y Marine Farm realizaron licitaciones conjuntas de volúmenes de alimento en los años 2013 y 2016, respectivamente.

ii. Contratos de suministro de dietas

El Requerimiento se refiere a un periodo de trece años (2003-2015), durante el cual la forma en que las empresas acuicultoras contratan el suministro de dietas ha variado significativamente. Actualmente (y en el último periodo de la Época del Requerimiento) es común que las empresas acuicultoras celebren contratos de suministro de entre uno y tres años de duración, mediante los cuales asignan un determinado porcentaje de sus requerimientos de alimento proyectados para el periodo. Es normal que una empresa acuicultora seleccione dos o más plantas de alimento para proveerse de dietas, a fin de mantener flexibilidad, contar con alternativas en caso de quiebres de inventario o imprevistos, y tener una fuente constante de comparación de dietas durante la vigencia de los contratos. Por ejemplo, una empresa acuicultora puede adjudicar el 60-70% del volumen de alimento de agua salada al proveedor que presente la mejor oferta técnica y económica, asignando el 40-30% restante a la planta que obtenga el segundo lugar.

Sin perjuicio de lo anterior, las empresas acuicultoras usualmente asignan centros específicos en forma exclusiva a cada proveedor, de modo que un mismo ciclo de cultivo sea alimentado por dietas provenientes de una única planta. La asignación de centros a los proveedores de alimento suele tener lugar con posterioridad a la adjudicación de los contratos de suministro, de acuerdo con el programa de cada ciclo productivo. Esta práctica otorga a los clientes trazabilidad, permitiendo identificar claramente la fuente de un eventual problema asociado a la nutrición de los peces y evaluar el desempeño productivo de las dietas de cada proveedor de alimento.⁴⁴

iii. Reajustes de precios

La frecuencia y método de reajuste de los precios también ha sido una materia que evolucionó durante la Época del Requerimiento. En lo que respecta a la frecuencia, en gran parte de la Época del Requerimiento primó un modelo de esquema trimestral o por *quarter*.⁴⁵

En lo que respecta al método, los contratos de suministro más antiguos contemplaban fórmulas de reajuste que contenían un número acotado de materias primas u otros factores, tales como las variaciones del tipo de cambio con el dólar de los Estados Unidos de América, el índice de precios del consumidor y el precio del petróleo, entre otros. Este sistema de

⁴⁴ Sin embargo, ello no significa que las empresas acuicultoras se encuentren absolutamente impedidas de reemplazar a un proveedor de alimentos durante un ciclo productivo. En ocasiones excepcionales, los clientes pueden reemplazar a la planta de alimento ante problemas nutricionales o sanitarios asociados a las dietas u otras circunstancias equivalentes.

⁴⁵ Sin embargo, existen casos de contratos con otra frecuencia de reajuste.

reajuste es denominado en la industria ‘polinomio’. Al final de la Época del Requerimiento el sistema de ‘polinomio’ seguía siendo utilizado en contratos de suministro de alimento de agua dulce, medicados y, en menor medida, en algunos de agua de mar. El Cuadro N° 1 refleja un nivel de apertura según polinomio:

Cuadro N° 1 – Ejemplo de apertura polinomio

| | | |
|---|--------------------|-------------------------|
| AJUSTE DE PRECIOS: Los precios de alimentos para agua dulce ALITEC, se reajustarán trimestralmente según las variaciones en los precios proyectados para la Harina de Pescado, Aceite de Pescado, Trigo, Gluten de Maíz y Harina de Soya, ponderados por sus porcentajes de inclusión promedio en las fórmulas de agua dulce, considerando los siguientes valores base: | | |
| Insumo | Valor Base USD/Ton | Factor de Ponderación % |
| Harina de Pescado Súper Prime | 1.300 | 55% |
| Aceite de Pescado acidez máx. 1,5% | 730 | 14% |
| Trigo | 350 | 5% |
| Gluten de Maíz | 720 | 7% |
| Harina de Soya | 515 | 5% |

Fuente: Contrato de abastecimiento de alimento entre Salmones Multiexport S.A. y Biomar Chile S.A., de 1° de diciembre de 2009.

En contraste, en contratos más recientes las empresas acuicultoras han exigido un sistema de reajuste que siga de cerca las fluctuaciones de la mayoría de los insumos. Para implementar ese sistema, las propuestas de las plantas de alimento deben incluir una lista de materias primas e insumos (con sus respectivos porcentajes de inclusión en la dieta y costos), el detalle de otros costos variables (como merma, empaque o energía) y finalmente una suma fija, que cubre otros costos agregados y el margen. Esta metodología de reajuste se denomina en la industria *cost-plus*, en la medida que combina una serie de ítems susceptibles de ajuste periódico (*cost*) y un monto que permanece fijo durante la vigencia del contrato (*plus*). El Cuadro N° 2 refleja ese nivel de apertura:

Cuadro N° 2 – Ejemplo de apertura *cost-plus*

| QX 20XX | | Nombre de la dieta | | | | | | |
|--|-------------------------|--------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Costo IMA | | | | | | | | |
| USD/kg | INSUMO | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre |
| | Harina de Pescado | | | | | | | |
| | Aceite de Pescado | | | | | | | |
| | Aceite Vegetal | | | | | | | |
| | Policap | | | | | | | |
| | Trigo | | | | | | | |
| | Harina de Soya | | | | | | | |
| | Harina de Maravilla 41% | | | | | | | |
| | Gluten de Maiz | | | | | | | |
| | Afrecho de Raps | | | | | | | |
| | Harina de Plumas | | | | | | | |
| | Harina de Visceras | | | | | | | |
| | Harina de Sangre | | | | | | | |
| | Expeller de Mani | | | | | | | |
| | Harina de Cerdo | | | | | | | |
| % Total IMA | | | | | | | | |
| Costo directo Insumos mayores USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo directo Otros Insumos USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo Directo Materias Primas USD/kilo | | | | | | | | |
| Merma USD/kilo | | | | | | | | |
| Empaque USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo Directo USD/kilo | | | | | | | | |
| Energia USD/kilo | | | | | | | | |
| Otros Costos USD/kilo | | | | | | | | |
| Margen USD/kilo | | | | | | | | |
| Plus USD/kilo | | | | | | | | |
| Precio DietaQX-XX USD/kilo | | | | | | | | |

Fuente: elaboración propia de Biomar.

Este modelo⁴⁶ de apertura de *cost-plus* refleja, para cada trimestre de cada año, el costo directo de los insumos mayores⁴⁷ en la fila ‘costo directo Insumo mayores’. Ese valor a su vez es el resultado de ponderar los costos de cada uno de los insumos mayores (columna ‘costo IMA’) por los porcentajes de ese insumo para cada uno de los calibres de cada dieta (columnas ‘calibre’). Al costo directo de insumos mayores se suma el costo directo de microinsumos y costos por conceptos de merma y empaque, lo que da como resultado el costo directo para cada calibre de la dieta (en la fila ‘costo directo’). En cuanto al *plus*, este se refleja en la fila ‘*plus*’, y está compuesto en este modelo por la suma de la energía (eléctrica, diésel, gas u otros), otros costos (mano de obra, mantención, laboratorios, costos fijos y depreciación) y un margen que se atribuye para cada calibre de cada dieta. Como resultado de la suma entre el costo directo por materias primas, otros costos directos y el *plus* se obtiene el precio ofertado para cada calibre de cada dieta por la planta de alimento, que se muestra en la fila ‘precio dieta’. Cabe señalar que para cada trimestre existirán precios distintos para cada uno de los calibres de cada una de las dietas.

⁴⁶ Cabe señalar que la distribución de componentes en el modelo *cost-plus* puede variar entre plantas de alimento, entre acuicultores (en la medida que exigen una determinada forma de presentación de datos en su proceso de licitación) y/o en el tiempo.

⁴⁷ Aquellos descritos bajo la columna ‘insumos’.

Otro aspecto relevante es que el precio del pigmento añadido a las dietas suele ser negociado separadamente por la planta de alimento y el acuicultor, de modo que no se ve reflejado en el modelo *cost-plus* y su valor tiende a permanecer constante durante la vigencia del contrato.

Al inicio de cada trimestre,⁴⁸ la planta de alimento debe informar a la empresa acuícola los costos proyectados de las materias primas y los porcentajes de inclusión de las materias primas incluidas en cada una de las dietas suministradas, lo que en forma agregada produce un reajuste en el precio. Los reajustes bajo el sistema *cost-plus* normalmente se realizan sobre los costos proyectados de las materias primas para el siguiente periodo. Esos costos proyectados se obtienen de la combinación de valorización de inventarios, compras ya realizadas (posiciones cerradas y con precio fijado) y compras por realizar.⁴⁹ En el caso de las compras por realizar, las plantas de alimento consideran en algunas ocasiones el valor de reposición actual de la materia prima, mientras que en otras atienden a estimaciones de precios. El Cuadro N° 3 muestra un ejemplo de cláusula de reajuste *cost-plus*:

⁴⁸ U otro periodo de reajuste que resulte aplicable.

⁴⁹ La industria de producción de alimento para salmónidos trabaja con inventarios acotados de materias primas, con objeto de utilizar un menor capital de trabajo.

Cuadro N° 3 – Ejemplo de cláusula de reajuste *cost-plus*

| |
|---|
| <p>QUINTO: Los precios de las dietas están determinadas por la suma de dos componentes, uno variable que se construye del producto entre el costo de las materias primas y su nivel de inclusión en la formulación de alimento (en adelante “Cost”), y un componente fijo que remite al margen, merma, empaque, análisis de laboratorio, energía y otros costos fijos (en adelante “Plus”). Este último será fijo para cada dieta durante todo el periodo que tenga validez el presente contrato.</p> <p>El “Cost” deberá reflejar una apertura de al menos el 96% para todos los Macro Insumos que componen el volumen de las dietas, quedando un tope de 4% de inclusión para los Micro Insumos. Estos últimos no se encontrarán abiertos dado que constituyen el know-how de “BioMar”, no obstante se entregará un precio referencial por punto de éstos para cada dieta y trimestre, de manera que “el Cliente” pueda monitorearlos indirectamente.</p> <p>En el caso del Reproceso, siendo éste un Macro Insumo poco deseable por parte del “Cliente”, “BioMar” se compromete a no incrementar su nivel de inclusión en sus dietas más allá del 2%, salvo las dietas de la línea medicada AQUAVET, en que por diseño el reproceso puede llegar hasta el 3%. Para todos los efectos, se entenderá como Reproceso Seco, sin aceitar.</p> <p>SEXTO: Para la propuesta trimestral de las listas de precio de las dietas mencionadas en los documentos adjuntos Anexo N°6 (v.i) Cost Plus Agua Dulce y (v.ii) Cost Plus Agua Mar, “BioMar” proyectará los precios de las materias primas y entregará una propuesta de formulación para cada dieta durante el trimestre, modificando así el “Cost” en relación al trimestre anterior, mientras que el “Plus” se mantendrá fijo como se estipuló anteriormente.</p> <p>“BioMar” deberá enviar trimestralmente las listas “Cost-Plus” con una anticipación máxima de quince (15) días previos al cambio de trimestre y como mínimo un (1) día. Una vez recepcionada la lista “Cost-Plus”, el “Cliente” dispondrá de siete (7) días corridos para determinar su opción de suministrar los insumos marinos al Proveedor, esto es Harina y Aceite de Pescado, fijando las cantidades y precios para éstos. En este caso, un tercio (1/3) del volumen acordado deberá ser entregado a más tardar quince (15) días posteriores de manifestada la opción de suministro antes dicha. Las calidades y demás especificaciones técnicas, tanto de estos insumos como de otros que componen las dietas, quedan estipuladas en el Anexo N°6, (i) Especificaciones de Calidad de Materias Primas, y no podrán ser exigibles mayores condiciones de las que en dicho documento fueron estipuladas para el proceso de suministro de los insumos marinos.</p> <p>La segunda propuesta del “Cost” tendrá validez para el periodo de Abril a Junio de 2014, equivalente al periodo Q2-2014.</p> <p>“BioMar” podrá modificar su cartera de productos con el fin de introducir mejoras a los resultados del “Cliente”, en cuyo caso éste deberá aceptar o rechazar los cambios propuestos. Todos los productos nuevos deberán cotizarse con la apertura del “Cost-Plus” acordada, tomando los “Plus” más bajos de dietas similares. Se adjuntan en el Anexo N°6, (ii.i) y (ii.ii) Rangos de Inclusión de Materias Primas Agua Dulce y Agua Mar, los rangos mínimos y máximos de inclusión de éstas y en Anexo N°6 (iii.i) y (iii.ii) Proximales de Dietas Agua Dulce y Agua Mar, las especificaciones proximales para las dietas ofertadas.</p> |
|---|

Fuente: Contrato de abastecimiento de alimento para salmones Biomar Chile S.A. y Salmones Camanchaca S.A., de 1° de enero de 2014.

Las empresas acuicultoras analizan con detalle cada proceso de reajuste de precios de las dietas. En otras palabras, los clientes no se limitan a recibir pasivamente una nueva lista de precios, sino que reaccionan a las variaciones en los costos de las materias primas, solicitando en ocasiones justificaciones de dichas variaciones, o derechamente oponiéndose cuando estiman que no se condicen con las tendencias observadas en los respectivos mercados.

Adicionalmente, ciertos clientes (como Blumar y Camanchaca) pertenecen a grupos empresariales que a su vez son oferentes de harina y aceite de pescado. Esos clientes incluyen en los contratos de suministro la opción de proveer ellos la harina y el aceite de pescado a

los precios trimestralmente informados por la planta de alimento. Esto significa que, en el evento de estimar que los precios proyectados para un determinado trimestre son atractivos, esos clientes pueden aportarlas directamente, en vez de que la planta se abastezca en el mercado.

iv. Cláusulas de competitividad

Algunas empresas acuícolas han exigido incorporar en los contratos de suministro cláusulas de competitividad. En virtud de estas cláusulas, el comprador de alimento establece que aceptará una diferencia porcentual máxima (normalmente entre 2%-5%) entre los precios de las dietas de sus diferentes proveedores en cada reajuste periódico. En consecuencia, si los precios de un proveedor sobrepasan el umbral de competitividad fijado, se deberá aplicar un ajuste a la baja. El Cuadro N° 4 muestra un ejemplo de cláusula de competitividad acordada por Biomar el año 2010:

Cuadro N° 4– Ejemplo de cláusula de competitividad

16.- CLAUSULA DE COMPETITIVIDAD:

BIOMAR CHILE se compromete a que durante la vigencia del abastecimiento de alimentos y pigmentos velará porque las calidades de productos, los precios y condiciones del contrato, así como la asesoría y servicios que brinde a **SALMONES HUMBOLDT**, sean competitivos en relación a las que tengan otros clientes, teniendo en consideración los volúmenes de abastecimiento y la forma de pago.

Para efectos de asegurar la competitividad de precios, entendiendo que los precios de inicio del contrato presentan diferencias entre ambos proveedores y que dichas diferencias se entienden aceptadas por **SALMONES HUMBOLDT**, se propone la siguiente cláusula de competitividad:

a) **SALMONES HUMBOLDT**, aceptará diferencias máximas de un 3% en las propuestas de ajustes de precios de alimentos entre sus 2 proveedores, para cada ajuste trimestral, aceptándose que la diferencia refleja las diferentes posturas de precio de materias primas tomadas por ambos proveedores, así como también los distintos esquemas de costeo.

b) **SALMONES HUMBOLDT**, se reserva el derecho a exigir la corrección del ajuste de precios propuesto por **BIOMAR CHILE** si las diferencias resultaran mayores al 3% durante 2 trimestres seguidos. **BIOMAR CHILE** estará obligado a respetar esta cláusula y seguir abasteciendo de alimento, con las diferencias máximas pactadas (en caso de que se produzca esta eventualidad) y compensar la diferencia superior al 3% en los trimestres en cuestión, en forma retroactiva.

c) En ambos casos, **BIOMAR CHILE** podrá exigir a **SALMONES HUMBOLDT** la información de ajuste de precios con la que se está comparando, a manera de hacer transparente los posibles ajustes y correcciones. La comparación se hará con el ajuste promedio de precios del otro proveedor de alimentos de **SALMONES HUMBOLDT** considerando dietas similares y mismos períodos, para la evaluación de precios base de materias primas.

d) Se entiende que el objeto final de la cláusula es mantener la competitividad entre ambos proveedores de alimentos de **SALMONES HUMBOLDT** sin llegar a diferencias de costos por kilo de alimento mayores a un 3%, entre ambos, en el período total del contrato.

Fuente: Contrato de abastecimiento entre Salmones Humboldt S.A. y Biomar Chile S.A., de 31 de mayo de 2010.

Nótese que la combinación del sistema de reajuste *cost-plus* con las cláusulas de competitividad produce un efecto asimétrico respecto del riesgo financiero asociado al aprovisionamiento de materias primas, transfiriendo los beneficios a las empresas acuícolas y las pérdidas a las plantas de alimento. En teoría, si una planta de alimento obtuviese precios de abastecimiento mejores que los imperantes en el mercado para un determinado trimestre (es decir, una buena gestión de abastecimiento), el sistema de reajuste *cost-plus* se traduciría en la transferencia de esos mejores precios a la empresa acuícola. En contraste, si la misma planta cerrase posiciones desfavorables en materias primas, la empresa acuícultora podría gatillar la aplicación de la cláusula de competitividad, exigiendo que los precios de las dietas no superen en un determinado porcentaje a aquellos cobrados por el otro proveedor. De esa forma, las plantas de alimento absorberían las pérdidas asociadas a un aprovisionamiento de materias primas en términos desfavorables.

v. Auditorías

Las empresas acuícultoras no solo realizan un escrutinio respecto de los reajustes trimestrales en forma preventiva, sino que también se reservan el derecho de auditar los costos de las materias primas.⁵⁰ Si la auditoría refleja una diferencia entre los costos proyectados al inicio del trimestre y los efectivamente incurridos en el aprovisionamiento de las materias primas utilizadas en las dietas de ese cliente, entonces el proveedor debe efectuar un reajuste retroactivo, documentado mediante una nota de crédito, y que normalmente se materializa como nota de crédito contra facturas por pagar. El Cuadro N° 5 da cuenta de una cláusula de auditoría contable:

Cuadro N° 5 – Ejemplo de cláusula de auditoría

DÉCIMO: Las partes acuerda la realización de 4 auditorías al año, con una frecuencia trimestral, enfocadas en los Costos de los macro insumos por un lado, y en la Formulación de las dietas, aspectos técnicos y funcionamiento de la/las planta(s) de alimentos por el otro.

En caso de detectarse una diferencia no justificada o no declarada, tal que se genere una Nota de Crédito, ésta será 100% a favor del ‘Cliente’.

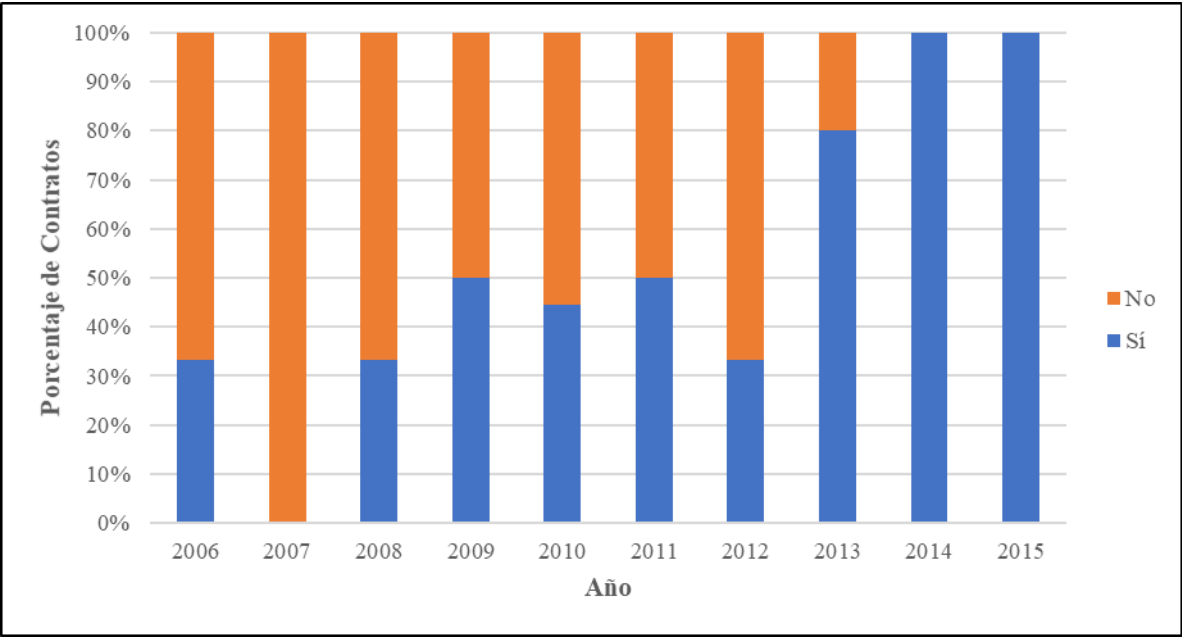
Fuente: Contrato de abastecimiento de alimento para salmones entre Biomar Chile S.A. y Salmones Blumar S.A., de 22 de enero de 2015.

Al igual que con otras prácticas contractuales, las auditorías sobre los costos de las materias primas han variado significativamente durante la Época del Requerimiento. Al

⁵⁰ Estas auditorías de carácter más bien contable deben distinguirse de auditorías técnicas relativas al proceso productivo y las materias primas.

respecto, es posible anotar dos tendencias relevantes. La primera es que las auditorías han aumentado su sofisticación y profundidad. Una muestra de ello es que en épocas recientes las empresas acuicultoras emplean personal especializado en auditoría, o directamente contratan auditores externos, para efectos de llevar a cabo esos procesos. La segunda tendencia consiste en que las auditorías han aumentado su ocurrencia, tanto en términos de la cantidad de clientes que incluyen cláusulas de auditoría en sus contratos de suministro como de la frecuencia con que los procesos son llevados a cabo. El Gráfico N° 4 da cuenta de la mayor inclusión de cláusulas de auditoría en los contratos de suministro:

Gráfico N° 4 – Clientes de Biomar que incluyeron cláusula de auditoría sobre costos de materias primas en contrato de suministro de alimento (2006-2015)



Fuente: elaboración propia de Biomar.

vi. Reajustes retroactivos

Algunos contratos de suministro de dietas incluyen la obligación de informar al cliente los costos de materias primas incurridos durante el trimestre al término del mismo. Esas cláusulas contemplan que, de existir una diferencia sobre cierto porcentaje entre los costos realmente incurridos y aquellos proyectados al inicio del trimestre, se produce un reajuste retroactivo con la finalidad de ajustar las listas de precios a los costos reales. Ese reajuste se materializa usualmente mediante la emisión de notas de crédito a favor del cliente. El Cuadro N° 6 da cuenta de una cláusula de reajuste retroactivo de precio:

Cuadro N° 6 – Ejemplo de cláusula de reajuste retroactivo

| |
|---|
| <p>CUARTO: PRECIOS [...] Esta evaluación se deberá hacer al término de cada trimestre, una vez que el Proveedor entregue los precios reales de compra en el proceso de reajuste del sistema Cost Plus, mediante la entrega de la lista de precios reales dentro de los 15 días hábiles siguientes al cierre del periodo. En caso de que una de las materias primas indicadas precedentemente no sea común para los diferentes proveedores, éstas se homologarán a un único precio.</p> <p>En caso de existir diferencias superiores al 1,5%, se deberá emitir una Nota de Crédito a favor del Cliente, con la finalidad de ajustar la lista de precios en el porcentaje correspondiente a la diferencia detectada y que supere el valor antes mencionado.</p> <p>El precio del pigmento Astaxantina Sintética que sean utilizados tendrán un valor de USD 1,00 por cada 1.000 ppm durante el período del Contrato.</p> |
|---|

Fuente: Contrato de abastecimiento de alimento para salmones entre Biomar Chile S.A. y Australis Mar S.A., de 1° de julio de 2015.

vii. Licitaciones de contratos de suministro

La forma de adjudicación de contratos de suministro de dietas también ha variado durante la Época del Requerimiento. Al menos en los últimos años, los clientes han utilizado mayoritariamente procesos de negociación más o menos estructurados, calificados en la industria como ‘licitaciones’.

La licitación inicia con una invitación a ofrecer el suministro de un determinado porcentaje del volumen de alimento requerido para un periodo de entre uno y tres años. A esa invitación normalmente se adjuntan las bases de la licitación, que regulan tanto el procedimiento como aspectos técnicos y comerciales. Es común que el proceso también contemple una ronda de aclaraciones antes de la presentación de las ofertas.

Las ofertas de las plantas de alimento reciben una doble evaluación técnica y comercial. La evaluación técnica se centra en: (i) la energía y proteína digestibles; (ii) los niveles de EPA+DHA⁵¹ en cada dieta; (iii) la descripción del proceso productivo y mecanismos para evitar la contaminación cruzada; (iv) control de calidad a los insumos y producto terminado; (v) garantía de ausencia de colorantes cancerígenos y sustancias prohibidas; (vi) procedimiento de monitoreo de materias primas;⁵² (vii) certificaciones y sistemas de gestión; (viii) sistemas de trazabilidad de los productos; (ix) análisis para determinar la calidad física y química del alimento recibido en centros de cultivo; (x) porcentaje máximo de reproceso incluido en las dietas; (xi) aspectos de sostenibilidad y

⁵¹ La cantidad de EPA+DHA que contiene un filete es resultado de la proporción de EPA y DHA en el alimento en relación a los lípidos totales, la cantidad de lípidos contenida en el filete del salmón y el sector del filete analizado (e.g. NQC, belly o loin).

⁵² Según cada ingrediente se debe monitorear diferentes parámetros. Por ejemplo, en el caso de las materias primas de origen vegetal se debe realizar análisis con respecto a la micotoxinas y aflatoxinas respetando los parámetros fijados por el Servicio Agrícola y Ganadero de Chile (o ‘SAG’), a falta de legislación nacional, los parámetros fijados por la Comunidad Europea o utilizando estándares comunes en la industria.

nutricionales de las dietas; (xii) planes de respuesta para alimentos medicados; y (xiii) niveles aceptados de parámetros físicos, higiénicos, químicos y seguridad de los alimentos, así como sus respectivos mecanismos de compensación.

En lo que respecta a la evaluación comercial, los clientes han solicitado en los últimos años que las propuestas sean presentadas como listas de precios con un modelo *cost-plus*, esto es, con apertura a nivel de materias primas y otros costos pormenorizados (energía, merma, empaque), así como una suma que comprenda otros costos agregados y el margen de la planta de alimento. El Cuadro N° 7 da cuenta de una propuesta económica presentada con un modelo *cost-plus*:

Cuadro N° 7 – Ejemplo de propuesta económica presentada bajo modelo *cost-plus*

| OX 20XX | | Nombre de la dieta | | | | | | |
|--|-------------------------|--------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Costo IMA | | | | | | | | |
| USD/kg | INSUMO | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre | Calibre |
| | Harina de Pescado | | | | | | | |
| | Aceite de Pescado | | | | | | | |
| | Aceite Vegetal | | | | | | | |
| | Policap | | | | | | | |
| | Trigo | | | | | | | |
| | Harina de Soya | | | | | | | |
| | Harina de Maravilla 41% | | | | | | | |
| | Gluten de Maiz | | | | | | | |
| | Afrecho de Raps | | | | | | | |
| | Harina de Plumas | | | | | | | |
| | Harina de Visceras | | | | | | | |
| | Harina de Sangre | | | | | | | |
| | Expeller de Mani | | | | | | | |
| | Harina de Cerdo | | | | | | | |
| | % Total IMA | | | | | | | |
| Costo directo Insumos mayores USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo directo Otros Insumos USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo Directo Materias Primas USD/kilo | | | | | | | | |
| Merma USD/kilo | | | | | | | | |
| Empaque USD/kilo | | | | | | | | |
| Costo Directo USD/kilo | | | | | | | | |
| Energia USD/kilo | | | | | | | | |
| Otros Costos USD/kilo | | | | | | | | |
| Margen USD/kilo | | | | | | | | |
| Plus USD/kilo | | | | | | | | |
| Precio DietaQX-XX USD/kilo | | | | | | | | |

Fuente: elaboración propia de Biomar.

Como se explicó en la sección II.C.iii, este formato de oferta permite más adelante el reajuste de la lista de precios mediante la variación de los costos de las materias primas. Durante la fase de licitación la apertura *cost-plus* también permite a las empresas acuicultoras realizar una comparación detallada entre las distintas propuestas.

Otras variables comerciales relevantes son:

- a) Descuentos por volumen: atendida la importancia de las economías de escala para las plantas, es común que se otorguen descuentos condicionados a que el cliente efectivamente demande el volumen de alimento que está adjudicando. Los descuentos por volumen suelen encontrarse en el rango de 1%-3% del precio base o entre \$5-15 USD por tonelada vendida.
- b) Closing fee: el *closing* o *renewal fee* corresponde a un descuento anticipado para obtener la adjudicación o renovación de un contrato de suministro. Este descuento normalmente se manifestaba como un monto determinado de dinero, materializado mediante una nota de crédito que se compensaba con las cuentas por pagar que el cliente tenía con la planta de alimento.
- c) Rebates: corresponden a pagos asociados al cumplimiento de ciertas metas, ya sea el volumen asignado en la licitación o a la compra de cierto porcentaje de alimento de agua dulce. Si la meta no es cumplida por el cliente dentro del plazo, es posible extender la vigencia del contrato de suministro para permitirle obtener el *rebate*.⁵³
- d) Condiciones crediticias: dentro de las condiciones crediticias más relevantes se encuentran el plazo de pago, la cuantía de la línea de crédito y las tasas de interés aplicables. Respecto al plazo, es común que se otorguen descuentos condicionados al pronto pago por parte del cliente. Los descuentos por pronto pago suelen encontrarse en el rango de 0,5%-3% del precio facturado.

Una vez recibidas las ofertas, las empresas acuicultoras normalmente realizan una comparación de los términos técnicos y comerciales, con objeto de identificar las fortalezas y debilidades relativas de cada proponente. Con esa comparación en mano, es usual que los clientes soliciten a las plantas de alimento presentar una oferta revisada, muchas veces indicándoles que la competencia tiene mejores términos en determinadas partidas. Finalmente, es usual que después de la presentación de las ofertas revisadas tenga lugar una última reunión de negociación entre altos ejecutivos de la planta de alimento y la empresa acuicultora. En esa reunión normalmente se produce una nueva mejora de los términos comerciales a favor del acuicultor.

Esta estructura de licitación –en donde las empresas acuicultoras cuentan con un gran nivel de apertura respecto de los distintos elementos que integran las ofertas, y en donde tienen lugar múltiples rondas de negociación– se traduce en una agresiva competencia entre las plantas de alimento. Por ello, la correspondencia electrónica de la Época del Requerimiento refleja –sin perjuicio de ciertas excepciones puntuales y de larga data, abordadas en la sección VI– una activa rivalidad.

⁵³ El alimento de agua dulce representa alrededor de un 5% del total de volumen de alimento que consume un salmónido en su ciclo de vida.

Es necesario destacar que la FNE no imputa a las Requeridas un acuerdo o una práctica concertada para coordinar su participación en las licitaciones de los contratos de suministro. Esto es interesante pues las licitaciones son precisamente la oportunidad donde se fija el *plus*, aquel componente de la oferta económica que incluye teóricamente el margen o utilidad de las Requeridas. Si realmente hubiere existido un cartel organizado y estable para fijar los precios de las dietas para salmónidos, ese cartel probablemente habría implicado un reparto de clientes y/o volúmenes, sumado a una fijación coordinada del *plus*. La teoría del caso de la FNE, en cambio, supone un hipotético nivel de coordinación muchísimo más complejo, atendida la diversidad de insumos, la pluralidad de dietas y la heterogeneidad en los porcentajes de inclusión. Como se analizará en detalle en las secciones III y IV, la información contenida en las comunicaciones entre las Requeridas es precisamente insuficiente para dar lugar a una coordinación de esa naturaleza y nivel.

D. DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA DEL MERCADO RELEVANTE

La FNE plantea como definición de mercado relevante la producción y comercialización de alimento para salmónido dentro de Chile.⁵⁴ Esta parte no controvierte la propuesta de definición de mercado relevante,⁵⁵ sin perjuicio de disentir de algunos comentarios respecto de sus características y estructura.

⁵⁴ Requerimiento, pp. 15-17.

⁵⁵ La definición de la FNE parece consistente con precedentes de la Comisión Europea en casos de operaciones de concentración en esta industria. En *CVC/PA/Europe/Provimi* (Caso N° COMP/M.2956, 28 de octubre de 2002), la Comisión consideró los mercados relativos a la producción de alimento para animales, notando que el proceso productivo, los ingredientes, los canales de distribución y clientes en el caso de alimento para peces eran bastante diferentes respecto de alimento para otros animales, aunque no definió un mercado relevante. La separación de mercados relevantes de producción de alimento para animales y de alimento para peces ha sido reiterada en decisiones posteriores (Véase Caso N° COMP/M.4617, *Nutreco/BASF*, 25 de septiembre de 2007; Caso N° COMP/M.5558, *Nutreco/Cargill*, 24 de noviembre de 2009; Caso N° COMP/M.6383, *Cargill/Korofrance*, 16 de noviembre de 2011; Caso N° COMP/). Más adelante, en *Nutreco/Stolt-Nielsen/Marine Harvest JV* (Caso N° COMP/M.3722, 12 de abril de 2005), la Comisión estimó: (i) que la existencia de un mercado de alimento para la acuicultura de salmónidos distinto de un mercado de alimento para acuicultura en general era posible; (ii) que, desde una perspectiva de sustitución de la oferta, cambiar de la producción de alimento para un tipo particular de acuicultura a la producción para otro tipo de acuicultura sería relativamente simple y (iii) que, en todo caso, era innecesario llegar a una conclusión respecto de la distinción entre un mercado de alimento para acuicultura de peces en general y un mercado de alimento para acuicultura de salmónidos, en atención a que la producción de alimento para salmónidos correspondería al 97% de la producción de alimento para acuicultura.

En lo que respecta al alcance geográfico, en *Nutreco/Stolt-Nielsen/Marine Harvest JV* (Caso N° COMP/M.3722, *Nutreco/Stolt-Nielsen/Marine Harvest JV*, 12 de abril de 2005) la Comisión determinó que, atendida la importancia de los costos de transportes y la relativa proximidad de las plantas de alimento para acuicultura a las regiones en las que se emplazan los centros de acuicultura, los mercados probablemente tendrían un alcance geográfico nacional.

La FNE sostiene que las salmoneras difícilmente podrían reemplazar a las Requeridas tanto en el corto como en el largo plazo.⁵⁶ En particular, la FNE afirma que los importantes costos hundidos asociados a una planta de alimento permitirían “*concluire que esta [la integración vertical] sería una alternativa poco plausible para la mayoría de las empresas [salmoneras]*”. Esta parte no controvierte que la entrada a la producción de alimento para salmónidos requiere una inversión inicial para alcanzar una escala mínima eficiente, así como tiempo para obtener las aprobaciones regulatorias pertinentes y construir la infraestructura.

Sin embargo, la tesis de la FNE contrasta con la existencia de integraciones verticales en Chile (Los Fiordos y Salmones Antártica, y hasta el año 2007, Cultivos Marinos Chiloé). En la misma línea, Ecofeed –la antecesora de Biomar– fue fundada en Chile al alero de una salmonera y luego fue vendida al grupo Biomar. De forma similar, Salmofood fue producto de la asociación de tres productores de salmón, que luego vendieron la planta de alimento.⁵⁷ Otro tanto puede señalarse respecto de antiguos casos de integración vertical a nivel global: tanto Marine Harvest como Cermaq se desintegraron verticalmente de Skretting y Ewos en 2006 y 2013.⁵⁸ En otras palabras, no solo la integración vertical es posible, sino que además es frecuente la tendencia contraria: la desintegración vertical como una forma de obtener un aprovisionamiento de alimento a menor costo, accediendo a proveedores externos.

De hecho, las empresas acuicultoras sí han evaluado la conveniencia de desarrollar plantas de alimento, y si no lo han hecho probablemente se debe a los bajos márgenes de la industria. Por ejemplo, en su oferta de acciones de primera emisión de 2007, Multiexport explicó sus razones para no integrarse verticalmente en la producción de alimento para salmónidos. En primer término, Multiexport destacó los bajos márgenes asociados a la producción de alimentos, indicando que “*la Compañía posee recursos limitados y varios proyectos en carpeta con rentabilidades esperadas superiores a la de una planta de alimentos*”⁵⁹ y que “*el negocio del alimento es muy competitivo y de menor margen que el del salmón.*”⁶⁰ En segundo lugar, Multiexport añadió que “*existe capacidad ociosa para la producción de alimento a nivel mundial y una alta competencia entre los tres mayores productores que concentran cerca del 88% de la producción mundial, lo que permite negociar buenas tarifas.*”⁶¹ La conjunción de ambas razones conduce, a juicio a Multiexport,

⁵⁶ Requerimiento, párrafo 42.

⁵⁷ Otro ejemplo lo constituyó la planta de Cultivos Marinos Chiloé, que funcionó hasta el 2008, año en que Ewos cerró un acuerdo de compra de ésta. Este acuerdo se cayó después, pero la planta ya no operaba y nunca más funcionó. (<http://www.aqua.cl/2008/05/05/ewos-pretende-adquirir-planta-de-alimentos-de-cultivos-marinos-chiloe/>) [Fecha de última visita: 15/5/20].

⁵⁸ Véase II.B.ii.

⁵⁹ Oferta de Acciones de Primera Emisión de Multiexport Foods, de junio de 2007, p. 88.

⁶⁰ Id., p. 87.

⁶¹ Id., p. 87.

a una conclusión obvia: “la manera más eficiente para abastecerse de alimentos es trabajando en conjunto con las grandes empresas proveedoras.”⁶² Sin embargo, contrariamente a lo esbozado por la FNE, Multiexport aclaró: “si por algún motivo se pusiera en riesgo la seguridad de abastecimiento, la Compañía está en condiciones de implementar su propia planta en un plazo muy breve.”⁶³

En otras palabras, la decisión de las empresas acuicultoras de no integrarse verticalmente durante más de trece años es un fuerte indicador de que el acuerdo como el imputado por la FNE no es efectivo (y que, en consecuencia, las empresas acuicultoras no han tolerado unas supuestas “ventajas e ingresos sobrenormales” de las plantas de alimento).

La FNE también estima que el mercado contaría con ciertas características estructurales que facilitarían el acuerdo imputado. Sin embargo, la estructura del mercado también es compatible con una competencia intensa, que es lo que ha primado entre las Requeridas durante la Época del Requerimiento.

Finalmente, un aspecto relevante soslayado por la FNE en su análisis de la industria corresponde al poder de negociación de las empresas acuicultoras. Como se analizó en la sección II.C., los clientes cuentan con un importante poder de negociación, que se deriva tanto de la relativa concentración de la industria como de la relevancia del volumen de ventas en la rentabilidad de las plantas de alimento. A su vez, ese poder negociador se traduce en procesos licitatorios competitivos y en contratos que otorgan amplias prerrogativas a las empresas acuicultoras, incluyendo estructuras de precio con alto nivel de apertura (modelo *cost-plus*), cláusulas de competitividad, posibilidad de efectuar auditorías, etc. Ese poder de negociación, sumado al conocimiento acerca de los mercados de las materias primas, contrarían la teoría del caso presentada por la FNE en el Requerimiento.

III. NO EXISTIÓ UN CARTEL DE FIJACIÓN INDIRECTA DE LOS PRECIOS

DE LAS DIETAS PARA SALMÓNIDOS MEDIANTE LA FIJACIÓN DE PRECIOS

DE MATERIAS PRIMAS

Esta sección aborda la imputación central del Requerimiento, controvirtiendo que entre las Requeridas haya existido un cartel de fijación indirecta de los precios de las dietas para salmónidos, implementado mediante la supuesta fijación concertada de precios de materias primas. La sección se estructura en tres partes.

⁶² Id., p. 88.

⁶³ Id., p. 88.

La primera parte analiza el estándar para sancionar acuerdos o prácticas concertadas bajo el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211. Esa parte también distingue esas figuras de los casos de intercambio de información comercial sensible bajo el derecho de la competencia.

La segunda parte profundiza en la política comercial de Biomar, explicando que en el pasado efectivamente buscó mejorar sus márgenes mediante una gestión eficiente en el aprovisionamiento de materias primas. Sin embargo, contrariamente a lo expuesto por la FNE, ese comportamiento obedeció a una estrategia individual de Biomar y no a un acuerdo o práctica concertada que involucrara a sus competidores. En esta parte también analiza comunicaciones con otras Requeridas, explicando que –atendida su naturaleza, frecuencia y uso efectivo– no eran suficiente para dar lugar a un acuerdo o práctica concertada.

En una tercera parte se opone la excepción de prescripción extintiva de la acción contravencional, por haber transcurrido más de tres años entre, por una parte, la fecha de las comunicaciones objeto de reproche y, por la otra, la interposición y notificación del Requerimiento.

A. ACUERDOS, PRÁCTICAS CONCERTADAS E INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

El Requerimiento se funda en una presunta infracción al artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211, luego de la reforma introducida mediante la Ley N° 20.361, de 2009, y antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, de 2016. En consecuencia, la disposición aplicable a este proceso, según el Requerimiento, sería:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.”

Si bien la disposición distingue entre acuerdos y prácticas concertadas, la FNE no adopta una postura respecto de la calificación de la conducta que imputa a las Requeridas, sosteniendo que ella consistiría indistintamente en “*un acuerdo o práctica concertada*”.⁶⁴ Ello puede explicarse debido a que en Chile el régimen positivo de ambas figuras es sustancialmente común. En efecto, respecto de ambas figuras proceden: (i) sanciones

⁶⁴ Requerimiento, párrafo 4.

agravadas,⁶⁵ (ii) un plazo de prescripción más beneficioso para el acusador, tanto en su extensión como en el inicio de su cómputo,⁶⁶ (iii) diligencias investigativas intrusivas⁶⁷ y (iv) la figura de la delación compensada.⁶⁸ Esa similitud en las consecuencias jurídicas entre acuerdos y prácticas concertadas ha llevado recientemente al H. Tribunal a sostener que se trataría de una distinción “*injustificada y superada*”, especialmente en atención a que en Chile “*el texto legal siempre ha tenido la amplitud suficiente para cubrir toda clase de prácticas.*”⁶⁹

Sin embargo, sí existen ciertas diferencias relevantes entre los ‘acuerdos’ y ‘las prácticas concertadas’, que pueden tener importantes consecuencias prácticas. Por ejemplo, la reforma de Ley N° 20.945 solo contempla la criminalización de acuerdos entre competidores con ciertos objetos específicos,⁷⁰ de modo que las prácticas concertadas solo pueden ser castigadas con las sanciones del artículo 26 del D.L. N° 211.⁷¹ Una segunda diferencia, especialmente relevante para este proceso, es de carácter probatorio y referido a la relación entre dichas figuras y los intercambios de información entre competidores. Para ello, tiene sentido profundizar en los precedentes relevantes a nivel comunitario europeo.

⁶⁵ Artículo 26, letra c) del D.L. N° 211. Bajo el texto del D.L. N° 211 modificado por la Ley N° 20.361, pero antes de la modificación de la Ley N° 20.945, las multas máximas eran 20.000 UTA para la generalidad de las infracciones y 30.000 UTA para los acuerdos o prácticas concertadas. Luego de la reforma de la Ley N° 20.945, la multa máxima es común para las diversas infracciones al artículo 3 del D.L. N° 211. Sin embargo, la Ley N° 20.945 introdujo una nueva forma de sanción que solo puede ser impuesta por la comisión de un acuerdo o práctica concertada: la prohibición de contratar con ciertos órganos del Estado o de adjudicarse concesiones (artículo 26 letra d) del D.L. N° 211).

⁶⁶ Artículo 20, inciso cuarto, del D.L. N° 211: “*Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.*” El régimen general de prescripción, establecido en el inciso anterior, consiste en: “*el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia*”.

⁶⁷ Artículo 39, letra ñ) del D.L. N° 211.

⁶⁸ Artículo 39 bis del D.L. N° 211.

⁶⁹ *Supermercados*, sentencia 167/2019, c. 31 y 35, citando *Asenf-Equifax*, para 32. Sin embargo, Gorab y Greene (2019) proponen que la FNE debiera imputar en forma unívoca acuerdo o una práctica concertada y, en cualquier caso, el H. TDLC debiera calificar específicamente la conducta en su sentencia, pp. 217-218, 233-235, 247-249.

⁷⁰ Artículo 62 del D.L. N° 211.

⁷¹ En este sentido, Gorab y Greene (2019), pp. 227-228; Larraín y Budnik (2020), p. 5.

i. La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas en el derecho comunitario europeo: el rol del contacto entre competidores

La distinción de la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211 es tributaria del derecho comunitario europeo,⁷² específicamente el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que señala:

*“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.”*⁷³

A nivel europeo, los acuerdos y las prácticas concertadas son figuras que comparten naturaleza, pero se diferencian “por su intensidad y por las formas en que se manifiestan”, dando lugar a “elementos constitutivos parcialmente diferentes”.⁷⁴ En este sentido, la noción de ‘práctica concertada’ tiene un rol residual, con objeto de cubrir diversas formas de coordinación ilícita entre competidores.⁷⁵

Por una parte, la noción de acuerdo contempla “una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades”.⁷⁶ En un sentido similar, la jurisprudencia chilena ha establecido que un acuerdo entre competidores es un concepto sustantivo (“la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones”),⁷⁷ con prescindencia de su manifestación exterior.⁷⁸

Por la otra parte, la práctica concertada ha sido definida como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un acuerdo propiamente dicho,

⁷² Grunberg y Montt (2017), p. 338.

⁷³ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> [Fecha de última visita: 15/5/20].

⁷⁴ ANIC, para. 131-132. En la misma línea, la doctrina nacional ha señalado que existe una “diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y práctica concertada” (Grunberg, 2017, p. 26).

⁷⁵ Faull y Nikpay (2014), p. 226.

⁷⁶ Bayer, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para. 97.

⁷⁷ Esta definición fue planteada por primera vez en *Ginecólogos* (Sen. N° 145/2015, c. 5°): “[...] en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros [...] Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un ‘acuerdo’, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste”. Luego ha sido reiterada por el H. Tribunal en los casos *Laboratorios II* (Sen. N° 172/2010, c. 14.)

⁷⁸ *Laboratorios II*, Sen. N° 172/2010, c. 15.

sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.”⁷⁹ En relación con este concepto, la jurisprudencia europea ha desarrollado una exigencia de autonomía o independencia competitiva, conforme con la cual “*todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado.*”⁸⁰ Esa exigencia “*no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores*”, pero sí se opone a:

*“cualquier toma de contacto directo o indirecto entre agentes económicos, en virtud del cual una empresa influya en el comportamiento en el mercado de sus competidores o les revele sus decisiones o acuerdos relativos a su comportamiento en el mercado, si como consecuencia de ello pueden aplicarse condiciones de la competencia que no se correspondan con las condiciones normales del mercado de que se trate.”*⁸¹

La distinción entre acuerdo y práctica concertada se vuelve relevante desde un punto de vista probatorio. Mientras en los ‘acuerdos’ se debe acreditar una concurrencia de voluntades, en el caso de las prácticas concertadas la coordinación ilícita puede ser probada en virtud de contactos entre competidores.⁸² Sin embargo, el mero intercambio de información entre competidores no es constitutivo, por sí mismo, de una concertación. La principal teoría del daño detrás del intercambio de información entre competidores consiste en el debilitamiento o supresión del grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, con la consecuencia de restringir la competencia entre las empresas.⁸³ Por ello, la compatibilidad del intercambio de información con las normas de competencia “*no puede apreciarse de manera abstracta*”, dependiendo de:

“las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados –pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o

⁷⁹ Este concepto de práctica concertada fue planteado en primer término en *Suiker Unie*, TJUE, para. 26. Luego esta definición ha sido empleada en otros casos, incluyendo *Ahlström*, TJUE, para. 63; *ANIC*, TJUE, para. 115; *T-Mobile Netherlands*, TJUE, para. 26.

⁸⁰ *Suiker Unie*, TJUE, para. 173, reiterado luego en *Züchner*, TJUE, para. 14; *Deere*, TJUE para. 87; *ANIC*, TJUE, para. 116; *T-Mobile Netherlands*, TJUE, para. 33; *Eturas*, TJUE, para. 27; *Asnef-Equifax*, TJUE, para. 53.

⁸¹ *Suiker Uni*, TJUE, para. 174, reiterado luego en *Züchner*, TJUE, para. 14; *Deere*, TJUE, para. 87; *ANIC*, TJUE, para 117; *T-Mobile Netherlands*, TJUE, para. 33; *Dole Foods*, TJUE, para. 120; *Asnef-Equifax*, TJUE, para. 52.

⁸² Okeoghene Odudu (2011), p. 211: “*The concept of a concerted practice enables the legal element of collusion to be satisfied by something less than common intention – to accept that a concerted practice can be said to exist when there is conduct that reduces uncertainty*”.

⁸³ *Deere*, TJUE, para. 90, reiterado luego en *Thyssen Stahl*, para. 81, *T-Mobile Netherlands*, para 35; *Dole Food*, para. 121; *Asnef-Equifax*, para. 51. En el mismo sentido, Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011), para. 61.

detallados, históricos o actuales–, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación.”⁸⁴

En línea con lo anterior, la jurisprudencia europea ha establecido que una práctica concertada supone, además de la concertación misma, “*un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causa efecto entre ambos elementos.*”⁸⁵ Y si bien esa misma jurisprudencia ha establecido que puede presumirse que las empresas “*toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado,*”⁸⁶ esa presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario aportada por las empresas acusadas.⁸⁷ Esa prueba en contrario puede referirse, por ejemplo, a un comportamiento competitivo incompatible con la concertación alegada.⁸⁸

A una conclusión similar se llega al analizar la jurisprudencia norteamericana referida al intercambio de información entre competidores, pues el mero intercambio de información no permite aplicar la presunción *per se* de falta de razonabilidad de un acuerdo anticompetitivo debido a que, en ciertas circunstancias, esos intercambios podrían ser eficientes desde una perspectiva económica. Por ello, dicho intercambios han sido analizados conforme a la *regla de la razón*.⁸⁹ De esa forma, se han rechazado reclamaciones de ‘conspiración’ que buscaban inferir acuerdos a partir de comunicaciones entre competidores

⁸⁴ Citado en Tapia y Facuse (2018), p. 25: “*It depends on the economic conditions on the relevant markets and on the specific characteristics of the system concerned, such as, in particular, its purpose and the conditions of access to it and participation in it, as well as the type of information exchanged –be that, for example, public or confidential, aggregated or detailed, historical or current– the periodicity of such information and its importance for the fixing of prices, volumes or conditions of service*”.

⁸⁵ ANIC, TJUE, para. 118, reiterado luego en *Dole Food*, TJUE, para. 126; *Eturas*, TJUE, para. 42.

⁸⁶ ANIC, TJUE, para. 121, reiterado luego en *T-Mobile Netherlands*, TJUE, para. 51; *Dole Food*, TJUE, para. 127. En sentido similar, *Hüls*, TJUE, para. 162.

⁸⁷ ANIC, TJUE, para. 121.

⁸⁸ *Eturas*, TJUE, para. 49. En el caso *Eturas*, la pregunta sometida prejudicialmente al Tribunal de Justicia fue “*si el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el administrador de un sistema de información, destinado a permitir a agencias de viajes vender viajes en su sitio de Internet, según un método de reservas uniforme, envía a dichos operadores económicos, por medio de una mensajería electrónica personal, un mensaje advirtiéndoles de que los descuentos de los productos vendidos a través de ese sistema estarán limitados en adelante y, tras la difusión de este mensaje, el sistema en cuestión sufre las modificaciones técnicas necesarias para aplicar dicha medida, puede presumirse que los referidos operadores han tenido o han debido necesariamente tener conocimiento del citado mensaje y, a falta de toda oposición por su parte a tal práctica, que han participado en una práctica concertada en el sentido de la referida disposición*” (para 26). En lo que respecta a la destrucción de relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado, el Tribunal estableció que esta podría “*destruirse mediante la prueba de una aplicación sistemática de un descuento que exceda la limitación en cuestión*”.

⁸⁹ 166 F.3d 112 (3rd Cir. 1999), 97-5609, *In re Baby Food Antitrust Litigation* (citando a 438 U.S. 422 (1978), 76-1560, *United States v. United States Gypsum Co.*): “*Per se violations include those types of restraints on competition that are in and of themselves considered unreasonable because ‘their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable.’ [...] However, when the evidence consists of mere exchanges of information the presumption vanishes*”.

ante la ausencia de evidencia independiente que diera cuenta de los acuerdos reclamados.⁹⁰ En segundo lugar, se ha sostenido que la evidencia de contactos entre competidores puede ser insuficiente para excluir la posibilidad de que estos actuaron de forma independiente.⁹¹ Finalmente, se ha señalado que la información obtenida de competidores podría ser una acumulación de ‘fragmentos esporádicos del mercado’, sin que ello constituya un intercambio concertado entre los mismos.⁹²

ii. Intercambios de información como prueba de un acuerdo o una práctica concertada: apreciación y estándar de convicción

Si bien en el derecho chileno en general no se ha ahondado en la distinción entre las figuras de ‘acuerdo’ y ‘práctica concertada’, la jurisprudencia nacional parece consistente con los precedentes europeos y norteamericanos antes citados en lo que respecta a los intercambios de información entre competidores.

En primer término, existe relativo consenso a nivel nacional que los intercambios de información pueden constituir la ‘parte operativa’ de una colusión, en la medida que permitan ejecutar y sustentar un comportamiento coordinado entre competidores.⁹³ Sin embargo, de ello no se desprende que un intercambio de información constituya necesariamente un acuerdo o práctica concertada, en los términos del artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211. En *Caster*, el H. Tribunal resolvió que:

⁹⁰ 166 F.3d 112 (3rd Cir. 1999), 97-5609, *In re Baby Food Antitrust Litigation* (citando a 37 F.3d 996 (3rd Cir. 1994), 92-1762, *Alvord-Polk, Inc. v. F. Schumacher & Co.*): “*The court further noted that courts generally reject conspiracy claims that “seek to infer an agreement from ... communications despite a lack of independent evidence tending to show an agreement and in the face of uncontradicted testimony that only informational exchanges took place”*”.

⁹¹ 998 F.2d 1224 (3rd Cir. 1993), 92-7481, *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Delaware Co., Inc.*: “*Petruzzi's IGA submitted other evidence which it contends showed the existence of a conspiracy among the defendants. This information included social contacts and telephone calls among representatives of the defendants. [...] We do note, however, that the evidence is insufficient to exclude the possibility that Standard acted independently*”.

⁹² 166 F.3d 112 (3rd Cir. 1999), 97-5609, *In re Baby Food Antitrust Litigation*: “*Whatever information sales representatives culled from the trade or from each other amounted to no more than an accumulation of sporadic market snippets, not an organized, concerted exchange of information among company executives or their authorized agents*”

⁹³ Tapia y Facuse (2018): “*exchanges of commercially sensitive information (first and foremost prices or quantity) can be functionally equivalent to a cartel. They lie at its heart, being its ‘operative part’, even if there is no ‘promise’ to act in certain ways*” (p. 13); “*In Chile, there have been three recent and important adversarial cases where information sharing played a relevant role in allowing competitors to engage in –and sustain– explicit coordinated behaviour*” (p. 21). A nivel jurisprudencial, véase por ejemplo *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 261: “*que las Requeridas intercambian entre sí y de manera constante información útil para monitorear el cartel que desarrollaban*” y c. 263: “[e]xiste además evidencia de un constante intercambio de información sensible entre éstas, lo que permitiría monitorear en forma efectiva su comportamiento.” Véase también Eyzaguirre y Grunberg (2008), p. 72-74.

“si bien es cierto que el intercambio de información comercial sensible entre competidores puede constituir una práctica que facilite la coordinación ilícita entre agentes económicos y que, por lo tanto, no debería producirse, ella por sí sola no basta para acreditar una colusión si no se acompañan otros antecedentes probatorios”⁹⁴

Cabe recordar que la admisibilidad de prueba indiciaria en materia de libre competencia se encuentra reconocida a nivel positivo, en el inciso segundo del artículo 22 del D.L. N° 211, que dispone que en el proceso contencioso se admitirán “*los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.*” En este sentido, el intercambio de información puede constituir un factor adicional o *plus factor*, es decir, un tipo de prueba indirecta para sustentar una hipótesis colusoria en casos de conducta paralela entre competidores.⁹⁵

Las ideas están en línea con la jurisprudencia nacional respecto a los tipos de evidencia para efectos de acreditar una colusión: directa e indirecta o circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a “*pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado.*”⁹⁶ En contraste, la evidencia circunstancial “*emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume*”, distinguiendo dentro de ella “*la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.*”⁹⁷ En otras palabras, las comunicaciones entre competidores podrán o no ser consideradas prueba de colusión dependiendo de su contenido. Si reflejan claramente una coordinación anticompetitiva (i.e., una fijación conjunta de precios), entonces ellas constituirán prueba directa. En cambio, si no reflejan claramente un acuerdo, pueden ser utilizadas como prueba indiciaria. Es preciso destacar que a juicio del H. Tribunal lo realmente relevante no es el carácter comercialmente sensible o estratégico de la información

⁹⁴ *Casther*, Sen. N° 137/2014, c. 48.

⁹⁵ Grunberg (2017), pp. 46-48; Grunberg y Montt (2017), pp. 375-379; Larraín y Budnik (2020), p. 1. Véase *Excma. Corte Suprema, caso Asfaltos*, c. 29.

⁹⁶ *Supermercados*, Sen. N° 167-2019, c. 9; y *Casther*, Sen. N° 137-2014, c. 8.

⁹⁷ *Supermercados*, Sen. N° 167-2019, c. 9; y *Casther*, Sen. N° 137-2014, c. 8. En similar sentido se ha pronunciado la *Excma. Corte Suprema* en los denominados casos *Pollos*, sentencia de 29 de octubre de 2015, rol N° 27181-2014, c. 43: “*En la modalidad de evidencia circunstancial se ha distinguido entre evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.*”; y *Asfaltos*, sentencia de 12 de octubre de 2016, c. 9: “*La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.*”

intercambiada por los competidores, sino si ella permitió efectivamente monitorear o sustentar un acuerdo anticompetitivo.⁹⁸

Como prueba indirecta o indiciaria, el intercambio de información entre competidores debe ser contrastado con otros antecedentes del proceso. En *Supermercados*, el H. Tribunal señaló que:

*“la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica; [...] Que esta es también la forma en que se analiza la prueba en el derecho comparado [...] Lo relevante para determinar una infracción es, entonces, otorgarle a la prueba un efecto acumulativo y no considerar cada antecedente de manera separada”*⁹⁹

En el mismo caso, la Excm. Corte Suprema ha recientemente acotado que la ponderación ‘holística’ de la prueba *“no es más que una apreciación sistemática de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica”*, que no exime de:

*“la obligación de realizar una valoración comparativa de los medios de prueba rendidos, esto es, determinando el valor de convicción que tiene el conjunto de pruebas aportadas, contrastarlas, analizar en qué se oponen unas a otras y, finalmente, decidir cuáles de ellas resultan más convincentes. En otras palabras, establecer el mérito o eficacia probatoria de los distintos antecedentes aportados en el proceso.”*¹⁰⁰

Finalmente, cabe recordar que el H. Tribunal solo puede imponer una sanción si la evidencia satisface el estándar de convicción de ‘prueba clara y concluyente’ que la Excm. Corte Suprema ha fijado en reiteradas oportunidades para casos del artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211.¹⁰¹ Como ha aclarado el propio H. Tribunal, *“dicho*

⁹⁸ Pollos, Sen. N° 139/2014, c. 245. En similar sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el denominado caso *Farmacias*, sentencia de 7 de septiembre de 2012, rol N° 2578-2012, c. 80: *“En otros términos, puede decirse que la existencia de los acuerdos tácitos se infiere. En este punto, como plantean los autores mencionados, citando doctrina y jurisprudencia europea, el factor decisivo es el intercambio de información o toma de contacto entre competidores –que bajo las circunstancias de rivalidad, que a la libre competencia subyacen, no deberían tener lugar– se encuentra el núcleo de la práctica concertada o acuerdo colusorio tácito. Los mismos escritores advierten que un factor considerado en la jurisprudencia chilena es el intercambio de información confidencial, es decir, de aquella que por su carácter estratégico, bajo circunstancias normales en que se actúe al alero de la libre competencia, jamás debiera ser intercambiada por los competidores como, por ejemplo, los precios de venta de sus productos, sus costos de producción, etc. Citan la Resolución N° 432 de 16 de mayo de 1995 dictada por la Comisión Resolutiva, que resolvió, precisamente, el caso en el que se requirió por colusión a las Farmacias Ahumada, Salco, Cruz Verde y Brand, en que puede observarse que las listas de precios que intercambiaban las farmacias imputadas, constituyeron un destacado antecedente para presumir el acuerdo colusorio y sancionarlas por la comisión del ilícito monopólico de colusión.”*

⁹⁹ *Supermercados*, Sen. N° 167/2019, c. 70-71: *“Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica; [...] Que esta es también la forma en que se analiza la prueba en el derecho comparado [...] Lo relevante para determinar una infracción es, entonces, otorgarle a la prueba un efecto acumulativo y no considerar cada antecedente de manera separada”*.

¹⁰⁰ *Supermercados*, sentencia de la Excm. Corte Suprema de 8 de abril de 2020 en autos N° 9361-2019.

¹⁰¹ Excm. Corte Suprema, *Farmacias*, sentencia de 7 de septiembre de 2012, rol N° 2578-2012, c. 11: *“el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la*

*estándar de convicción [...] exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin alcanzar un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’, como se exigiría en materia penal.”*¹⁰²

iii. Tratamientos alternativos de los intercambios de información:
posible ilícito anticompetitivo atípico o incluso conducta procompetitiva

Según cierta doctrina y jurisprudencia los intercambios de información entre competidores podrían ser considerados como un ilícito anticompetitivo atípico, amparado en los términos amplios del artículo 3º, inciso primero, del D.L. N° 211: “*cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.*” A nivel doctrinario, se ha pronunciado en este sentido Tapia y Facuse (2018).¹⁰³ Si bien el H. Tribunal no ha sancionado casos de intercambios de información entre competidores en forma separada, sí ha esbozado que ellos podrían constituir un ilícito independiente de un acuerdo o una práctica concertada. En efecto, en *Casther* el H. Tribunal adelantó que el intercambio de información comercial sensible entre competidores “*no debería producirse*” aunque no constituya prueba suficiente de colusión.¹⁰⁴ Más adelante, en *Navieras*, el H. Tribunal se abstuvo de sancionar ciertas comunicaciones entre competidores, precisamente por estimar que ellas podrían haber constituido intercambios de información no acusados por la FNE, en vez de un acuerdo o una práctica concertada.¹⁰⁵

Finalmente, también se reconoce que el intercambio de información entre competidores puede ser procompetitivo, en la medida que se satisfagan ciertas

que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores”; reiterado luego en Pollos, sentencia de 29 de septiembre de 2015, rol N° 27181-2014, c. 43.

¹⁰² *Pullman Bus Costa Central*, Sen. N° 136/2014, c. 70.

¹⁰³ Tapia y Facuse (2018), p. 20. En sentido similar, Larraín y Budnik (2019), pp. 4-5. Larraín y Budnik incluso destacan que la calificación del intercambio de información entre competidores como un ilícito atípico bajo el artículo 3º, inciso primero, del D.L. N° 211 impediría utilizar los antecedentes recabados en virtud de las facultades especiales del artículo 39, letra n) (medidas investigativas intrusivas) y 39 bis (delación compensada) del D.L. N° 211.

¹⁰⁴ *Casther*, Sen. N° 137/2014, c. 48.

¹⁰⁵ *Navieras*, Sen. 171-2019, c. 160 (“*Efectivamente, la conversación que el Ejecutivo N° 3 de NYK señala haber tenido con D W Choy de Eukor podría ser un intercambio de información, el que no ha sido acusado*”); c. 207 (“*en lo que se refiere al reconocimiento por parte del señor Nam de haber recibido una llamada de un ejecutivo de CSAV para averiguar si Eukor estaba haciendo viajes de prueba de la carga Subaru o Hino, [...] dicha conversación podría tratarse de un intercambio de información que no ha sido acusada en estos autos*”); y c. 219 (“*no existe suficiente evidencia sobre un respeto de la cuenta SK Comercial (Fotón) en favor del Skai por parte de Eukor por cuanto: [...] (iii) las notas insertadas en los considerandos ducentésimo decimotercero y ducentésimo decimosexto, si bien hacen alusión a un contacto entre CSAV y Eukor, no señalan el objeto de dicho contacto. En todo caso, de haber existido un contacto como el descrito entre CSAV y Eukor, ello podría constituir un intercambio de información entre competidores, lo que no está acusado en esta causa*”).

condiciones.¹⁰⁶ Por ejemplo, en *Dentistas* el H. Tribunal reconoce que la evaluación de los intercambios de información “*dependen esencialmente del contexto específico*” y que no es posible “*construir algún lineamiento más general*”.¹⁰⁷ En este sentido, los intercambios de información pueden generar ciertas eficiencias a partir de la mayor transparencia en el mercado,¹⁰⁸ traducidos en beneficios para los consumidores¹⁰⁹ y en mayor información para que los agentes económicos puedan “*tomar sus decisiones de manera independiente*”.¹¹⁰

En síntesis, los intercambios de información entre competidores pueden ser calificados de diversas formas bajo el D.L. N° 211. En algunos casos, esos intercambios pueden constituir una prueba indiciaria de colusión. Sin embargo, para poder sustentar una condena, ellos deben permitir concluir, (i) al ser apreciados sistemáticamente con otros indicios y antecedentes probatorios, (ii) que un comportamiento paralelo en el mercado es consecuencia del contacto entre competidores, (iii) superando el estándar de ‘prueba clara y concluyente’. En el otro extremo, los intercambios de información pueden ser procompetitivos. Finalmente, según cierta doctrina los intercambios de información entre competidores podrían incluso llegar a constituir un ilícito anticompetitivo atípico, sancionable bajo el enunciado general del inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211.

Como se analizará a continuación, las comunicaciones electrónicas entre Biomar y competidores, debidamente analizadas en su contexto, no permiten dar por acreditado un acuerdo o una práctica concertada bajo un estándar de convicción de ‘prueba clara y

¹⁰⁶ Tanto el H. Tribunal en *Dentistas* como Tapia y Facuse (2018), sostienen que el intercambio de información puede ser pro competitivo cuando se cumplen ciertas condiciones. Por una parte, en *Dentistas* el H. Tribunal fijó las siguientes condiciones para que un arancel de referencia genere menos riesgos anticompetitivos: “1. No deben establecerse precios de referencia respecto de prestaciones en que existe un número reducido de oferentes en el mercado relevante; 2. No deben establecerse precios de referencia (i) ser establecidos en base a variables históricas (precios, costos, entre otras); (ii) ser determinados por un tercero independiente; (iii) entregar información agregada, es decir, que no sea posible identificar a los respectivos prestadores; (iv) ser de adscripción voluntaria, sin que puedan imponerse sanciones a aquellos asociados que no los adopten; y (v) estar a disposición del público en general.” Por otra parte, Tapia y Facuse (2018) concluyen que el intercambio de información será procompetitivo dependiendo de: “First, as long as information is ‘farther’ from prices, authorities should be reluctant to consider an exchange as anticompetitive. This kind of information is normally expensive to produce, so they joint production may imply significant economies (Hovenkamp, 2005a). Second, the timing of the exchange should also be considered (Posner, 2001). Third, duration matters. It is likely that a systematic exchange is indicative or constitute a concerted practice (Monti, 2008). The underlying idea is always that, despite the exchanges, each competitor establishes its own market strategy independently.”, p. 30.

¹⁰⁷ *Dentistas*, Res. N° 45/2014, c. 49.

¹⁰⁸ *Dentistas*, Res. N° 45/2014, c. 51. Véase también *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Commission Decision 92/157, para. 37.

¹⁰⁹ *Dentistas*, Res. N° 45/2014, c. 51. Véase también *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Commission Decision 92/157, para. 37.

¹¹⁰ *Dentistas*, Resolución N° 45/2014, c. 53.

concluyente'. A lo sumo, el H. Tribunal podría determinar –soslayando las explicaciones que esgrimirá esta parte a continuación– que dichos intercambios podrían haber constituido un ilícito anticompetitivo atípico, sin alcanzar el nivel de un acuerdo o una práctica concertada. La consecuencia de tal calificación es que la acción contravencional para perseguir dichos intercambios de información se encuentra prescrita, según se analiza en la parte C de esta sección.

B. POLÍTICA COMERCIAL DE BIOMAR, INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

COMERCIAL Y AUSENCIA DE ACUERDO O PRÁCTICA CONCERTADA

i. Materias primas y márgenes

Durante la Época del Requerimiento, Biomar buscó una gestión eficiente en el aprovisionamiento de materias primas, apuntando con ello a obtener mejores márgenes.

¿Cómo tenía lugar esta gestión de márgenes asociados a las materias primas? En primer término, Biomar intentaba cerrar posiciones a precios favorables en las diversas materias primas. Cuando Biomar estimaba que la tendencia para un determinado insumo sería a la baja, '*cerraba corto*', es decir, reducía los inventarios y las posiciones tomadas, apostando a un mejor precio en el futuro. En contraste, cuando Biomar estimaba que los precios de una materia prima irían al alza, '*cerraba largo*', tomando posiciones por un mayor tiempo, en ocasiones asegurando insumos más allá de las necesidades específicas del trimestre en cuestión. A medida que se aproximaba el inicio de un nuevo trimestre, Biomar obtenía un panorama más claro respecto a los costos proyectados de las decenas de insumos que utilizaría en la confección de las dietas. Cabe recordar que esos costos proyectados eran el resultado de considerar inventarios, posiciones ya cerradas y compras futuras (es decir, costo de reposición observados o estimados).¹¹¹

En segundo lugar, la información sobre costos proyectados de las materias primas era comunicada por la gerencia de abastecimiento a las áreas comercial y de formulación de dietas. Con esa información, el área de formulación ajustaba los porcentajes de inclusión de las diversas dietas, a fin de lograr combinaciones que conservaran los atributos nutricionales al menor costo posible.

Finalmente, una vez ajustadas las dietas, el área comercial de Biomar analizaba el ajuste trimestral de precios. En ese proceso se tomaba fundamentalmente en consideración

¹¹¹ Ver sección II.C.iii *supra*.

la diferencia con los costos de las materias primas informados en el trimestre anterior y la variación en los respectivos porcentajes de inclusión. Sin embargo, Biomar también consideraba la posibilidad de obtener un margen sobre las materias primas, entregando no necesariamente los costos internos proyectados para el siguiente trimestre (por ejemplo, los costos de inventario o las posiciones ya cerradas), sino otros costos razonables (por ejemplo, costos de reposición o precios imperantes en el mercado).¹¹² De esta forma, si Biomar había cerrado buenas posiciones para ciertas materias primas, intentaba rentabilizarlas. La expresión “*el juego de las mmpp*” utilizada por un ejecutivo de Biomar en el correo electrónico de 31 de marzo de 2016, citado en el Requerimiento, se refiere precisamente a esa práctica.¹¹³

A diferencia de lo imputado por la FNE, esta práctica fue el resultado de un proceso ejecutado independientemente por Biomar, que en cada trimestre podía involucrar variadas materias primas y que a su vez podían incidir en múltiples dietas, cada una de ellas con porcentajes de inclusión también diversos. Como se analizará en el apartado III.B.ii. *infra*, el nivel de información que habría sido necesario para fijar coordinadamente los costos de las materias primas y, con ello, incidir en los precios de las dietas para salmónidos, era significativamente mayor a los datos contenidos en los episodios de comunicaciones entre Biomar y otras Requeridas.

Cabe aclarar que la práctica de preciar las materias primas a un valor que no necesariamente era su costo efectivo no solo se podía traducir en un incremento de márgenes para Biomar. Por el contrario, en los procesos de licitación para un cliente, así como en los trimestres que les precedían, Biomar podía preciar las materias primas a costo o a pérdida, con el objeto de presentar ofertas más atractivas y así conseguir contratos de suministro. También podía ocurrir que Biomar preciara una materia prima a un valor menor que su costo de aprovisionamiento efectivo, si ello era necesario para mantener la competitividad de la dieta o si comercialmente decidía asumir frente al cliente el cierre de una mala posición.

Otra diferencia relevante con la imputación de la FNE es que la valorización de materias primas de forma diversa a su costo de aprovisionamiento no cesó “*debido a la falta de participación de una de las empresas en el Acuerdo*”,¹¹⁴ sino en virtud de la mayor exigencia de las empresas acuicultoras. Esa mayor exigencia se tradujo en un control *ex ante* de los reajustes, mediante un seguimiento de los mercados de las materias primas y las cláusulas de competitividad, así como *ex post*, a través de los procesos de auditoría y reajustes retroactivos.

¹¹² En este sentido, el modelo *cost-plus* es empleado como un mecanismo para articular prospectivamente el reajuste trimestral del precio de las dietas, que solo apunta a los costos efectivamente incurridos a lo largo del semestre cuando se combina con una cláusula de reajuste retroactivo al finalizar el trimestre respectivo.

¹¹³ Requerimiento, párrafo 24.

¹¹⁴ Requerimiento, párrafo 24.

ii. Costos de aprovisionamiento de la competencia

El éxito de las plantas de alimento para salmónidos depende de una compra óptima de insumos.¹¹⁵ Esto significa especialmente cerrar en mejores (o al menos iguales) términos que las plantas competidoras. En efecto, si la competencia contaba con materias primas más baratas, ello se traducía en la capacidad de ofrecer dietas a menores precios y competir más agresivamente en los procesos de licitación. Adicionalmente, si la competencia tenía costos de aprovisionamiento más baratos, ello podía gatillar la aplicación de una cláusula de competitividad durante el proceso de reajuste trimestral, según se explicó en la sección II.C.iv. En contraste, una buena gestión en el aprovisionamiento de materias primas podía mejorar la competitividad de una planta de alimento, permitiéndole incrementar su participación de mercado y márgenes.

En esta línea, existe abundante correspondencia electrónica que da cuenta de la preocupación de Biomar por lograr cierres competitivos en materias primas, o por innovar en materias primas que podían lograr mejores resultados nutricionales a costos más bajos.

Por lo mismo, no es de extrañar que las plantas de alimento siguieran de cerca el aprovisionamiento que realizaban sus competidores, en términos de precios, cantidades y tipo de insumos. Sin embargo, la posesión de información sobre costos de aprovisionamiento de los competidores no fue, en la gran mayoría de las ocasiones, el resultado de un intercambio de información con ellos. En muchos mercados de materias primas existe abundante información pública, incluyendo reportes periódicos, series de precios e índices internacionales. Para ciertas materias primas los precios locales se determinan en torno a índices internacionales,¹¹⁶ de modo que basta conocer la fecha en que la competencia cerró una posición para poder deducir fácilmente su precio. Adicionalmente, mucha información sobre los costos de aprovisionamiento de la competencia también provenía de los mismos proveedores o *traders* de materias primas. Por ejemplo, en ocasiones los *traders* indicaban que no podían mejorar un precio en atención a que ya habían cerrado una posición a ese valor con alguno de sus competidores. En otros casos, los proveedores informaban activamente que la competencia había cerrado a un precio determinado, con el propósito de incentivar a Biomar a realizar una compra pronto (y evitar así el riesgo de pérdida de competitividad si la materia prima se apreciaba). Finalmente, en ciertos casos el costo de aprovisionamiento del competidor era conocido porque habían cerrado conjuntamente un despacho de insumo (v.gr. aceite de canola desde Canadá) o porque la propia planta de alimento había vendido materia

¹¹⁵ Requerimiento, párrafo 33.

¹¹⁶ Por ejemplo, el precio del aceite de raps en Chile normalmente se transa al valor de la Bolsa de Valores de Chicago más una prima expresada en dólares de los Estados Unidos de América.

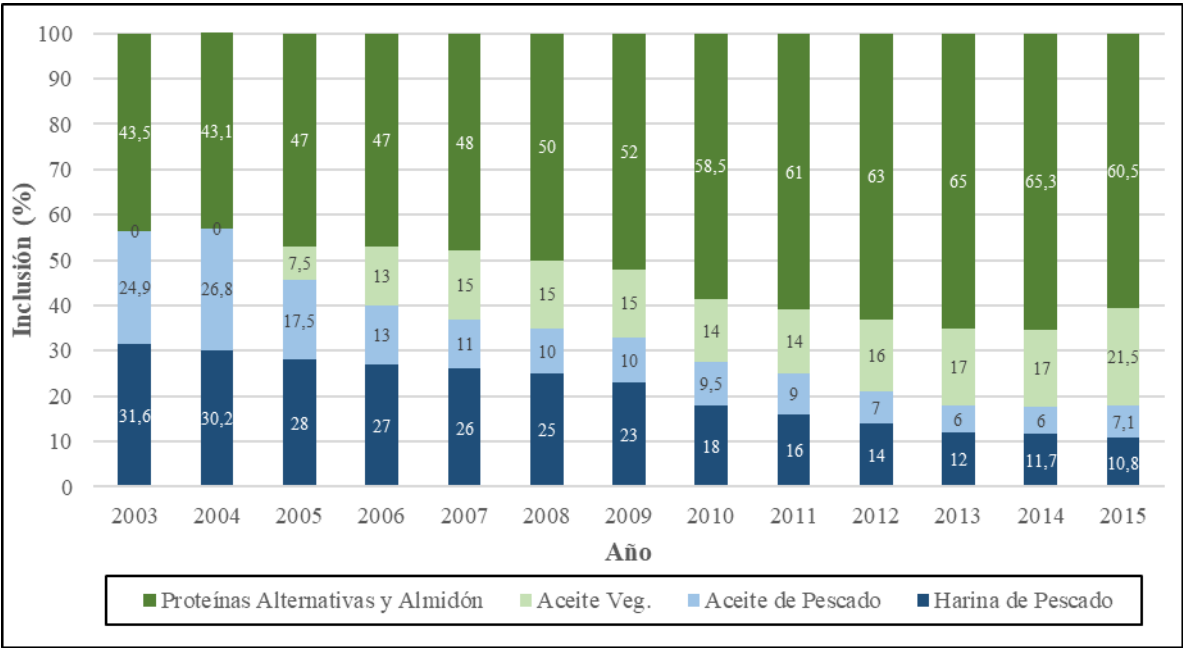
prima de su stock. En síntesis, la información sobre los costos de aprovisionamiento es de fácil obtención, como consecuencia de la transparencia de muchos mercados de materias primas.

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años de la Época del Requerimiento (2011-2015) sería posible identificar ciertas comunicaciones entre Biomar y sus competidores con referencias a costos de aprovisionamiento de ciertas materias primas específicas: harina y aceite de pescado. Sin embargo, la ocurrencia de comunicaciones no permite sustentar un acuerdo o una práctica concertada en los términos imputados en el Requerimiento.

En primer término, la información contenida en las comunicaciones no era apta por su naturaleza para dar lugar a una coordinación anticompetitiva. Como se explicó en la sección II.A.iii., cada planta de alimento ofrece múltiples dietas, cada una de las cuales utiliza a su vez diversas materias primas. Una coordinación anticompetitiva habría requerido derechamente acuerdos respecto de la manera en que serían preciadas todas o al menos una gran mayoría de las materias primas. Por el contrario, comunicaciones esporádicas limitadas a un número acotado de materias primas no es suficiente para coordinar los precios finales de las dietas. Si bien la harina y el aceite de pescado han sido insumos relevantes en las dietas para salmónidos, su porcentaje de inclusión ha caído sostenidamente en los últimos años. Por ello, al final de la Época del Requerimiento (2012-2015), los porcentajes de inclusión promedio de dichos insumos en las dietas de agua salada¹¹⁷ de Biomar estuvieron bajo 14% y 7,1% respectivamente, según dan cuenta el Gráfico N° 5.

¹¹⁷ Las dietas de agua dulce tienen en general porcentajes de inclusión mayores de harina de pescado y aceite de pescado. Para el periodo entre 2012 y 2015, los porcentajes de inclusión de esas materias primas fluctuaron en los rangos de 50% a 35% y de 15% a 9%. El alimento de agua dulce representa alrededor de un 5% del total de volumen de alimento que consume un salmónido en su ciclo de vida.

Gráfico N° 5 – Porcentaje de inclusión de harina y aceite de pescado en dietas de agua salada (2003 a 2015)



Fuente: elaboración propia de Biomar.

La naturaleza de la información tampoco era apta para permitir una coordinación anticompetitiva debido a la diversidad de los porcentajes de inclusión. Como se explicó en la sección II.A.iii., cada dieta utiliza materias primas en porcentajes diversos, que a su vez varían trimestralmente. La diversidad de los porcentajes de inclusión redunda en que una materia prima tiene un efecto ponderado distinto en el precio de dos dietas diversas, ya sea entre dos plantas distintas o incluso tratándose de dietas de la misma planta. En consecuencia, una eventual coordinación para fijar los precios de las dietas para salmónidos no solo habría requerido información sobre los costos de aprovisionamiento de la generalidad de las materias primas, sino además conocimiento de los porcentajes de inclusión de las distintas dietas. Sin embargo, Biomar no compartió con sus competidores los porcentajes de inclusión, ni recibió de sus competidores información de esa naturaleza.

Y, en segundo término, la información no produjo, en los hechos, una coordinación anticompetitiva de parte de Biomar. En el proceso de reajustes trimestrales, el principal objetivo de Biomar era cumplir con los objetivos de márgenes impuestos desde su matriz, pero siempre conservando su competitividad y buscando crecer en términos de participación de mercado. En consecuencia, la información sobre ciertos costos de la competencia no se tradujo en un alineamiento en los costos informados, ni menos en un alineamiento en los precios finales de las dietas para salmónidos. Por el contrario, en ocasiones Biomar deliberadamente informó costos de materias primas más baratos que las posiciones de sus competidores, a fin de mejorar su posición en el mercado. En otras ocasiones, Biomar no ajustó a la baja una determinada materia prima, pese a saber que algún competidor tenía

costos de aprovisionamiento más baratos. Tampoco exhortó a sus competidores a alzar sus precios.

Como se desarrolló en la sección III.A., el intercambio de información comercial no constituye necesariamente una infracción a la libre competencia, de modo que la FNE debería acreditar que la conducta imputada habría tenido un impacto efectivo y negativo en precios (o cantidades o calidades). En este caso, no se podrá acreditar que comunicaciones entre las Requeridas relativas a ciertos costos de materias primas tuvieron como efecto una reducción consistente de la intensidad competitiva en el mercado. Y, por la misma razón, corresponderá que el H. Tribunal absuelva a Biomar.

iii. Los correos electrónicos citados por la FNE

La FNE solo cita tres correos electrónicos de los últimos diez años en su Requerimiento, todos ellos internos de Biomar. Si la FNE decidió incluir dichos correos en un libelo particularmente exiguo en hechos concretos, debiera ser porque estima que ellos constituirían prueba clara y concluyente de la conducta imputada. Sin embargo, leídos en forma completa –y no solo el extracto transcrito por la FNE– y debidamente contextualizados, esos tres correos dan en realidad cuenta de una conducta individual de Biomar, no de un acuerdo o una práctica concertada.

La FNE cita en primer término un correo electrónico de junio del año 2013,¹¹⁸ esgrimiéndolo como prueba de la continuidad del supuesto acuerdo a pesar de las variaciones de la planta ejecutiva de las Requeridas. Sin embargo, vale la pena revisar la cadena completa, titulada ‘AquaChile’. En el primer correo de la cadena, el entonces gerente general de Biomar, planteó:

“En conversación con Alfonso sobre pago y volúmenes para el futuro replicó con la necesidad de revisar nuestros precios, ya que estarían caros con respecto a la dieta microbalance de SK.

No se si la comparación que están haciendo es correcta, pero es necesario tener una dieta comparable en performance y costo .. O bien los ajustes necesarios para Contacta a Serra para indagar información sobre como esta comparando.

Lisandro:

muy importante tener el feeling de como sale SK este próximo Q.”

Por su parte, la respuesta completa del entonces gerente de abastecimiento de Biomar, fue:

“Las fórmulas de alimento son distintas entre las empresas.

Lo que te puedo dar es mi feeling respecto a las materias primas comunes:

¹¹⁸ Requerimiento, párrafo 22.

- HP y AP debiéramos tener precios similares quizá menores a Ewos que ha estado más corto en sus posiciones, comprando a precios caros.

- En Aviares lo mismo, aunque Ewos usa mayor variedad de calidades que nosotros (proteínas mas bajas y tb más altas)..

- En trigo nosotros usamos sólo trigo fuertes nacionales e importados. SK usa más % de nacional y EW un mix de trigo soft y hard (importado)

- Proteínas vegetales no debiéramos tener diferencias.

Donde pueden estar las mayores diferencias:

- Ewos usa CPS en cantidad importante, nosotros no. Michael podría indicar cómo puede afectar o no esto.

- Ewos y SK usan lecitina de soya (1.000 ton mes c/u; USD850/ton) por lo que debieran tener un costo menor en aceite vegetal.

- Skretting usa bastante más triomax que nosotros.

- Nosotros tenemos la torta de maní que es una ventaja.

Respecto a cómo van a salir SK y EW para el Q3, es una cosa distinta, donde creo pesan más los márgenes que quiera obtener cada empresa. Mauricio puede tener un mejor feeling.

También hay una comunicación entre empresas que se hace antes de salir con los precios.

Esto lo hacía FU.

En la reunión de precios se conversan todas estas cosas, debiéramos poner fecha y hacerla luego. Mientras antes mejor y este Q3 lo veo como un Q de transición, con presión a los márgenes.”

En primer término, la cadena da cuenta de la heterogeneidad entre las dietas de las plantas de alimento (“las fórmulas de alimento son distintas entre las empresas”), lo que dificulta su comparación. De ahí la preocupación relativa a si el cliente estaba comparando dietas de similares características (“No se sí [sic] la comparación que están haciendo es correcta”, “Contacta a Serra para indagar información sobre como esta [sic] comparando”).

En segundo término, la cadena muestra la diversidad en los tipos y especificaciones técnicas de insumos utilizados por las plantas de alimento, que a su vez incide en el costo y el rendimiento de las dietas. También refleja que las plantas de alimento contaban con abundante información sobre el aprovisionamiento de la competencia, como consecuencia de su inteligencia de mercado (i.e. “HP y AP debiéramos tener precios similares quizá menores a Ewos que ha estado más corto en sus posiciones, comprando a precios caros”).

En tercer término, la cadena refleja la entonces práctica de las plantas de alimento de obtener parte del margen sobre las posiciones en materias primas (“Respecto a cómo van a salir SK y EW para el Q3, es una cosa distinta, donde creo pesan más los márgenes que quiera obtener cada empresa”). El lenguaje empleado también refleja que se trataba de una práctica individual e independiente de las empresas (“los márgenes que quiera obtener cada empresa”).

Finalmente, la cadena muestra que la finalidad principal de obtener información respecto de los competidores era competir. El correo electrónico inicial es propiciado por un reclamo de un cliente, consistente en que la dieta de Biomar habría sido más cara que la dieta de Skretting. La reacción interna de Biomar, en vez de reflejar una coordinación entre

competidores, da cuenta del interés por identificar y resolver la fuente de la eventual menor competitividad de la dieta. Ello explica tanto el análisis de materias primas comunes y diferentes, como la frase “*es necesario tener una dieta comparable en performance y costo.. o bien hacer los ajustes para*”.

El segundo correo electrónico que cita la FNE data de 23 diciembre de 2014,¹¹⁹ y su texto completo es el siguiente:

“Como les comenté ayer los precios de la competencia son:

| | HARINA | ACEITE |
|----|--------|--------|
| EW | 2.315 | 2.350 |
| SK | 2.050 | 2.050 |

Imposible saber si son 100% confiable, pero me hacen sentido.
Nos daría entonces espacio para subir algo.
Yo no igualaría en ningún caso, y saldría más barato para dar una señal que estamos haciendo bien las cosas.
Sobre todo ahora que estamos caídos en ventas, ya que nos puede servir..
Especial cuidado con MH que podría estar esperando estos precios para cortar el keke (no lo sé ..)
A Blumar y Camanchaca si se los daría(en harina) ya que es precio de mercado.
Voy saliendo a Santiago ahora pero cualquier duda en el celular.”

Nuevamente la FNE solo cita convenientemente la sección del correo electrónico funcional a su teoría del caso (conocimiento de ciertos costos de aprovisionamiento de la competencia y posibilidad de reajustar los precios hacia el alza), omitiendo flagrantemente las líneas siguientes, que van precisamente en el sentido contrario (recomendación de ‘salir más barato’, buscando aumentar las ventas y eventualmente adjudicarse volumen en una licitación en curso). Por lo mismo, tampoco es de extrañar que la FNE no analizara cómo fueron los reajustes para esas materias primas para el trimestre respectivo.

Por último, la FNE cita un correo electrónico del señor Lisandro Encina de 31 de marzo de 2016, cuyo asunto es “*Precios sbm y wheat para Humboldt*”, en un intento de generar una prueba de ‘cese’ del supuesto acuerdo imputado que le permita sobrevivir al plazo de prescripción del D.L. N° 211. Sin embargo, ese correo no da cuenta de una supuesta coordinación anticompetitiva (o de su hipotético cese). El texto completo es el siguiente:

“Respecto a la consulta de Freddy x los precios de la soya y trigo, les doy los argumentos que creo deben ser transmitidos al cliente:

1. Soya: Efectivamente esta materia prima está cara, tenemos un cierre caro (mala posición) y por otro lado no pudimos consumir todo lo proyectado el Q1 por el problema de las algas que nos pegó muy fuerte (hacer énfasis en este último punto ya que es cierto). De todas maneras reconocemos que está caro por lo que podríamos hacer un descuento y asumir nosotros unos USD30/ton.

2. Trigo: Estamos usando un trigo importado fuerte canadiense (CWRS) con 13,5% de proteína y gluten húmedo sobre 33% garantizado. Es un variedad más cara pero que nos ha dado buenos resultados, estabiliza la calidad del alimento y a la vez nos permite usar menos cantidad de otros productos más caros.

¹¹⁹ Requerimiento, párrafo 23.

Nota 1: Sabemos bien que SK usa cantidades enormes de Gluten Vital de trigo (@USD1500/ton) y trigo nacional barato. Nosotros descartamos hace algunos años el uso de variedades fuertes nacionales por la alta variabilidad en calidad lo que nos traía muchos problemas.

Nota 2: Será cada vez más difícil hacer el juego de las mmp con este cliente. Podemos seguir estirando el elástico pero llegará el momento en que se corte .. Claramente está bien informado de los precios reales de los commodities y también parece que nuestra competencia le está dando los costos reales y haciendo el negocio por otro lado. Tema para la próxima reunión de coordinación.

Por favor me dan sus comentarios ya que Stephanie necesita enviar la respuesta hoy.”

Nuevamente, el texto completo del correo electrónico entrega sustancialmente más luces que el extracto presentado por la FNE.

Un primer aspecto relevante es que es un asesor del cliente quien realiza consultas respecto de los precios de Biomar para dos insumos: trigo y soya. Si bien Biomar informó precios altos para esas materias primas, ello se debía a razones perfectamente legítimas, diferentes de cualquier forma de coordinación con competidores. En el caso de la soya, Biomar había cerrado una mala posición y por lo tanto su costo efectivo de aprovisionamiento era caro respecto del precio de mercado. A eso se le sumó que el precio proyectado para el siguiente trimestre (Q2 2016) estaba influenciado por inventarios del trimestre anterior (Q1 2016), que no fueron utilizados oportunamente. Sin perjuicio de ello, el correo electrónico da cuenta de la disposición de Biomar a otorgar un descuento al cliente, es decir, a no traspasar la totalidad del costo de aprovisionamiento. En lo que respecta al trigo, la razón del mayor precio de Biomar se debe a la utilización de una variedad más cara pero de mejor calidad, que resulta en un producto final más costo-eficiente (*“nos ha dado buenos resultados, estabiliza la calidad del alimento y a la vez nos permite usar menos cantidad de otros productos más caros.”*). El correo electrónico también se refiere a la calidad de la materia prima más barata que utilizaba la competencia, indicando que Biomar descartó *“hace algunos años el uso de variedades fuertes nacionales por la alta variabilidad en calidad lo que nos traía muchos problemas.”*

Adicionalmente, cabe señalar que la FNE no imputa –ni podría hacerlo– que los costos reportados por Biomar a este cliente fueran el resultado de comunicaciones previas con competidores respecto de la soya y el trigo. Ello refuerza la idea de que la fijación de precios a las materias primas no obedecía a una coordinación anticompetitiva, sino a una decisión individual.

Tal vez el aspecto más importante del correo electrónico consiste en que identifica claramente qué impediría marginar sobre las materias primas: el conocimiento del cliente sobre los precios reales de los *commodities*, y la exigencia que se valorizaran en forma acorde. La referencia al competidor informando costos reales, más que una causa, es probablemente una consecuencia del control y escrutinio de parte del cliente en cuestión.

Por lo demás, la FNE intenta interpretar este correo como indicativo del cese del acuerdo imputado, en la medida que la delatora Ewos ya no estaría participando en él. Sin embargo, el proveedor competidor que habría estado presente en Salmones Humboldt a esa época sería Skretting, no Ewos, según se desprende del propio correo electrónico.

C. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRAVENCIONAL

En el evento que el H. Tribunal estimare que los intercambios de información entre Biomar y las Requeridas no constituyeron parte de un acuerdo o práctica concertada, sino que un ilícito anticompetitivo atípico –sancionable bajo el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211–, entonces la acción contravencional para perseguir dicha conducta se encontraría latamente prescrita.

En efecto, el Requerimiento imputa una conducta que habría sido ejecutada “*hasta fines del año 2015*” y que “*a inicios del año 2016 la implementación de esta práctica se había vuelto compleja, debido a la falta de participación de una de las empresas en el Acuerdo*”.¹²⁰ Por su parte, el artículo 20 del D.L. N° 211 dispone claramente que la acción para perseguir infracciones no comprendidas en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 “*prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan.*” Finalmente, según consta a fojas 35, el Requerimiento fue interpuesto el 16 de diciembre de 2019 y Biomar fue notificada con fecha 3 de enero de 2020. En consecuencia, transcurrió con creces el plazo de tres años contado desde el cese de la conducta imputada por la FNE –ya sea que se atienda a la fecha de interposición del Requerimiento o su notificación a esta parte–, lo que sustenta la excepción de prescripción extintiva de la acción contravencional, la que en este acto se opone.

IV. INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN SOBRE VOLÚMENES DE VENTA

MENSUAL

La FNE también menciona que las Requeridas compartieron información sobre los volúmenes mensuales de alimento que producían durante todo el periodo imputado, así como

¹²⁰ Requerimiento, párrafo 24.

proyecciones de los meses siguientes en algunas oportunidades.¹²¹ En una nota al pie, la FNE añade, crípticamente, que ese tipo de información sería “*apta para permitir a las empresas anticipar el comportamiento de sus competidores y chequear que no existan desviaciones importantes en sus participaciones de mercado.*”¹²² Llama poderosamente la atención que la FNE, pese a hacer referencia a ese intercambio de información como una supuesta forma de monitorear ‘desviaciones’, no acuse a las Requeridas de un acuerdo o práctica concertada relativo a restricciones de capacidad o cuotas de mercado. Tampoco explica la FNE de qué modo la información sobre ventas habría sido funcional al acuerdo o práctica concertada relativo a los precios de las dietas para salmónidos. Finalmente, la FNE tampoco indica qué habría ocurrido de producirse las “*desviaciones importantes en sus participaciones de mercado*” que las Requeridas habrían monitoreado.

Biomar niega enfáticamente que comunicaciones sobre ventas mensuales (en toneladas) hayan tenido un propósito o un efecto anticompetitivo. Para ello, esta sección se divide en cuatro partes. Una primera parte precisa qué información fue efectivamente intercambiada, distinguiéndola de precedentes nacionales o comparados en los que se ha sancionado el intercambio de datos sobre cantidades producidas o vendidas. Una segunda sección profundiza en la falta de idoneidad de la información sobre ventas mensuales para sustentar una coordinación anticompetitiva. La tercera parte muestra qué uso le dio Biomar a los datos, destacando que las mismas comunicaciones que dan cuenta del intercambio de información son una prueba de competencia entre Biomar y las demás Requeridas. Finalmente, en la cuarta parte se opone subsidiariamente la excepción de prescripción extintiva de la acción contravencional.

A. ¿QUÉ INFORMACIÓN FUE INTERCAMBIADA?

El intercambio de información sobre cantidades puede ser, bajo ciertas condiciones, instrumental a una coordinación entre competidores.¹²³ A nivel nacional, por ejemplo, el H. Tribunal estimó que en *Pollos* habría existido un acuerdo para limitar la producción y asignar cuotas de producción.¹²⁴ Dicho acuerdo habría sido implementado mediante la estimación conjunta de la demanda por carne de pollo a nivel nacional¹²⁵ y el intercambio de información

¹²¹ Requerimiento, párrafo 18.

¹²² Requerimiento, nota al pie 19.

¹²³ Para una revisión doctrinaria, véase Tapia y Facuse (2018), pp. 21-22.

¹²⁴ *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 149.

¹²⁵ *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 178-179.

comercialmente sensible sobre cargas (huevos a incubar).¹²⁶ Un aspecto crítico para la determinación del H. Tribunal fue que la información de cargas tenía “*una clara correspondencia con la producción futura de cada empresa y, por tanto, no tiene carácter histórico*”,¹²⁷ lo que habría permitido a cada empresa “*monitorear desvíos de un acuerdo de producción*.”¹²⁸ En otras palabras, un factor especialmente considerado por el H. Tribunal fue el carácter futuro de la información y su aptitud para eventualmente monitorear un comportamiento competitivo relativo precisamente a la variable informada.

A nivel comparado se ha sancionado intercambios de información sobre ventas (es decir, información pasada) cuando el nivel de desagregación de los datos crea un nivel de transparencia en el mercado tal que tiende a eliminar la competencia entre los oferentes.¹²⁹ En el caso seminal *UK Tractors*, la Comisión Europea determinó que un sistema de intercambio de información que identificaba ventas a nivel *retail* –con un desglose detallado por productos, territorios y periodos– habría permitido a cada agente económico reaccionar en forma inmediata, y de esa forma neutralizar, cualquier iniciativa de un competidor destinada a aumentar sus ventas.¹³⁰ En *UK Tractors*, la información era accesible en forma inmediata o casi inmediata, permitiendo identificar no solo incrementos en ventas sino también determinar en qué territorio había ocurrido, qué modelos de vehículos habían contribuido a ellas y finalmente en qué medida cada práctica de precio se había traducido en un alza de los precios.¹³¹

En los últimos años de la Época del Requerimiento las plantas de alimento intercambiaron información sobre toneladas mensuales vendidas. La comunicación con ejecutivos de la competencia se producía al principio de cada mes calendario, indistintamente por correos electrónicos, llamadas telefónicas o aplicaciones de mensajería. Una vez recabada la información, ella era enviada internamente a otros ejecutivos de Biomar. Sin embargo, se trata de información que puede ser calificada de pasada y agregada.

En primer término, se trata de información pasada pues se refiere a ventas ocurridas en el mes inmediatamente anterior.

En segundo término, la información intercambiada era agregada. En efecto, los datos se limitaban a toneladas vendidas para un determinado mes. La información no contemplaba una apertura según los diversos tipos de dieta comercializadas, tales como agua dulce o agua salada, por especie, por etapa de desarrollo, de alta o baja energía, etcétera. Tampoco

¹²⁶ *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 231-244, 261.

¹²⁷ *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 233.

¹²⁸ *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 234, 245.

¹²⁹ *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Commission Decision 92/157, para. 37.

¹³⁰ *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Commission Decision 92/157, para. 37.

¹³¹ *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Commission Decision 92/157, para. 41.

involucraba un desglose por clientes o centros de cultivos. Finalmente, tampoco se intercambiaba información de ventas en términos monetarios.

El carácter agregado y pasado de la información intercambiada permite diferenciar claramente a este caso de los precedentes antes citados. En los apartados siguientes se ahonda en cómo estas características de la información se traducen en su falta de idoneidad para ejecutar o monitorear una coordinación anticompetitiva, así como el uso lícito de dicha información por Biomar.

B. FALTA DE IDONEIDAD PARA EJECUTAR O MONITOREAR UNA COORDINACIÓN ANTICOMPETITIVA

La insinuación que realiza la FNE en el párrafo 18 del Requerimiento –pues no puede calificarse de acusación o imputación– se basa en una comprensión errónea de qué es lo que determina las ventas de cada planta de alimento y, en consecuencia, qué impacto competitivo puede tener el intercambio de dicha información.

Como se explicó en la sección II.C.ii., las empresas acuicultoras normalmente adjudican contratos de suministro con una duración de entre uno a tres años. Las ventas directas, fuera del contexto de contratos de suministro, representan un porcentaje muy menor del volumen mensual. Durante la vigencia de esos contratos, el cliente asigna centros de cultivo específicos a los proveedores,¹³² de modo que cada planta normalmente proveerá la totalidad del alimento requerido por los centros de cultivos que le fueron asignados. En virtud de lo anterior, lo que realmente determina las ventas de una planta de alimento en el mediano-largo plazo es su desempeño en las licitaciones que llevan a cabo las empresas acuicultoras.

En el corto plazo, en cambio, el volumen de ventas de las plantas depende sustancialmente de los clientes, en particular del rendimiento de los centros de cultivo.¹³³ Como señala la propia FNE, las empresas acuicultoras son reacias a reemplazar al proveedor de alimento durante un determinado ciclo de cultivo, por consideraciones de trazabilidad y control nutricional.¹³⁴ Por ello, si un centro de cultivo tiene un buen rendimiento, entonces las ventas de la planta a la que dicho centro esté asignado se verán incrementadas. En contraste, si un centro experimenta un problema sanitario o de gestión, la demanda de alimento se verá afectada negativamente, con el consiguiente impacto en las ventas de la

¹³² Como se explicó en la sección II.C.ii., es usual que las empresas acuicultoras seleccionen dos o más proveedores en una misma licitación, como medida para evitar sobre dependencia.

¹³³ En menor medida, una planta de alimento puede perder ventas si es que se encuentra imposibilita de cumplir oportunamente con un requerimiento de un cliente (v.gr., entregar alimentos medicados en un corto plazo).

¹³⁴ Requerimiento, párrafo 37.

planta proveedora. También pueden producirse variaciones en las ventas mensuales en virtud del inicio o el término del ciclo productivo de un centro de cultivo.

La consecuencia de lo anterior es que contar con información de ventas mensuales de otras plantas de alimento no permite sustentar o monitorear una coordinación anticompetitiva como la que imputa la FNE. En el corto plazo, la información de ventas mensuales es bastante exógena a la política comercial de las plantas de alimento, incluyendo los procesos de reajuste trimestral de precios. Por el contrario, el volumen de ventas es sustancialmente definido en un momento competitivo específico –la licitación para adjudicar los contratos de suministro de dietas–, lo que luego tiene un impacto durante la vigencia de esos contratos. Después de esa oportunidad, si una planta de alimento ofrece mejores precios (o incluso mejores rendimientos), ello no se traducirá en un cambio de proveedor durante el ciclo productivo o, en los términos que sugiere la FNE, un ‘desvío’ de ventas. Esto implica que, a diferencia de *UK Tractors*, la información de ventas mensuales no podría ser utilizada para revelar (y reaccionar a) iniciativas competitivas de corto plazo y, de esa forma, estabilizar participaciones de mercado.

C. USO DE LA INFORMACIÓN POR BIOMAR

Los datos sobre ventas mensuales de ciertos competidores fueron utilizados por Biomar para estimar participaciones de mercado, muchas veces presuponiendo un porcentaje para las plantas de alimento respecto de las cuales no se contaba con información. A su vez, esas estimaciones de participaciones de mercado eran empleadas para diversos fines, como elaborar reportes o evaluar el crecimiento de Biomar en la industria.

No solo la información de ventas mensuales no era idónea para producir una coordinación anticompetitiva; la correspondencia electrónica interna de Biomar dando cuenta de ese intercambio es, en sí misma, una prueba de competencia. En efecto, en aquellas oportunidades en que Biomar obtuvo buenas ventas mensuales respecto de sus competidores, ello fue celebrado activamente entre los ejecutivos de la empresa. En contraste, cuando las ventas de Biomar estuvieron relegadas en comparación a sus competidores, los ejecutivos reaccionan negativamente, instándose mutuamente a mejorar. Ambas reacciones –alegría ante el crecimiento, frustración ante la pérdida de participación de mercado– son consistentes con empresas compitiendo. En contraste, en decenas de comunicaciones electrónicas relativas a ventas mensuales de las Requeridas no es posible encontrar referencias, directas o indirectas, a una coordinación anticompetitiva. Tampoco se puede desprender que el crecimiento de un competidor haya sido visto como un ‘desvío’ de una participación de mercado acordada o asignada.

Por ejemplo, los siguientes correos electrónicos reflejan positivas reacciones internas ante el crecimiento de Biomar:

- a) Octubre de 2013: un correo electrónico de 11 de noviembre de 2013 informa las ventas mensuales de Biomar, Skretting y Ewos, mostrando a Biomar en un segundo lugar, tras Ewos. Un ejecutivo de Biomar reacciona indicando: *“Muy bien !! Ya más cerca..”*
- b) Septiembre de 2014: en respuesta a un correo electrónico que muestra a Biomar en segundo lugar detrás de Ewos, un ejecutivo de Biomar comenta: *“No esta mal !! Pero no hay que descuidarse a seguir presionando con la producción y la venta”*. Otra ejecutiva de Biomar, encargada de producción, comenta: *“Exacto. Me gusta seamos los primeros así que la presión no bajará.”*

En contraste, las siguientes comunicaciones ejemplifican comentarios negativos a malos números de venta de Biomar o buenos números de la competencia:

- a) Julio de 2013: un correo electrónico de 2 de agosto de 2013 da cuenta de las ventas en toneladas para julio de 2013. En respuesta a los datos, que muestran a Biomar en tercer lugar, un ejecutivo de Biomar indica: *“Gracias..mal número.... Pero vamos de sumando ahora, a costa del primero”*.
- b) Mayo de 2015: en respuesta a un correo electrónico de 1 de junio de 2015 informando las toneladas vendidas por Skretting (31.600), Ewos (31.400) y Biomar (23.578), un ejecutivo de Biomar comentó: *“Menos mal que bajaba SKT...csm! [sic]”, a lo que otro respondió: “Bajo de 35260 a 31600... casi 4 lucas , no es poco, pero igual sigue alto. Y nosotros cuando repuntamos? [...]”*

D. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRAVENCIONAL

En el evento que el H. Tribunal estime que los intercambios de información sobre ventas mensuales no constituyeron parte de un acuerdo o una práctica concertada, pero sí un ilícito anticompetitivo atípico –sancionable bajo el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211–, entonces la acción contravencional para perseguir dicha conducta se encontraría prescrita. En este sentido, oponemos excepción de prescripción y nos remitimos y reiteramos la fundamentación fáctica y jurídica contenida en la sección III.C. de este escrito.

V. INTENSA COMPETENCIA ENTRE BIOMAR Y LAS EMPRESAS

REQUERIDAS

Contrariamente a lo expuesto por la FNE, la industria de la producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile se ha caracterizado por la competencia por suministrar a las empresas acuicultoras. Dicha competencia, especialmente intensa en los últimos años de la Época del Requerimiento, se manifestó de diversas maneras que se desarrollan en esta sección.

A. LICITACIONES PARA ADJUDICAR CONTRATOS DE SUMINISTRO

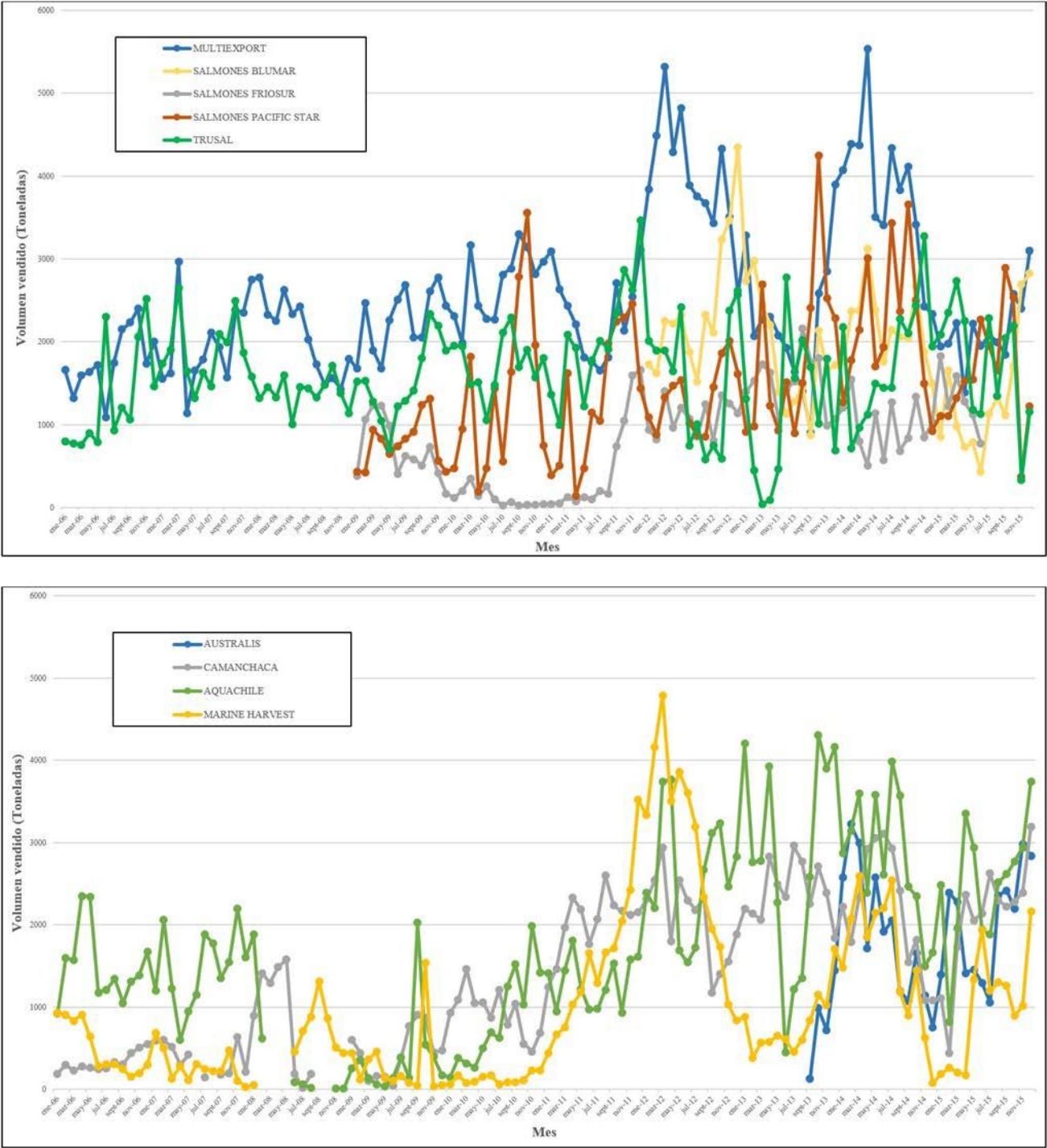
En primer término, en las licitaciones para asignar contratos de suministro es posible apreciar clara evidencia de competencia entre las Requeridas. Atendida la concentración de la industria salmonicultora, cada contrato tiene un impacto relevante en el volumen de ventas de las plantas de alimento y, en consecuencia, existe mucho interés en resultar adjudicataria.

A lo anterior debe añadirse que la estructura de las licitaciones otorga a las empresas acuicultoras un conocimiento detallado de las ofertas, lo que les permite comparar y fomentar la rivalidad entre las plantas. En este sentido, es usual que cada licitación contemple varias rondas de negociación, en donde las empresas acuicultoras toman los mejores elementos de cada oferta y presionan a cada planta a mejorar aquellos términos comerciales en los que se encuentra en desventaja frente a las demás. Como resultado de esa estructura de negociación, las empresas acuicultoras obtienen ofertas revisadas, adjudicando finalmente los contratos de suministro en términos comerciales mejores que las ofertas inicialmente presentadas.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de ciertas comunicaciones antiguas (sección VI *infra*), Biomar ha competido activamente en los procesos de licitación convocados por las empresas acuicultoras, procurando presentar ofertas atractivas tanto en lo técnico como en lo comercial y, en este último punto, buscando ser competitiva tanto en el *cost* (o componente variable) como en el *plus* (o componente fijo).

Uno de los aspectos que da cuenta de esa intensa competencia es la frecuencia con que las empresas acuícolas cambian sus proveedores de alimento o modifican el volumen adjudicado en razón de su desempeño competitivo. Por ejemplo, en el caso de Biomar los volúmenes suministrados a cada cliente han variado significativamente, según se observa en los siguientes Gráficos N° 6 y 7:

Gráficos N° 6 y 7 – Volúmenes vendidos por Biomar, por cliente (2006-2015)¹³⁵



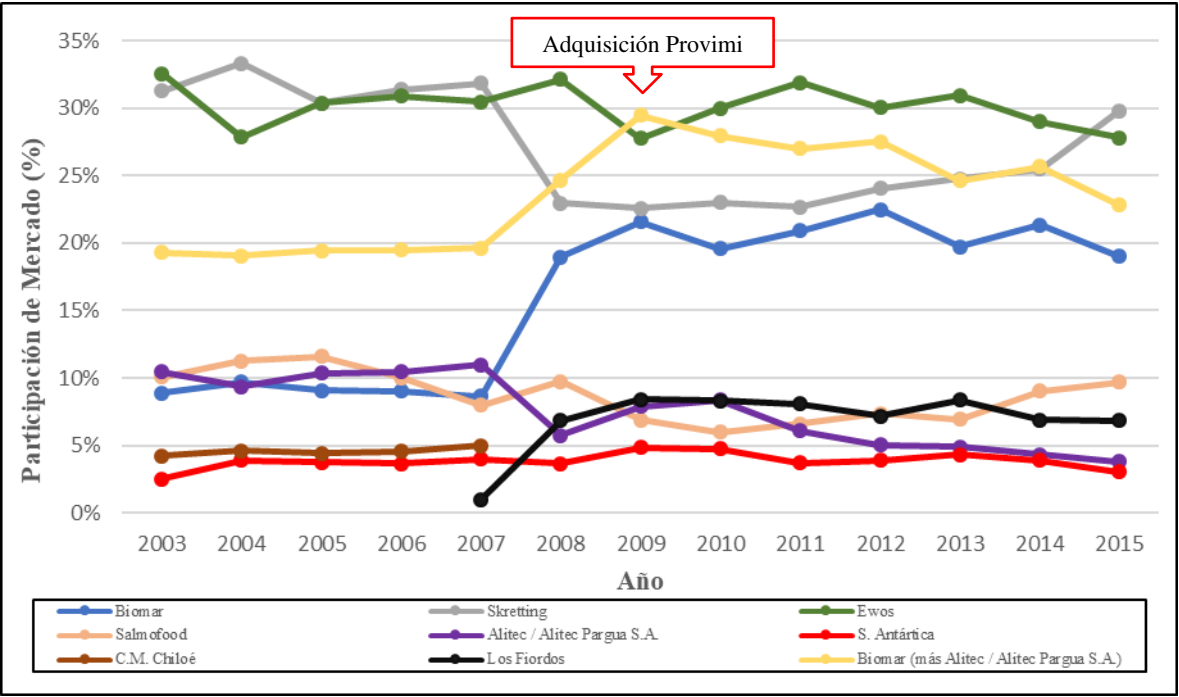
Fuente: elaboración propia de Biomar.

¹³⁵ En atención al número de clientes, se han graficado solo nueve clientes con los cuales Biomar sostuvo contratos de abastecimiento, los que permiten representar la variación de volúmenes adjudicados. Sin perjuicio de lo anterior, entre los años 2006-2015, Biomar también celebró contratos de abastecimiento con: (i) Pesca Chile S.A.; (ii) Cultivos Marinos Chiloé S.A.; (iii) Salmones Itata S.A.; (iv) Salmones Humboldt S.A.; (v) Sociedad Pesquera Landes S.A.; (vi) Landcatch Chile S.A.; (vii) Invertec Pesquera Mar de Chiloé S.A.; (viii) Servicios de Acuicultura Acuimag S.A.; (ix) Salmones Magallanes S.A.; (x) Productos del Mar Ventisqueros S.A.; (xi) Glaciares Pacíficos S.A.; y (xii) Cermaq.

B. VARIACIONES DE PARTICIPACIÓN DE MERCADO

Una segunda muestra de competencia, relacionada con las licitaciones, ha sido la variación en las participaciones de mercado, según da cuenta el siguiente Gráfico N° 8:

Gráfico N° 8 – Participación de mercado de las plantas de alimento (2003-2015)¹³⁶



Fuente: elaboración propia de Biomar.

Por ejemplo, en el caso de Biomar la participación de mercado ha fluctuado desde un 7,5% mínimo a un 29,5% máximo, con una participación promedio para el periodo de 19,2%. Cabe recordar que la participación de Biomar se vio favorecida por la adquisición de Alitec en 2009, incluyendo una participación de 50% en el *joint venture* Alitec Pargua.¹³⁷

Las participaciones de las otras Requeridas también han variado ostensiblemente en el tiempo. En el caso de Ewos, las participaciones de mercado mínima, media y máxima para el periodo comprendido en el Requerimiento fueron 27,8%, 30,1% y 32,6%. En el caso de Skretting, esos valores fueron respectivamente 22,6%, 27,2% y 33,3%. Finalmente, en lo que respecta a Salmofood, las participaciones de mercado mínima, media y máxima fueron 6%, 8,7% y 11,6%.

¹³⁶ Véase nota explicativa para el Gráfico N° 3 en la sección II.B.i.

¹³⁷ Véase sección II.B.i.

En síntesis, el Gráfico N° 8 refleja que Biomar –que ingresó más tarde al mercado chileno en comparación a Ewos, Skretting y Salmofood– ha debido competir para incrementar su participación de mercado. Ese crecimiento, que se ha producido tanto orgánica como inorgánicamente (adquisición de Alitec y Alitec Pargua), es inconsistente con la tesis de la FNE. Variaciones sustanciales o volatilidad en las participaciones de mercado en el tiempo son circunstancias que no se condicen con una coordinación efectiva entre competidores, según lo ha constatado la propia FNE.¹³⁸

C. SELECCIÓN Y APROVISIONAMIENTO DE MATERIAS PRIMAS

El aprovisionamiento de materias primas es un aspecto clave para las plantas de alimento para salmónidos, pues incide directamente tanto en el costo como en el rendimiento de las dietas comercializadas. Por ello, la industria se caracteriza por una competencia en la selección y aprovisionamiento de materias primas, lo que se traduce en diferentes dimensiones.

En primer término, el *mix* de materias primas es en sí mismo una fuente de ventaja competitiva para una planta de alimento. Distintos insumos aportan disímiles características nutricionales y físicas a los *pellets*, de modo que parte importante del *know-how* de la industria consiste precisamente en el trabajo de formulación, esto es, la búsqueda de combinaciones de insumos idóneas para cada tipo de dieta. No existe coincidencia en las materias primas empleadas por las distintas plantas de alimento, lo que se manifiesta de dos formas.

Por una parte, existen insumos que solo son utilizados por una planta de alimento. Durante parte importante de la Época del Requerimiento, Biomar utilizó varios ingredientes que las otras Requeridas no usaban o a los que no tenían acceso y que le otorgaron ventajas competitivas relevantes: afrecho de girasol, como fuente de proteína vegetal barata para la dieta; torta o *expeller* de maní, como fuente barata de proteína vegetal y aporte de almidón; harina de krill, como un ingrediente diferenciador por sus calidades nutricionales y funcionales; *olein mix* para abaratar la mezcla de aceite vegetal en la dieta, etc. Todos esos insumos tuvieron un impacto en los costos de las dietas, generando una ventaja competitiva. Por el contrario, las Requeridas también usaban ingredientes con los que Biomar no contaba, ya sea por no tener acceso a ellos o por tener una valoración nutricional distinta. Por ejemplo, las otras Requeridas utilizaron aceite de lino y lecitina de soja en la mezcla de aceites vegetales; harina de vísceras con 66% de proteínas (producto escaso en el mercado); trigos

¹³⁸ Ver Informe de archivo FNE, Investigación Reservada Rol N° 2362-15, p. 12.

nacionales en lugar de trigos importados, etc. Esos insumos también significaron una ventaja competitiva para los competidores, en desmedro de Biomar. El uso de distintos tipos de ingredientes es una demostración clara del esfuerzo por diferenciarse entre las Requeridas.

Por otra parte, incluso en el caso de insumos ‘comunes’ –como la harina de pescado, aceite de pescado, el trigo u otros ingredientes– es posible encontrar diferencias en las calidades y especificaciones técnicas que utilizan las plantas de alimento.¹³⁹ Cabe señalar que variedades de un mismo insumo con diferentes calidades tendrán precios, rendimientos nutricionales distintos y digestibilidades distintas. Estas diferencias también se traducen en distintos niveles de inclusión de un mismo tipo de insumo entre dos plantas de alimento. Por ejemplo, el ingrediente SPC (*soy proteic concentrate* o concentrado proteico de soya) era utilizado por las otras Requeridas en proporciones mucho mayores a las que usaba Biomar durante el periodo al que se refiere el Requerimiento. Otro ejemplo lo aportan los aminoácidos sintéticos: durante el mismo periodo, Biomar incluyó un porcentaje de aminoácidos sintéticos mucho mayor al empleado por las demás Requeridas.

Las plantas de alimento tienen percepciones distintas respecto a los componentes nutricionales y digestibilidad de los insumos, como consecuencia del *know-how* adquirido mediante sus departamentos de I&D (estudios, pruebas de laboratorio, pruebas *in vivo*, monitoreo de centros, etc.). Esas percepciones diversas respecto a la valoración nutricional explican que las plantas de alimento utilicen insumos diversos, variedades o especificaciones distintas para un mismo insumo, o insumos comunes en proporciones distintas.

La relevancia de la selección de las materias primas explica por qué las plantas de alimento –y en particular Biomar– invierten significativos recursos en I&D, tanto a nivel local y global, en la búsqueda de nuevos ingredientes para obtener una ventaja competitiva y diferenciarse de la competencia. También explica por qué las plantas de alimento están pendientes de qué nuevos insumos (o variedades de insumos) introducen los competidores, lo que muchas veces da lugar a pruebas destinadas a ponderar la eventual incorporación a las dietas.

En segundo término, existe competencia en el aprovisionamiento. Cada planta de alimento busca cerrar posiciones en materias primas al menor costo posible y, en cualquier caso, en términos mejores o iguales que los competidores. Cerrar permanentemente posiciones ‘caras’ conduce a dietas de mayores precios y, en consecuencia, a una pérdida de competitividad en los procesos de licitación. Por ello, las plantas dedican importantes esfuerzos en analizar el desarrollo de los mercados de las materias primas, a fin de determinar el momento adecuado para comprar cada insumo. Los proveedores y *traders* de materias

¹³⁹. Cabe señalar que la heterogeneidad de calidades y orígenes respecto de un mismo insumo (como la harina de pescado o el aceite de pescado) pueden hacer particularmente fácil determinar qué actor ha cerrado una determinada posición en el mercado.

primas son conscientes de la presión por cerrar posiciones en términos al menos análogos a las otras plantas, de modo que muchas veces informan cuando uno de los competidores ha cerrado una posición importante como una forma de incentivar la compra. También es común que los proveedores y *traders* se resistan a ofrecer rebajas o descuentos, atendida la negativa reacción comercial que generará un mejor precio en los competidores que ya cerraron posiciones a un precio mayor.

D. CALIDAD DE LAS DIETAS Y DEL SERVICIO

La dimensión competitiva más importante en la industria de alimento para salmónidos corresponde a la calidad, tanto de las dietas en sí mismas como de los servicios asociados a su suministro.

En lo que respecta a las dietas, los clientes se fijan principalmente en su rendimiento, reflejado en indicadores como el factor de conversión, la cantidad de energía y proteína digestible, etc.¹⁴⁰ En términos generales, los clientes prefieren dietas de mayor rendimiento, capaces de reducir la duración del ciclo productivo, a dietas de menor rendimiento, aun si son ofrecidas a un menor precio. En otras palabras, para los clientes normalmente es más relevante qué tan eficiente es una dieta —es decir, su costo por kilogramo de salmón producido— que el precio nominal (su costo por kilogramo o tonelada de alimento). Junto con el rendimiento, las empresas acuicultoras también se fijan en la calidad nutricional y el nivel de innovación de la dieta. Estos aspectos técnicos son esenciales durante las licitaciones y, por lo mismo, corresponden a una de las variables más consideradas durante la evaluación de las propuestas.

La importancia del rendimiento y la calidad nutricional de las dietas en la competitividad se traduce en significativos esfuerzos de las áreas de formulación, I&D y abastecimiento, que dan lugar a un *know-how* o conocimiento específico de cada planta. Esos esfuerzos se manifiestan tanto en un trabajo de largo plazo por obtener mejores dietas, como también un permanente ajuste de las formulaciones a fin de adaptarse a las fluctuaciones de los precios de las materias primas.

Adicionalmente, como se explicó en la sección II.C.ii., los clientes asignan los volúmenes adjudicados a las plantas de alimento por centro de cultivo con un doble objeto: por un aparte, medir el rendimiento de las dietas durante el ciclo productivo del pez, y por la otra, comparar el rendimiento entre dos centros de cultivos alimentados por plantas de

¹⁴⁰ En el mercado de aprovisionamiento de alimento para salmónidos, el rendimiento de una dieta conlleva de forma implícita la relación precio/calidad de la dieta (i.e., calidad de la dieta en relación con el precio ofrecido).

alimento diferentes, como una forma de determinar el alimento con mejor rendimiento y calidad nutricional.

Otra variable competitiva relevante corresponde a la oferta de dietas especializadas. Si bien las dietas para salmónidos pueden ser consideradas productos técnicamente complejos en general, existen ciertos tipos que involucran mayores esfuerzos de formulación, comercialización o logísticos. Dentro de ese grupo se encuentran las dietas de agua dulce (normalmente con mayores requerimientos nutricionales e insumos *premium* o de mejor calidad), las dietas medicadas, las dietas funcionales o aditivas y las dietas hechas a la medida o *tailor-made*. Las plantas de alimento también compiten en el desarrollo y suministro de esas dietas especializadas, lo que es nuevamente evaluado por las empresas acuicultoras en las respectivas licitaciones.

Las plantas de alimento también compiten en la provisión de servicios asociados al suministro de las dietas. Como primera manifestación de esto, las empresas acuicultoras exigen a las plantas cumplir estrictamente con plazos de entrega y logística de despacho y, de esa manera, evitar quiebres de *stock*. Esos plazos de entrega se tornan aun más acotados cuando se trata de alimentos medicados, en cuyo caso los clientes requieren de una atención pronta para resolver la condición que afecta a los peces. La calidad de los servicios también se manifiesta en la asistencia técnica otorgada a los clientes, así como en la disposición a resolver reclamos asociados al desempeño nutricional de las dietas.

E. BAJOS MÁRGENES DE LA INDUSTRIA

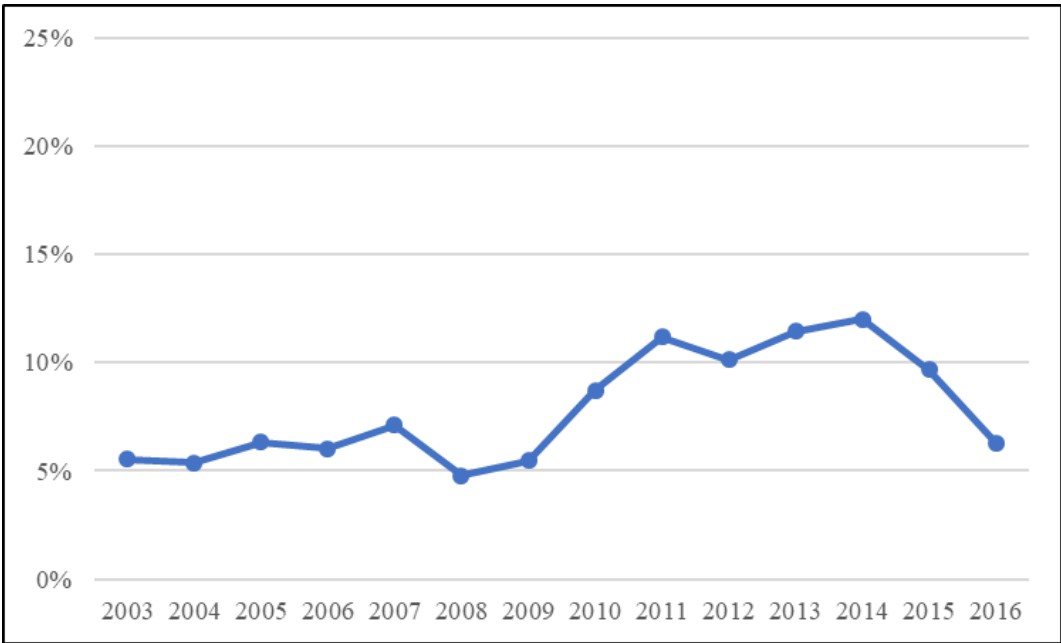
Finalmente, una nueva muestra de competencia consiste en el relativo margen precio-costo de las plantas de alimento para salmónidos. La coordinación anticompetitiva entre empresas tiene como efecto indirecto emular, muchas veces de forma imperfecta, el ejercicio de poder de mercado por parte de un monopolio. En una situación de monopolio, la renta obtenida por el monopolista (precio menos costo marginal de largo plazo como porcentaje del precio) es igual al recíproco de la elasticidad de largo plazo de la demanda, lo que se denomina como Índice o Margen de Lerner.

Fórmula N° 3 – Índice de Lerner

$$\frac{pp - cc}{pp} = \frac{1}{\eta\eta}$$

Un *proxy* para el Índice de Lerner puede ser el margen de EBIT (sigla del inglés ‘*earnings before interest and taxes*’). En el caso de Biomar, el margen de EBIT para la Época del Requerimiento se ve reflejado en el siguiente Gráfico N° 9:

Gráfico N° 9 – Margen de EBIT de Biomar (2003-2016)



Fuente: elaboración propia de Biomar.

En el periodo al que se refiere el Requerimiento, el margen de EBIT de Biomar ha fluctuado entre 5,5% y 12%, promediando 8%. Nótese que los márgenes del periodo 2010-2014 –menos bajos que la media– son consistentes con la crisis financiera causada por el brote de virus ISA, que aumentó significativamente el riesgo financiero al que estaba expuesto las plantas de alimento. Como se explicará más adelante, las plantas de alimento no se limitaron a suministrar un insumo durante la época del virus ISA, sino también otorgaron financiamiento a sus clientes, lo que también se tradujo en márgenes más altos. Nótese también que la disminución en los márgenes entre 2014 (11,0%) y 2016 (6,3%) es consistente con una baja en la producción nacional de salmón, de 950.000 toneladas a menos de 700.000 toneladas, propiciada por una proliferación (*bloom*) de algas ocurrido ese año.

Si se supone una elasticidad de la demanda por alimento para salmónidos de 0,6¹⁴¹, los márgenes de Biomar serían sustancialmente menores a los que predeciría la teoría para un cartel o un monopolio y, en consecuencia, no se condicen con la imputación de la FNE.

¹⁴¹ Si bien la elasticidad de la demanda por alimento para salmónidos no ha sido estimada, se trata de una demanda derivada de la demanda por salmón. Dado que el alimento para salmónidos es un insumo utilizado en proporciones fijas, la tercera ley de Marshall plantea que su elasticidad será igual a $\alpha\epsilon$, donde α es la proporción del insumo en el costo final del producto y ϵ es la elasticidad precio del producto final. Por una parte, Xie et al (2009) estimaron que la elasticidad precio de la demanda por salmón fresco de Chile es igual a 1. Por la otra, el

De hecho, los márgenes dan cuenta de competencia intensa entre las plantas de alimento si se considera como parámetro un modelo a la Cournot, en donde los participantes de un oligopolio compiten por cantidades. En el modelo de competencia a la Cournot, el índice de Lerner depende del número y tamaño relativo de las empresas, de modo que para un número n de idénticas:

Fórmula N° 4 – Índice de Lerner en competencia a la manera de Cournot

$$\frac{pp - cc}{pp} = \frac{1}{nn\eta}$$

Con una elasticidad precio de la demanda de alimento para salmónidos de 0,6 y un margen de 10%, un modelo de competencia a la Cournot sugeriría la presencia de 17 plantas de alimento, un número significativamente mayor a las efectivamente presentes en el mercado.

Fórmula N° 5 – Número de plantas que arrojaría un modelo de competencia a la Cournot

(Considerando $\eta = 0,6$ y margen 0,1)

$$nn = \frac{1}{0,6 * 0,1} = \frac{1}{0,06} \approx 17$$

Alternativamente, considerando el número de plantas de alimento que no están integradas aguas abajo a empresas acuícolas (4), un modelo de competencia a la Cournot con participaciones simétricas sugiere márgenes en torno al 42%; vale decir, si las empresas productoras de alimento para salmónidos compitieran a la Cournot, casi la mitad del precio sería margen económico puro. Esto sería varias veces por sobre lo obtenido por Biomar durante la Época del Requerimiento.

Fórmula N° 6 – Margen que arrojaría un modelo de competencia a la Cournot

(Considerando $\eta = 0,6$ y $n = 4$)

$$\frac{pp - cc}{pp} = \frac{1}{4 * 0,6} = \frac{1}{2,4} \approx 0,42$$

alimento para salmónido representaría aproximadamente un 60% del costo del salmón. Si se consideran ambos factores, la elasticidad de la demanda por alimento para salmónidos sería aproximadamente de 0,6.

En síntesis, los márgenes de Biomar para el periodo comprendido en el Requerimiento no son altos y sugieren, a diferencia de lo que plantea la FNE, que las plantas de alimento no solo compiten, sino que incluso lo hicieron de forma más intensa que un oligopolio a la Cournot.

Conforme a las consideraciones expuestas en esta sección, la imputación de la FNE es incorrecta y responde a una selección sesgada de antecedentes. Existe abundante evidencia de competencia en la industria de la producción y comercialización de alimento para salmónidos en Chile, en particular de: (i) la oferta de precios competitivos para la adjudicación de los contratos de suministros; (iii) una invariable presión interna por aumentar la participación de mercado; (iv) cambios frecuentes en los proveedores de alimento por parte de las empresas acuícolas; (v) una búsqueda permanente por desarrollar dietas de mejor calidad y prestar el mejor servicio a las empresas acuícolas; (vi) la selección, aprovisionamiento y uso de materias primas en mejores (o al menos iguales) condiciones comerciales que los competidores; y (vii) una baja rentabilidad en la industria.

VI. LAS COMUNICACIONES PASADAS ENTRE LAS REQUERIDAS

El Requerimiento se refiere a un periodo particularmente extenso, que comprende trece años de duración (2003-2015). Por ello, es natural que exista una gran variación en diversos antecedentes de hecho durante ese lapso. En esta Contestación ya se ha explicado cómo variaron las formulaciones de las dietas,¹⁴² los términos de los contratos de suministro¹⁴³ y la forma de selección de los proveedores de alimento,¹⁴⁴ entre otros. Pues bien, el comportamiento de las Requeridas también sufrió importantes modificaciones a lo largo de ese periodo. La primera parte de esta sección se aboca a identificar comunicaciones antiguas entre las Requeridas que, de haber sido acusadas oportunamente por la FNE, podrían haber generado alguna preocupación desde la perspectiva del derecho de la competencia. La segunda parte demostrará –luego de analizar la jurisprudencia y doctrina relevante– que esas instancias no forman parte de un “*acuerdo único y continuo*”, con ramificaciones recientes. Finalmente, la tercera parte analiza la consecuencia jurídica de la discontinuidad de dichas

¹⁴² Véase sección II.A.iv.

¹⁴³ Véase sección II.C.ii.

¹⁴⁴ Véase sección II.C.vi.

interacciones: la prescripción extintiva de la acción contravencional para perseguirlas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20 del D.L. N° 211.

A. INSTANCIAS ESPECÍFICAS DE INTERACCIÓN PASADA ENTRE LAS

REQUERIDAS

El Requerimiento se remonta veinte años atrás,¹⁴⁵ periodo extenso en donde la dinámica de una industria y las prácticas imperantes en ella pueden variar significativamente. En el caso de la producción de alimento para salmónidos, esto se tradujo, entre otros, en una mayor consciencia en lo que respecta al cumplimiento de las disposiciones del D.L. N° 211.¹⁴⁶ Por ello, en comunicaciones antiguas –de entre diez y veinte años de antigüedad– es posible identificar diversos tipos de interacciones que podrían haber merecido alguna atención desde la perspectiva del derecho de la competencia.

i. Interacciones relativas a precios de dietas

En primer término, en comunicaciones de principios de siglo es posible identificar interacciones destinadas a coordinar los precios de las dietas para salmónidos, tales como discusiones sobre reajustes por cliente o intercambios de listas de precios, en ambos casos con alto nivel de desglose. También se identificaron interacciones esporádicas relativas a la forma de preciar el pigmento astaxantina. Sin embargo, al menos en lo que a Biomar respecta, no ha sido posible identificar comunicaciones de esa índole durante la última década. Contrariamente a lo insinuado por la FNE,¹⁴⁷ tampoco ha sido posible identificar comunicaciones internas de Biomar reflejando interacciones con competidores sobre esas materias en los últimos diez años.

¹⁴⁵ Requerimiento, párrafo 6.

¹⁴⁶ Cabe recordar que el Requerimiento cubre un periodo que antecede a los principales desarrollos en materia de libre competencia en nuestro país. En este sentido, la acusación se remonta hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, que creó la actual institucionalidad de defensa de la competencia; del denominado caso *Farmacias*, como primer gran hito en la persecución de carteles en Chile; y de la reforma introducida mediante la Ley N° 20.361 de 2009, que incorporó facultades investigativas reforzadas para la FNE, como la delación compensada y las medidas intrusivas.

¹⁴⁷ Requerimiento, párrafo 20.

ii. Interacciones relativas a licitaciones o negociaciones

En segundo término, de los antecedentes en poder de la FNE es posible identificar algunas instancias en que las Requeridas discutieron su participación en ciertas licitaciones o procesos de negociación llevados a cabo por las empresas acuicultoras. Por ejemplo, el Requerimiento cita un correo electrónico de febrero de 2006 que se refiere precisamente a una negociación en curso y a un eventual acuerdo entre las Requeridas (Biomar, Alitec, Ewos y Skretting) sobre cómo ofertar en ella.¹⁴⁸ Cabe señalar que esas comunicaciones, relativas a licitaciones, en el evento que fueren reprochables, solo podrían haber constituido un comportamiento diverso de la imputación que formula el Requerimiento: la fijación indirecta de los precios de dietas de salmónidos mediante la fijación de precios de las materias primas.¹⁴⁹ En efecto, la propia letra a) del Art. 3° del D.L. N° 211 contempla como objetos distintos el “*fijar precios de venta*” y el “*afectar el resultado de procesos de licitación*”.

Al igual que en el caso anterior, de los antecedentes en poder de la FNE no es posible encontrar comunicaciones que den cuenta de coordinaciones relativas a licitaciones durante los últimos años. Por el contrario, los correos electrónicos internos de Biomar durante la última década apuntan en la dirección opuesta: permanentes esfuerzos por presentar ofertas competitivas –en términos de precio, calidad e innovación– en las licitaciones convocadas por las empresas acuicultoras.

iii. Interacciones relativas a la compra conjunta de aceite de pescado

En tercer término, las Requeridas se organizaron para conformar un grupo de compra que hiciera frente a Exapesca. La oferta nacional de aceite de pescado se divide básicamente entre el norte, en donde tiene prominencia la empresa Corpesca y, en menor medida, Camanchaca, y el sur, que en su época comprendía diversas pesqueras. Exapesca fue una agrupación de las pesqueras del sur de Chile para la comercialización conjunta de aceite de pescado.¹⁵⁰ Al concentrar cerca de la mitad del volumen de aceite pescado nacional, Exapesca adquirió considerable poder de venta, lo que se tradujo en un alza significativa en los precios para las plantas productoras de alimento. A fin de reaccionar a Exapesca, las plantas conformaron un grupo de compras para que, actuando por intermedio de un operador

¹⁴⁸ Requerimiento, párrafo 17.

¹⁴⁹ Requerimiento, párrafo 4. En el mismo sentido, véase escrito de traslado a las excepciones dilatorias de 20 de febrero de 2020, que rola a fojas 227, párrafo 17: “*La acusación de la FNE es clara: imputa a las Requeridas celebrar y ejecutar un acuerdo de fijación de precios del alimento para salmónidos.*”

¹⁵⁰ Véase https://fis.com/fis/companies/details.asp?l=s&filterby=companies&=&country_id=&page=1&company_id=50877 [Fecha de última visita: 15/5/20].

logístico independiente, negociara colectivamente el aprovisionamiento de aceite de pescado. De esta forma, se buscó el despacho de aceite de pescado desde Perú y otros orígenes para presionar los precios de Exapesca a la baja.

La formación de ese grupo de compras fue oportunamente conocida por las empresas acuicultoras, quienes se vieron favorecidas mediante menores precios de las dietas como consecuencia de la baja en los precios del aceite de pescado.¹⁵¹ En este sentido, se trata de un tipo de interacción entre competidores con un propósito procompetitivo. Si bien la compra conjunta tendía a producir una uniformidad en el costo de aprovisionamiento de aceite de pescado, lo fue a un nivel más bajo que el que habría imperado sin una interacción entre las plantas de alimento.

La viabilidad del grupo de compra suponía que los requerimientos de aceite de pescado fueran colectivamente realizados. Por ello, en ciertas ocasiones surgieron discusiones entre las plantas de alimento debido a cierres de posiciones para esa materia prima en forma separada, usualmente como consecuencia de alguna oferta especial realizada unilateralmente por Exapesca. La eventual comunicación de los precios de aprovisionamiento menores obtenidos por una de las plantas podía dejar a otras que sí se abastecían mediante el grupo de compras en una desventaja competitiva, de modo que en ciertas oportunidades las Requeridas interactuaron respecto de cómo se informaría a los clientes acuicultores. Sin embargo, se trató de instancias puntuales, todas ellas ocurridas hace más de una década y circunscritas al funcionamiento del grupo de compra. Nuevamente, no ha sido posible encontrar comunicaciones electrónicas de la misma índole en la etapa más reciente de la Época del Requerimiento.

iv. Interacciones relativas al terremoto de 27 de febrero de 2010

En cuarto término, las Requeridas se comunicaron con ocasión del terremoto de 27 de febrero de 2010. En la Región del Bio-Bío se encuentran zonas industriales y portuarias (Coronel y Talcahuano) de donde provenía parte importante de la harina y el aceite de pescado empleados en la producción de dietas. Adicionalmente, Ewos tiene su única fábrica de alimento emplazada en la comuna de Coronel. El terremoto generó graves daños en la infraestructura de la Región del Bio-Bío, lo que se tradujo en un riesgo de quiebre en el suministro de insumos marinos a las plantas de alimento ubicadas más al sur, principalmente en la Región de Los Lagos. Adicionalmente, la planta de Ewos también sufrió daños, lo que condujo a una paralización temporal de la producción. En ese contexto de incertidumbre, las

¹⁵¹ Cabe destacar que el mismo grupo de compra logró gestionar la rebaja y posterior desaparición del arancel de importación de harina de pescado desde Perú.

Requeridas se comunicaron en algunas oportunidades durante marzo de 2010. Por ejemplo, exploraron la posibilidad de celebrar un acuerdo de maquila con Ewos para atender a sus clientes. También discutieron respecto de los porcentajes de inclusión de los insumos marinos, bajo la lógica de que una reformulación de las dietas –con porcentajes de inclusión más bajos para la harina y el aceite de pescado– permitiría hacer perdurar los inventarios mientras se recuperaba la infraestructura vial y portuaria. Finalmente, de los antecedentes incautados por la FNE y exhibidos a ejecutivos de Biomar en la investigación administrativa también es posible identificar comunicaciones relativas a respetar los clientes de las otras plantas de alimento, es decir, no aprovechar la incertidumbre logística generada por el terremoto para ganar terreno comercial. Las comunicaciones en torno al terremoto de febrero de 2010 ocurrieron hace, literalmente, una década. En el mejor conocimiento de Biomar, no existen en la última década interacciones con competidores relativas a no aproximarse a clientes, ni respecto de la formulación de las dietas y los respectivos porcentajes de inclusión de materias primas.

v. Interacciones relativas a condiciones crediticias

Finalmente, el Requerimiento hace una referencia abstracta a comunicaciones entre las Requeridas relativas a condiciones crediticias.¹⁵² Más adelante, en su escrito evacuando el traslado conferido respecto de las excepciones dilatorias, la FNE reconoció que esas comunicaciones no son objeto de la acusación,¹⁵³ sino que simplemente serían un caso de ‘coordinación adicional’ que se habría incluido en el Requerimiento “*en honor a los hallazgos del proceso investigativo*”,¹⁵⁴ lo que sea que eso signifique.

Aunque se trata de una materia no comprendida en la acusación de la FNE –y, en consecuencia, ajena a la cuestión debatida–¹⁵⁵ cabe realizar algunas precisiones respecto de las condiciones crediticias otorgadas por las plantas de alimento a las empresas acuicultoras. La venta de dietas para salmónidos no es normalmente al contado, sino que a plazo. A ese plazo de pago normalmente se asocia una línea de crédito, es decir, un monto máximo de

¹⁵² Requerimiento, párrafo 18: “*las Requeridas también intercambiaron información sobre las condiciones de crédito entregados a las salmoneras y su situación de deuda, con el fin de coordinar tales condiciones y evitar cambios de proveedor por parte de clientes morosos. Esta coordinación se intensificó durante el periodo en el que la industria salmonera fue afectada por la anemia infecciosa del salmón, conocido como virus ISA, el que generó una alta tasa de mortalidad en los peces infectados, debido a lo cual adquirieron gran importancia las condiciones comerciales entregadas por las Requeridas.*”

¹⁵³ Escrito de la FNE de 20 de febrero de 2020, de fojas 227, párrafo 17: “*La acusación de la FNE es clara: imputa a las Requeridas celebrar y ejecutar un acuerdo de fijación de precios del alimento para salmónidos.*”

¹⁵⁴ Escrito de la FNE de 20 de febrero de 2020, de fojas 227, párrafo 17.

¹⁵⁵ En virtud del principio de congruencia, al H. Tribunal le estará vedado fundar una eventual sentencia en comunicaciones relativas a condiciones crediticias, en atención a que ellas no forman parte de la acusación de la FNE.

deuda que un cliente puede acumular bajo un contrato de suministro antes que la planta de alimento suspenda el despacho. Adicionalmente, es posible que el precio de las dietas se recargue con una tasa de interés, destinada a capturar el costo y riesgo que tiene otorgar esa forma de financiamiento a las empresas acuicultoras. Alternativamente, algunos contratos de suministro contemplan descuentos por pronto pago, cumpliendo una función económica análoga a la de una tasa de interés. Todas estas materias suelen ser definidas en las licitaciones de contratos de suministro, y muchas veces son las empresas acuicultoras quienes unilateralmente imponen los términos más importantes en sus invitaciones o bases de licitación.

El financiamiento otorgado por las plantas de alimento, en la forma de plazo de pago de las dietas, ha sido fundamental para la viabilidad de la industria salmonera en varias ocasiones. Un ejemplo lo constituyó la crisis del virus de la anemia infecciosa del salmón (“ISA”, sigla del inglés *infectious salmon anemia*). En agosto de 2007 comenzó el brote de virus ISA en la Región de Los Lagos, que rápidamente se propagó en diversos centros de cultivo. El virus ISA no solo puede producir directamente altos índices de mortalidad en los salmones, sino que además puede forzar el cierre anticipado de la cosecha de un centro de cultivo como medida de contención de la enfermedad. Por ello, la crisis sanitaria que tuvo lugar entre los años 2007 y 2010 produjo una crisis económica de gran envergadura para el sector salmoniculor.¹⁵⁶

La conjunción del virus ISA con la crisis financiera global *subprime* afectó gravemente los flujos de caja de las empresas acuicultoras, llevando incluso a algunas de ellas a procesos de insolvencia. En un escenario en donde la industria bancaria fue reacia a incrementar el nivel de endeudamiento, las plantas de alimento se vieron enfrentadas a una grave disyuntiva. Por una parte, podían convertirse en financistas de sus clientes, aumentando el monto de las líneas de crédito y el plazo de pago, apostando así al pago mediante flujos de caja futuros e inciertos. Por la otra parte, podían suspender el suministro de alimento a clientes en incumplimiento, con el peligro de que ello se tradujera en la muerte de biomasa (peces en centro de cultivo) y eventualmente la insolvencia de clientes. Ante esa disyuntiva, las plantas apostaron por la viabilidad de la industria acuicultora, apoyando a sus clientes y asumiendo importantes riesgos financieros.¹⁵⁷ Todo esto implicó esfuerzos relevantes en términos de análisis, aprobación por comités de crédito globales, renegociación de términos

¹⁵⁶ Véase <https://www.emol.com/noticias/economia/2012/10/31/567503/industria-del-salmon-ya-casi-ha-olvidado-la-crisis-del-virus-isa-con-sus-numeros-recuperados.html> [Fecha de última visita: 15/5/20].

¹⁵⁷ Cabe señalar que, a cambio de ese mayor riesgo financiero incurrido en suministrar alimento a empresas con patrimonio negativo y flujo de caja restringido, las plantas de alimento tendieron a exigir mejores precios, lo que también se habría traducido en mejores márgenes por tonelada vendida.

contractuales y exposición a riesgo.¹⁵⁸ De hecho, en ciertos casos los esfuerzos de las plantas de alimento implicaron incluso capitalizar sus acreencias y convertirse en accionistas de sus clientes. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de las salmoneras Trusal y PacificStar, que se integraron para salir de la crisis financiera, dando lugar a Salmones Austral, en donde Biomar capitalizó cuentas por cobrar, dando lugar a una participación no controladora.¹⁵⁹

En ese contexto de crisis sanitaria y financiera, algunas de las Requeridas efectivamente se comunicaron respecto de la situación crediticia de los clientes.¹⁶⁰ En general, muchas de las comunicaciones se refirieron a la gestión de la deuda acumulada por las empresas acuicultoras, incluyendo medidas para evitar su insolvencia. Este contacto entre las plantas de alimento relativo al endeudamiento de la industria no solo era conocido por los clientes, sino que en ocasiones incluso era propiciado por ellos como alternativa ante la restricción del financiamiento bancario.¹⁶¹ En la misma línea, ciertas comunicaciones entre las Requeridas dijeron relación con el comportamiento de pago de algunas empresas acuícolas, principalmente con objeto de prevenir la práctica de agotar las líneas de crédito otorgadas por un proveedor para luego reemplazarlo por otra planta de alimento. Otras comunicaciones se refirieron a las condiciones crediticias otorgadas a los clientes, como la extensión o la cuantía de la línea de crédito.

En todo caso, y en forma análoga a lo ocurrido con otras instancias pasadas de interacción, las comunicaciones entre las Requeridas relativas a la situación crediticia de las empresas acuícolas tuvieron lugar hace largo tiempo, cesando a medida que la industria salió de la crisis financiera causada por el virus ISA.

B. AUSENCIA DE UN ACUERDO ÚNICO

i. La ‘estrategia’ de la FNE

En los apartados anteriores se analizaron diversas instancias antiguas de interacción entre las Requeridas, muchas de ellas de más de una década de antigüedad. Si bien esas

¹⁵⁸ Esta exposición a riesgo financiero indujo a la contratación de seguros de crédito, a fin de precaver una eventual insolvencia de los clientes acuicultores.

¹⁵⁹ Véase sección II.B.i. Algo similar ocurrió con Nova Austral, cuyo control fue adquirido por la matriz de Ewos.

¹⁶⁰ Durante este periodo, los bancos acreedores de las salmoneras encargaron a la consultora Claro y Asociados la realización de un informe sobre la industria salmonera. El informe, en el que las Requeridas participaron como una de las fuentes de información, incluyó información pormenorizada de biomasa y acreencias, entre otras.

¹⁶¹ Cabe recordar que la coordinación entre acreedores para resolver una situación de insolvencia de su deudor es propiciada por la legislación concursal (Ley N° 20.720).

comunicaciones no guardan relación con la imputación del Requerimiento –la fijación indirecta de los precios de las dietas mediante la fijación conjunta de los precios de las materias primas–,¹⁶² la FNE se refiere reiteradamente a ellas en el libelo. Por ello, si se analiza con cuidado el Requerimiento, es posible observar que la gran mayoría de las comunicaciones electrónicas citadas son de larguísima data, según da cuenta la Tabla N° 2:

Tabla N° 2 – Comunicaciones electrónicas citadas por el Requerimiento según año

| Año | N° de comunicaciones citadas | Párrafos |
|------|------------------------------|------------|
| 2003 | 3 | 8, 9, 19 |
| 2006 | 3 | 13, 17, 19 |
| 2007 | 1 | 16 |
| 2009 | 1 | 21 |
| 2011 | 1 | 19 |
| 2013 | 1 | 22 |
| 2014 | 2 | 19, 23 |
| 2016 | 1 | 24 |

Fuente: Requerimiento de la FNE.

Esto no es casual: corresponde a un esfuerzo de la FNE por apalancarse en el lenguaje –en ocasiones llamativo– de algunas de esas comunicaciones antiguas para, mediante una suerte de *collage* entre ellas e intercambios de información más recientes, intentar sustentar una acusación de trece años de duración (2003-2015), como si fuera un todo unitario y consistente. Esa ‘estrategia’ puede aparecer como atractiva para la FNE por varias razones. En primer término, pues ampliaría el plazo de duración de la pretendida infracción. En segundo término, atendida la naturaleza de ilícito permanente de la colusión, permitiría la consideración (y eventual sanción) de comunicaciones remotas, como si la acción contravencional no se encontrare prescrita respecto de ellas. Finalmente, la estrategia puede ser un intento de difuminar la carga probatoria de la FNE. La FNE, en cuanto acusadora, tiene la carga de producir evidencia que permita acreditar, bajo un estándar de prueba ‘*clara y concluyente*’, un acuerdo o una práctica concertada para fijar indirectamente los precios de las dietas para salmónidos. Sin embargo, la FNE probablemente intentará recurrir, bajo la excusa que se trata de ‘*prueba de contexto*’ o de ‘*hallazgos del proceso investigativo*’,¹⁶³ a otros antecedentes que no dicen relación directa con la imputación, en un esfuerzo por construir una teoría del caso ante la insuficiencia de la información intercambiada analizada en las secciones III a IV de esta Contestación. El problema de la ‘estrategia’ de la FNE radica

¹⁶² Requerimiento, párrafos 4 y 12.

¹⁶³ Escrito de la FNE evacuando el traslado conferido respecto de las excepciones dilatorias, de 20 de febrero de 2020, que rola a fojas 227 y siguientes, párrafo 17.

en que ella no se encuentra amparada por el derecho, según se analiza en el apartado siguiente.

ii. La colusión como infracción permanente

La colusión es un ilícito permanente, de modo que distintos actos u omisiones ocurridos a lo largo del tiempo pueden ser subsumidos bajo un único ilícito. Esto ha sido reiteradamente reconocido en la jurisprudencia del H. Tribunal. Por ejemplo, en *Tecumseh*, el H. Tribunal sostuvo:

“la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura. Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí [...] el ilícito de colusión, atendida su especial naturaleza –esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de permanecer en él– implica normalmente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo colusorio y a prolongar sus efectos; así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste el mismo –es decir, que éste está siendo ejecutado– mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, subsiste mientras cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, se mantenga en manos del competidor convenido, en cumplimiento de lo acordado;”¹⁶⁴

El concepto de infracción permanente se funda en la noción de unidad de acción, que otorga coherencia a diversos comportamientos destinados a alcanzar y ejecutar una coordinación anticompetitiva. En palabras de Bascuñán:

“la perdurabilidad de su comisión descansa en la estructura de la unidad típica de acción; esa estructura permite atribuir unidad de acción a lo largo del tiempo a una secuencia compleja de hechos, cuyos componentes pueden variar e incluso estar eventualmente separados entre sí por cisuras temporales. Lo que requiere la atribución de unidad típica de acción en los delitos de organización no es una sucesión ininterrumpida de actos, sino una sucesión de actos suficientemente interrelacionados entre sí.”¹⁶⁵

Existen varias consecuencias derivadas del tratamiento de la colusión como una infracción permanente. Tal vez la más relevante para efectos de este apartado es que la prescripción extintiva de la acción contravencional solo empieza a correr desde el último acto constitutivo de la colusión ocurrido o, a contar de la reforma de la Ley N° 20.361, desde el

¹⁶⁴ *Tecumseh*, Sen. N° 122/2012, c. 12. La calificación de la colusión como un ilícito permanente ha sido también afirmada en *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 35 y *Supermercados*, Sen. N° 167/2019, c. 199. Por su parte, la Excm. Corte Suprema ha calificado la colusión de igual forma en *Pullman*, Sen. Rol N° 6249/2014, c. 20 y en *Supermercados*, Sen. Rol N° 9361/2019, c. 36.

¹⁶⁵ Bascuñán (2016), pp. 169-170.

cese del último efecto atribuible a la colusión.¹⁶⁶ Esto ha sido reconocido por el H. Tribunal en varios pronunciamientos, tales como *Collico*:

“Que la calificación de la colusión como una conducta permanente es relevante para determinar el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción. Tal como ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal, en estos casos el cómputo del plazo comienza a correr solo una vez que se concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada [...] mientras permanezca la voluntad común de sostener el acuerdo debe entenderse que éste está siendo ejecutado—esto es, debe necesariamente entenderse que tal acuerdo aun existiría— y que, por lo tanto, no habría empezado a correr a favor de quien eventualmente lo hubiere cometido el plazo de prescripción extintiva que fuere aplicable”¹⁶⁷

iii. La doctrina del ‘acuerdo único’

Sin embargo, el carácter de infracción permanente de la colusión no otorga una carta blanca a la FNE para agrupar discrecionalmente instancias de interacción entre competidores de diversa naturaleza y tenor al momento de formular una acusación. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha desarrollado el estándar de ‘*acuerdo único*’, que precisamente busca determinar bajo qué condiciones hechos ocurridos en oportunidades diversas guardan suficiente relación entre sí como para ser considerados como una misma infracción.

En el denominado caso *Laboratorios I*, el H. Tribunal estableció que “*se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten varios acuerdos que tienen un [1] mismo objeto (por ejemplo, afectar el resultado de determinados procesos licitatorios) entre un [2] grupo medular de participantes.*”¹⁶⁸ En la misma consideración, el H. Tribunal añadió que:

“la existencia de se puede inferir de uno o más elementos de los acuerdos particulares, tales como la [3] forma cómo se implementan, los [4] ejecutivos que participan en los mismos, los [5] lugares en que se reúnen y los [6] medios que utilizan para contactarse, entre otros. Por último, es necesario que los múltiples acuerdos que permiten inferir el acuerdo único se hayan desarrollado de [7] forma continua, sin perjuicio de que el acuerdo pueda ser interrumpido durante un lapso de tiempo. Lo determinante en este último caso será revisar las identidades o similitudes entre los acuerdos celebrados antes de su interrupción o cese y los celebrados después, identidades que dicen relación con el objeto del acuerdo, el grupo medular de ejecutivos que participa en el mismo y sus formas de implementación;”¹⁶⁹

¹⁶⁶ Sobre esto se volverá más adelante, en la sección VI.C.

¹⁶⁷ *Collico*, Sen. N° 133/2014, c. 42. En un sentido similar, véase *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 305: “*este Tribunal ha de estimar como última fecha en que consta que la conducta reprochada continuaba en ejecución el día en que se realizó materialmente la última de las acciones acreditadas en autos que pueda estimarse razonablemente como útil para los fines del cartel* [...]”; y *Tecumseh*, Sen. N° 122/2012, c. 13 y 14: “*el momento a partir del cual debe computarse la prescripción se suspende hasta la terminación del ilícito, esto es, hasta el cese de su ejecución, que se extiende, mientras dura la producción de sus efectos anticompetitivos. Estos efectos consisten, como se dijo, en la supresión de la competencia entre sus partícipes* [...] Por lo tanto, es preciso determinar el último momento respecto del cual exista prueba suficiente de la ejecución de la infracción materia de autos”.

¹⁶⁸ *Laboratorios I*, Sen. N° 165/2018, c. 12.

¹⁶⁹ *Laboratorios I*, Sen. N° 165/2018, c. 12. Este estándar fue luego reiterado por el H. TDLC en el caso *Navieras*, Sen N° 170/2019, c. 35.

En otras palabras, el estándar atiende a dos criterios centrales: la identidad de objeto anticompetitivo y de los partícipes (entendidos como empresas), para luego listar una serie de factores orientadores destinados a determinar la satisfacción de dichos criterios. Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha insinuado un estándar aun más exigente, requiriendo una identidad doblemente objetiva y subjetiva en la conducta. En *Pollos*, el máximo tribunal sostuvo:

“el carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, sin interrupción, entre los elementos del cartel, tanto desde el punto de vista de la identidad objetiva como subjetiva.

Desde la perspectiva de la identidad del objeto:

-Por la existencia de un objetivo común correspondiente a la restricción de la producción y a la asignación de cantidades de ella, o cuotas de mercado.

-Porque se trata de un mismo bien afectado, a saber la carne de pollo fresco.

-Por cuanto corresponden a unas mismas empresas implicadas. En la especie ha sido posible incluso advertir identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas.

-Porque existió una misma forma de ejecución, basada en la relación necesaria de intercambio de información, modelo de proyección de demanda, asignación de carga anual y semanal, monitoreo de la proyección consistente en la comparación de las ventas efectivas y las cuotas asignadas y los ajustes de las cantidades de producción.

-Además concurrió el elemento relativo a la identidad del ámbito de aplicación geográfico de la práctica.

*Desde la perspectiva de la identidad subjetiva, en atención a que existe la implicación de las mismas partes, que son conscientes del hecho de estar participando activamente y/o apoyando un objetivo común”.*¹⁷⁰

Whish y Dailey comentan que la Comisión Europea no tiene discrecionalidad para concluir la existencia de un ‘single overall agreement’, de modo que no puede concluir artificialmente que existe una única infracción para evitar la aplicación del plazo de prescripción.¹⁷¹ En el mismo sentido, el riesgo de abuso de la figura del ‘single overall agreement’ también ha sido reconocido por la doctrina chilena. Bascuñán comenta que:

“los problemas se suscitan –previsiblemente– cuando la Comisión extiende el concepto de infracción continua desde su sentido como ‘infracción permanente’ a su sentido como ‘infracción continuada’. Es decir, cundo su aplicación rebasa el propósito de dar cuenta de la proyección temporal de un acuerdo anticompetitivo inequívocamente singular, para reunir bajo una sola infracción una pluralidad de acuerdos cuya interrelación es dudosa. Porque, tal como sucede con la figura del delito continuado, aunque en principio la imposición de una sanción única pueda parecer favorable a los intereses de los afectados, la imputación de una infracción continuada termina por desfavorecerlos: (i) extiende el momento a partir del cual se cuenta el plazo de prescripción, (ii) incrementa la base para la determinación de la multa y la responsabilidad por daños, (iii) diluye las exigencias probatorias respecto de cada acuerdo específico, (iv) disminuye la relevancia de la información que una parte que no

¹⁷⁰ Excma. Corte Suprema, caso *Pollos*, sentencia de 29 de septiembre de 2015, rol N° 27181-2014, c. 78.

¹⁷¹ Whish y Bailey (2018) pp. 105-109.

*conoce el acuerdo en su integridad puede entregar a la instancia persecutoria para atenuar su responsabilidad por la totalidad del acuerdo.”*¹⁷²

Pues bien, en el presente caso se produce precisamente el riesgo advertido respecto de la doctrina del acuerdo único, *single and continuous infringement* o *single overall agreement*: un ente persecutor que invoca hechos disímiles y heterogéneos, en un esfuerzo por articular una teoría del caso que combine la proximidad de los hechos más recientes – para no caer en prescripción extintiva– con episodios más antiguos –percibidos por el persecutor como persuasivos por su lenguaje y contenido. Sin embargo, la FNE no da cuenta de cómo entre los diversos antecedentes citados existiría suficiente cohesión como para constituir un ‘acuerdo anticompetitivamente singular’ o ‘acuerdo único’. Lo cierto es que la teoría del caso de la FNE no satisface las exigencias de la doctrina del acuerdo único, ya sea que se aplique el estándar jurisprudencial condensado por el H. Tribunal en el caso *Laboratorios I* o el más exigente esbozado por la Excma. Corte Suprema en *Pollos*.

En un primer tiempo, resulta ostensible una diferencia entre las comunicaciones más antiguas citadas por el Requerimiento y otras más recientes: Salmofood desaparece totalmente, en un momento no precisado por el acusador. Esta situación –que fue invocada por esa Requerida para fundar una excepción dilatoria de ineptitud del libelo– da cuenta que no existiría un ‘*grupo medular de participantes*’. Tampoco se satisfaría este requisito atendiendo a un criterio puramente subjetivo, en atención a que las comunicaciones también involucran a personas físicas diversas, conforme fueron variando las planas ejecutivas de las Requeridas. En este sentido, los hechos de este caso se diferencian de precedentes del H. Tribunal, en donde la doctrina del ‘acuerdo único’ fue aplicada a hipótesis en las que existió una relativa estabilidad de los ejecutivos durante el periodo imputado.

En segundo término, tampoco existe continuidad de ‘objeto’ entre las comunicaciones y los hechos citados, ya sea que entienda objeto como propósito u ‘*objetivo común*’ o como materia sobre la que versan. En este sentido, las materias analizadas en la sección VI.A. de esta Contestación no se aprecian en comunicaciones más recientes, cercanas al fin del periodo acusado.

Una consecuencia lógica de dicha discontinuidad de objeto es que tampoco resultará posible establecer una ‘*misma forma de ejecución*’ (como exige la Excma. Corte Suprema). La FNE intenta resolver esas discontinuidades aduciendo que obedecerían a una adaptación de “*la ejecución del Acuerdo a este nuevo sistema de tarificación*”.¹⁷³ Pareciera que, mediante ese recurso, la FNE está apelando a precedentes del H. Tribunal que permiten variaciones o mutaciones durante la vigencia de un acuerdo colusivo sin causar la pérdida de

¹⁷² Bascuñán (2016), p. 166.

¹⁷³ Requerimiento, párrafo 12.

unidad de la acción.¹⁷⁴ Sin embargo, el H. Tribunal podrá apreciar más adelante que, lejos de existir tal ‘adaptación’, la FNE ha recopilado antecedentes heterogéneos que, a diferencia de lo ocurrido en otros casos, impedirán considerar una unidad típica o interrelación entre las instancias antiguas de interacción entre las Requeridas y las comunicaciones relativamente más recientes que cita la FNE.

C. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN CONTRAVENCIONAL

El Requerimiento se refiere a un periodo de trece años (2003-2015), durante el cual estuvieron vigentes a lo menos dos¹⁷⁵ versiones distintas del D.L. N° 211 en lo que al régimen de prescripción respecta. La Cuadro N° 8 da cuenta de estos dos regímenes legales:

Cuadro N° 8 – Regímenes de prescripción extintiva aplicables a la acción contravencional del D.L. N° 211 (desde 2003)

| | Ley N° 19.911 | Ley N° 20.361 |
|-----------------------|--|---|
| Periodo de vigencia | 13/02/2004 hasta el 11/10/2009 | 12 /10/2009 ¹⁷⁶ hasta la fecha |
| Disposición relevante | Art. 17 E, luego refundido como Art. 20. | Art. 20 inciso cuarto. |
| Texto legal | <i>“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de <u>dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.</u>”</i> | <i>"Sin perjuicio de lo anterior, <u>las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.</u>"</i> |

El Art. 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (“LERL”) regula el eventual conflicto de leyes sobre prescripción, disponiendo:

“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a

¹⁷⁴ El H. Tribunal ha establecido que el estándar de ‘acuerdo único’ no demanda una rigidez absoluta en las conductas de los agentes económico, de modo que “*variaciones en la implementación y el modo en que se realiza el monitoreo de un acuerdo no significa que se trate de dos o más acuerdos, sino que puede tratarse del perfeccionamiento de un único acuerdo*” Tissue, Sen. N° 160-2017, c. 182-183.

¹⁷⁵ También podría estimarse aplicable el D.L. N° 211 en su versión vigente hasta el 12 de febrero de 2004, previo a la modificación introducida mediante la Ley N° 19.911.

¹⁷⁶ Según lo dispuesto en su artículo primero transitorio, la Ley N° 20.361 entró en vigor 90 días después de su publicación en el Diario Oficial, publicación que tuvo lugar el 13 de julio de 2009.

voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir.”

En su jurisprudencia reciente, el H. Tribunal ha aplicado el citado artículo 25 de la LERL para resolver casos en los que potencialmente podían ser aplicables tanto el plazo de dos años contados desde la ejecución de la conducta (Art. 17 E del D.L. N° 211, en su texto reformado por la Ley 19.911) como el plazo de cinco años contado desde la cesación en el mercado de los efectos imputables a la conducta (Art. 20 del D.L. N° 211 luego de la reforma de la Ley N° 20.361).¹⁷⁷ Aplicando ese criterio, el H. Tribunal ha establecido que si la conducta cesó antes de la Ley N° 20.361, el prescribiente —esto es, la requerida o demandada— tiene derecho a elegir el estatuto de prescripción aplicable.

En este acto, Biomar opone la excepción de prescripción extintiva de la acción contravencional respecto de todas aquellas interacciones pasadas entre las Requeridas, incluyendo especialmente aquellas explicadas en esta sección VI. Para aquellas conductas ejecutadas con anterioridad al 12 de octubre de 2009, Biomar elige expresamente la aplicación del estatuto de prescripción establecido en el D.L. N° 211 en su texto reformado por la Ley 19.911 (esto es, dos años contados desde la ejecución de la conducta). Para las conductas ejecutadas con posterioridad al 12 de octubre de 2009, Biomar igualmente alega la prescripción extintiva contemplada en el D.L. N° 211 en su texto reformado por la Ley N° 20.361 (esto es, cinco años contado desde la cesación en el mercado de los efectos imputables a la conducta). El mismo estatuto de prescripción de cinco años es alegado en el evento que el H. Tribunal estime que existe unidad de acción entre interacciones pasadas ocurridas con anterioridad al 12 de octubre de 2009 y aquellas ocurridas con posterioridad a dicha fecha.

Como se desarrolló en la sección VI.B.iii., las instancias antiguas de interacción entre las Requeridas no constituyen una unidad típica de acción con los hechos más recientes citados en el Requerimiento. Asimismo, los eventuales efectos en el mercado de dichas instancias antiguas de interacción habrían cesado hace largo tiempo y, en cualquier caso, antes del 3 de enero de 2015 (esto es, cinco años antes de la fecha de notificación del Requerimiento a Biomar) e incluso del 16 de diciembre de 2014 (esto es, cinco años antes de la fecha de interposición del Requerimiento ante el H. Tribunal).

¹⁷⁷ Navieras, Sen. N° 171/2019, c. 39°.

VII. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS MULTAS SOLICITADAS

En el evento que el H. Tribunal estimare que Biomar habría infringido las disposiciones del D.L. N° 211, esta parte solicita que la multa que eventualmente se impusiese sea sustancialmente inferior a las 30.000 UTA, atendidos los siguientes factores:

A. GRAVEDAD DE LA CONDUCTA

Un primer criterio al que acude la FNE para justificar la multa solicitada es la gravedad de la conducta. Tanto el H. Tribunal¹⁷⁸ como la Excma. Corte Suprema¹⁷⁹ han señalado reiteradamente que la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, lo que justifica la imposición de multas mayores. La FNE se funda en esa línea de precedentes para solicitar la imposición de una multa de 30.000 UTA a Biomar. Sin embargo, como se desarrolló latamente en las secciones III y IV, las conductas imputadas a Biomar, a lo menos en lo que respecta a los últimos años, constituirían a lo sumo intercambios de información entre competidores. En consecuencia, serían de menor gravedad que un acuerdo o una práctica concertada, estarían sujetas a una multa máxima de UTA 20.000 y, de, requerir una sanción pecuniaria, ella debiera ser sustancialmente más baja que esa cifra.¹⁸⁰

Incluso en el evento que el H. Tribunal estimare que las conductas imputadas por la FNE podrían ser calificadas como una práctica concertada, lo cierto es que ella no sería equivalente a un ‘cartel duro’, organizado e institucionalizado, con mecanismos de coordinación, monitoreo y sanción. En efecto, la teoría del caso de la FNE se habría limitado a una coordinación indirecta de los precios de las dietas, basada en el intercambio de información de los costos de aprovisionamiento de materias primas específicas (básicamente harina y aceite de pescado), sin una definición precisa de cómo se habrían de preciar dichas materias de cara a los clientes.¹⁸¹ Ese tipo de conducta se diferenciaría, en su objeto y efectos, de otros casos de mayor coordinación y envergadura resueltos en el pasado por el H. Tribunal. En consecuencia, no sería proporcionado imponer a Biomar la máxima multa permitida por

¹⁷⁸ Sen. N° 160/2017, c. 201: “la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia [...] por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre los competidores miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos demandantes que de otro modo no tendrían si no fuera por la colusión existente.”

¹⁷⁹ Excma. Corte Suprema, *Explora*, sentencia de 20 de septiembre de 2012, Rol 10.954-2011: la colusión, dentro de las infracciones “contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas”.

¹⁸⁰ Art. 26, letra c), D.L. N° 211.

¹⁸¹ Requerimiento, párrafo 14.

la legislación –que ha sido aplicada solamente en casos de máxima gravedad– sino una sustancialmente inferior.

B. BENEFICIO ECONÓMICO

El artículo 26, letra c), del D.L. N° 211 atiende expresamente al “*beneficio económico obtenido con motivo de la infracción*” para efectos de graduar una eventual multa. Al respecto, la FNE afirma, infundadamente, que las Requeridas habrían obtenido “*ventajas e ingresos sobrenormales*”, pues habrían definido “*los precios sin presiones competitivas ajenas al cartel*”, para finalmente concluir livianamente que “*el beneficio obtenido por las Requeridas permite alcanzar la multa máxima respecto de cada una de ellas*”.¹⁸²

Sin embargo, como se explicó latamente en la sección V.E., la industria de producción y comercialización de alimento para salmónidos se ha caracterizado por bajos márgenes, inconsistentes con la tesis de rentas sobrenormales de la FNE. En cambio, esos bajos márgenes se condicen con la agresiva competencia que existe en la adjudicación de contratos de suministro por parte de las empresas acuicultoras, así como con otros indicadores de competencia en la industria, abordados en las secciones V.A. a V.D. de esta Contestación.

En todo caso, si el H. Tribunal estimare que intercambios de información sobre ciertos costos de aprovisionamiento habrían podido tener efecto sobre los precios de las dietas para salmónidos, dicho efecto sería necesariamente inferior al que habría podido producir un acuerdo explícito entre competidores.¹⁸³ A su vez, esos menores efectos justificarían que una eventual sanción aplicable sea menor.

Sin perjuicio de lo anterior, esta parte recalca que corresponderá a la FNE, en cuanto acusadora, la carga de acreditar cómo intercambios de información particulares sobre materias primas concretas –básicamente harina y aceite de pescado– se habrían traducido en sobrepuestos concretos para efectos de considerar los supuestos beneficios económicos en la determinación de una eventual multa.

C. CONSCIENCIA DE ILICITUD

Al fundamentar su solicitud de multa, la FNE afirma que las Requeridas habrían actuado con “*conciencia de ilicitud*”, lo que se habría traducido en intentos de “*ocultar su comportamiento colusivo mediante, por ejemplo, la eliminación de correos electrónicos*”.¹⁸⁴

¹⁸² Requerimiento, párrafo 53.

¹⁸³ Gorab y Greene (2019), pp. 222-223.

¹⁸⁴ Requerimiento, párrafo 54.

En un párrafo anterior del Requerimiento, la FNE sostiene que las Requeridas “*intentaban eliminar rastros del Acuerdo*” e incluso menciona la utilización de “*palabras clave*” para referirse a la competencia.¹⁸⁵ Al respecto, Biomar considera pertinente realizar varias aclaraciones.

En primer término, Biomar controvierte que los intercambios de información ocurridos en los últimos años de la Época del Requerimiento hayan sido ejecutados, a lo menos en lo que a Biomar respecta, con consciencia de ilicitud o mediante prácticas de ocultamiento. Por el contrario, los ejecutivos de Biomar que participaron en dichas comunicaciones lo hicieron sin concebir que ellas podían generar preocupaciones desde la perspectiva de libre competencia.

En segundo término, tampoco se aprecia respecto de dichos intercambios medidas de sigilo, destinadas a ocultar el comportamiento de Biomar, como la utilización de lenguaje en código o la eliminación de dispositivos electrónicos.¹⁸⁶ En este sentido, cabe aclarar que Biomar no ha logrado identificar ningún indicio de la utilización de códigos de colores (‘*azules*’, ‘*rojos*’ y ‘*verdes*’) para referirse individualmente a las Requeridas, ni de las expresiones ‘*familia Ugalde*’ o ‘*Club de Toby*’ para mencionarlas a todas ellas colectivamente consideradas.¹⁸⁷ Sin embargo, la FNE abordó en el Requerimiento ese supuesto lenguaje en código –que habría tenido lugar exclusivamente al interior de Ewos–¹⁸⁸ para intentar justificar luego la imposición de una multa mayor contra todas las Requeridas. Resulta paradójico que se invoque ese antecedente para dar cuenta de una supuesta consciencia de ilicitud y secretismo pues se trata de una comunicación de carácter interno de Ewos, respecto de quien no se solicita la imposición de una multa en virtud de su calidad de delatora. Esta forma de litigación debiera ser reprochada por el H. Tribunal, pues revela un mayor interés en proveer referencias para generar atención mediática que antecedentes efectivamente imputables a las demás Requeridas.

Finalmente, la FNE hace referencia a un correo electrónico interno de Biomar que daría cuenta de consciencia de un “*comportamiento contrario a la ley*” y de un intento de “*eliminar rastros del Acuerdo*”. La frase citada por el Requerimiento dice: “*solo como recomendación ojala no comunicar por mail contactos con competidores ni discutir temas comerciales con ellos. Puede ser delicado*”.¹⁸⁹ La práctica de selección sesgada de información por parte de la FNE se puede apreciar en el propio Requerimiento, pues se elige

¹⁸⁵ Requerimiento, párrafo 19.

¹⁸⁶ Véase *Pollos*, Sen. N° 139/2014, c. 223; *Tissue*, Sen. N° 160/2017, v. 1.7.

¹⁸⁷ A lo sumo, en ciertas comunicaciones se emplearon abreviaturas para referirse a Skretting (“SK” o “SKT”) o Ewos (“EW”). Sin embargo, más que un lenguaje en código se trata de una práctica de común ocurrencia en múltiples actividades (como dan cuenta, por ejemplo, las abreviaturas TDLC, FNE o DL).

¹⁸⁸ Requerimiento, párrafo 19.

¹⁸⁹ Requerimiento, párrafo 19.

destacar una frase funcional al interés del persecutor (*“solo como recomendación ojala no comunicar por mail contactos con competidores”*), ignorando otra frase que iría en contrario (*“ni discutir temas comerciales con ellos. Puede ser delicado”*).

Sin embargo, la lectura completa del correo electrónico en cuestión permite calificar derechamente a la edición de la FNE como tendenciosa. En efecto, el correo electrónico de 9 de mayo de 2014 da cuenta de información relativa a las ventas mensuales de Biomar, Skretting y Ewos. Como se indicó en la sección IV, esa información no permitía, ni decía relación con, una coordinación anticompetitiva entre las Requeridas. En esa comunicación interna, un ejecutivo de Biomar acota: *“Llama la atención la caída de Skretting entre Marzo y abril. Qué podrá haber sido?”* Un segundo ejecutivo comenta haber contactado a un empleado de Skretting, quien habría explicado que la baja abrupta en las ventas se había debido a un problema de gestión en los centros de cultivo de un cliente: *“los centros de un área específica de uno de sus clientes de la XI región experimentaron bajas de oxígeno durante todo el mes, situación que los impactó en app 2000 tons de menor consumo en abril. La cosa estaría mucho mejor pero no 100% regularizada aún.”* Es ante ese comentario que un tercer ejecutivo de Biomar indica: *“solo como recomendación ojala no comunicar por mail contactos con competidores ni discutir temas comerciales con ellos. Puede ser delicado.”* De la comunicación completa es posible extraer dos conclusiones importantes. Primero, el contacto con Skretting no decía relación con una coordinación anticompetitiva. Y segundo, la recomendación no era un intento por *“eliminar rastros del Acuerdo”*, sino simplemente un esfuerzo por instruir a los ejecutivos de Biomar de la relevancia de resguardar la libre competencia. Tanto así que la respuesta del segundo ejecutivo fue: *“Totalmente de acuerdo [...], así se ha hecho y se hará”*.

D. AUSENCIA DE REINCIDENCIA

El Art. 26, letra c), del D.L. N° 211 considera *“la calidad de reincidente del infractor”* para efectos de determinar la cuantía de la multa. Cabe señalar que Biomar no ha sido condenada por ninguna infracción al D.L. N° 211 y, en consecuencia, tiene el carácter de no reincidente en el caso de una eventual sentencia condenatoria.

A nivel jurisprudencial, el H. Tribunal ha reconocido que la implementación de un programa de cumplimiento o *compliance* de libre competencia puede ser considerado como una atenuante o, en casos calificados, como una eximente de responsabilidad

contravencional,¹⁹⁰ en la medida que cumpla con estándares de seriedad, credibilidad y eficacia.¹⁹¹

Biomar hace presente al H. Tribunal que, a partir de la investigación rol N° 2406-2016 de la FNE, ha implementado un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Como parte de ese programa, se ha redactado una política de libre competencia, destinada a orientar a los empleados y ejecutivos de la compañía en la materia, incluyendo especialmente lineamientos en lo que respecta a información comercial sensible. Asimismo, Biomar ha realizado capacitaciones periódicas y de carácter obligatorio, impartidas por asesores externos. Dichas capacitaciones han tenido por objetivo entregar a los ejecutivos y empleados de la empresa lineamientos claros que permitan prevenir la comisión (o, en su caso, facilitar la detección y reporte) de eventuales comportamientos contrarios a la libre competencia. También se ha implementado un canal anónimo de denuncias.

Puesto que el programa de competencia ha sido desarrollado con posterioridad a los hechos investigados, bajo la jurisprudencia del H. Tribunal no calificaría como eximente o atenuante de una eventual responsabilidad infraccional. Sin embargo, Biomar hace presente la existencia y continuo desarrollo del programa de libre competencia como muestra de la importancia que la compañía le atribuye a esta materia.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de la Contestación se explicó por qué la imputación de la FNE –un cartel organizado, de larga duración, destinado a fijar directa o indirectamente los precios de las dietas para salmónidos– no se condice con la realidad de la industria. Tanto la heterogeneidad de las dietas para salmónidos (en términos de insumos utilizados, porcentajes de inclusión y atributos nutricionales y funcionales) como la sofisticación y poder de compra de las empresas acuicultoras (traducida en procesos de licitación definidos por ellas, así como en cláusulas de auditoría y reajuste retroactivo en su favor) conducen a un diagnóstico contrario:

¹⁹⁰ Supermercados, Sen. N° 167/2019, c. 171 y ss. Véase en particular c. 178: “en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad.”

¹⁹¹ Supermercados, Sen. N° 167/2019, c. 182: “sin embargo, la implementación de un programa ‘real’ de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos [...] lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga.” Véase también c. 229: “la mera implementación de un “código o manual de conducta o buenas prácticas” interno (o cualquier otra denominación que pretenda dársele), las capacitaciones mediante “charlas” (no siempre obligatorias) dirigidas a un grupo o grupos de ejecutivos o el contar con una consultoría permanente son acciones que, aun consideradas en conjunto, están lejos de poder ser consideradas como un programa de cumplimiento y ética”.

una industria altamente competitiva. Esa competencia se ha traducido, entre otros factores, en participaciones de mercado volátiles, bajos márgenes de la industria, cambios frecuentes de proveedores por parte de los clientes e inversión, tanto en I&D como en capacidad productiva.

El Requerimiento prescinde de ese análisis de condiciones de competencia. En cambio, se funda en ciertas instancias antiguas de interacción entre las Requeridas –de larguísima data– y en comunicaciones algo más recientes, relativas a información del costo de aprovisionamiento de ciertas materias primas. En lo que respecta a las instancias antiguas de interacción entre las Requeridas, la Contestación explicó claramente que, aplicando la doctrina del “*acuerdo único*”, no es posible estimar que entre dichas interacciones y comunicaciones más recientes exista una unidad típica de acción tal que permita considerarlas conjuntamente para efectos de formular un juicio de reproche. Por lo mismo, Biomar opuso la excepción de prescripción extintiva respecto de dichas instancias de interacción, invocando los distintos regímenes legales que fueron aplicables.

En lo que respecta a las comunicaciones más recientes, la Contestación explicó que la información contenida en ellas no era apta, en atención a su naturaleza, frecuencia y uso, para sustentar una coordinación anticompetitiva entre las Requeridas. En este sentido, la Contestación se hizo cargo tanto de la imputación de la FNE de un supuesto cartel de fijación indirecta de las dietas para salmónidos (mediante la fijación de los precios de las materias primas) como de otras formas de coordinación insinuadas en el Requerimiento (referidas a volúmenes de venta). En todo caso, en el evento que el H. Tribunal estimare que esas comunicaciones recientes podrían ser consideradas como un ilícito anticompetitivo atípico sancionado bajo el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, este también se encontraría prescrito.

En subsidio de esas alegaciones y defensas, en el evento que el H. Tribunal estime que Biomar cometió una infracción al D.L. N° 211 actualmente sancionable, esta parte solicita que cualquier multa que pudiere ser impuesta sea sustancialmente menor a la requerida por la FNE, por las razones expuestas en la sección VII de esta Contestación.

POR TANTO,

Al H. Tribunal respetuosamente pedimos: tener por contestado el Requerimiento y, en definitiva, rechazarlo en todas sus partes, con expresa condena en costas. Subsidiariamente, para el evento que el H. Tribunal estimare que Biomar habría infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, solicitamos que la multa que eventualmente se impusiere sea sustancialmente

inferior a la solicitada por la FNE, en atención a las consideraciones expuestas en esta Contestación.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de las medidas adoptadas por el H. Tribunal durante la cuarentena decretada por la crisis sanitaria asociada al Covid-19, esta Contestación ha sido presentada mediante un correo electrónico enviado a la casilla electrónica de la Sra. Secretaria Abogada, así como las otras casillas indicadas en el sitio web del H. Tribunal. En virtud de lo anterior, solicitamos al H. Tribunal tener por cumplido lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7, de 25 de mayo de 2006.

Sírvase H. Tribunal: tener por acompañada la versión electrónica de esta Contestación y por cumplido lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7, de 25 de mayo de 2006.

SEGUNDO OTROSÍ: Mediante resolución de 4 de febrero de 2020, que rola a fojas 212, el H. Tribunal resolvió que no se podía decretar aún la exhibición judicial del expediente de investigación de la FNE (rol N° 2.406-2016). El H. Tribunal fundamentó su decisión en que el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil solo contempla dicha diligencia respecto de documentos que *“tengan relación directa con la cuestión debatida”*, y en que el H. Tribunal no podría realizar tal determinación mientras no se hayan *“presentado todas las contestaciones al requerimiento deducido”*. Atendido que el término para contestar el Requerimiento expira con esta fecha, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 308 del CPC, solicitamos al H. Tribunal decretar la exhibición del expediente de investigación de la FNE, rol N° 2.406-2016, en los términos solicitados por esta parte mediante presentaciones de fojas 48 y 184.

Sírvase H. Tribunal: acceder a lo solicitado, ordenando, con citación, la exhibición del expediente de investigación de la FNE rol N° 2.406-2016, en los términos solicitados mediante presentaciones de fojas 48 y 184.

José Miguel
Huerta
Molina

Firmado digitalmente por José Miguel Huerta Molina
Nombre de reconocimiento (DN): c=CL, st=METROPOLITANA DE SANTIAGO, l=Santiago, o=Claro y Cía., ou=Servicios Jurídicos, cn=José Miguel Huerta Molina, email=jmhuerta@claro.cl
Fecha: 2020.05.19 20:32:18 -04'00'

Álvaro
José Vives
Martens

Firmado digitalmente por Álvaro José Vives Martens
Nombre de reconocimiento (DN): c=CL, st=METROPOLITANA DE SANTIAGO, l=Santiago, o=Claro y Cía., ou=Servicios Jurídicos, cn=Álvaro José Vives Martens, email=avives@claro.cl
Fecha: 2020.05.19 20:37:38 -04'00'