

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, dieciocho de noviembre de dos mil veinte.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, que rola a fojas 1 de estos autos (“Acuerdo Extrajudicial”);
2. Los expedientes de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), Rol N° 2588-19 FNE y Rol N° 2601-20 FNE, acompañados en la presentación de fojas 11 de estos autos;
3. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”); y
4. Lo expuesto en la audiencia celebrada el 3 de noviembre del presente año por los apoderados de la FNE; de Watt’s S.A. (“Watt’s”); y de la Federación Gremial Nacional de Productores de Leche F.G. (“Fedeleche”).

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el Acuerdo Extrajudicial que la FNE y Watt’s sometieron a la aprobación de este Tribunal tiene como antecedentes las investigaciones de la Fiscalía Rol N° 2588-19 FNE, caratulada “Fiscalización del cumplimiento de la Sentencia N° 7/2004 del H. TDLC por Watt’s S.A.” (en adelante, “Investigación Rol N° 2588-19”); y Rol N° 2601-20 FNE, caratulada “Fiscalización del cumplimiento de la Resolución N° 57/2019 del H. TDLC por Watt’s S.A.” (en adelante, “Investigación Rol N° 2601-20” y, en conjunto con la Investigación Rol N° 2588-19, “Investigaciones FNE”);

Segundo: Que, por medio de la Investigación Rol N° 2588-19, la FNE fiscalizó el cumplimiento de la Sentencia N° 7/2004 por parte de Watt’s y su filial Diwatt’s S.A. (en lo sucesivo, “Diwatt’s” o “Filial”). Por su lado, la Investigación Rol N° 2601-20 tuvo por objeto fiscalizar el cumplimiento de las medidas establecidas en la Resolución N° 57/2019, por parte de Watt’s. En específico, con respecto al cumplimiento de la Sentencia N° 7/2004, el Acuerdo Extrajudicial se refiere al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el resuelto cuarto de dicha sentencia, en su numeral 1, que dispuso lo siguiente: “1.- *Las empresas procesadoras de leche deberán mantener un listado de precios de compra, el que deberá detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados*”. Cabe destacar que la vigencia de esta medida fue revisada en los autos Rol NC N° 445-18, determinándose que ésta continuaba

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

siendo necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado de compra de leche fresca (Resolución N° 57/2019);

Tercero: Que la FNE detectó una serie de hechos respecto del cumplimiento de dicha obligación por parte de Watt's y Diwatt's. En particular, con respecto a bonificaciones asociadas a la suscripción de contratos, la Fiscalía señaló lo siguiente:

- a) Si bien las Pautas de Pago (indistintamente "Pautas de Pago" o "Pautas") de Watt's informaban la posibilidad para los productores de leche fresca de suscribir contratos con esta empresa, no se informó que los proveedores podían optar a una bonificación adicional por litro de leche, según la duración del respectivo contrato, entre –al menos– 2012 y 2019. Sin perjuicio de ello, la FNE constató que Watt's comenzó a informar lo anterior en diciembre de 2019.
- b) Diwatt's omitió informar en las Pautas tanto la posibilidad de suscribir contratos de suministro de leche fresca, como la bonificación por litro de leche fresca asociada a la suscripción de tal contrato, desde el año 2018. Al igual que respecto de Watt's, la FNE constató que la Filial comenzó a informar en sus Pautas ambas materias en diciembre de 2019.
- c) Watt's y Diwatt's no publicaron en sus Pautas de Pago una bonificación adicional a productores de leche fresca con contratos, la que comenzaron a entregar en 2017 y 2018, respectivamente, y que se encontraba sujeta a que la producción en invierno fuese igual o superior a un determinado porcentaje entregado en los últimos 12 meses.

Cuarto: Que, en relación con la existencia de una cláusula de corrección del precio pagado por litro de leche, según el precio promedio de mercado, la Fiscalía también constató que si bien Watt's y Diwatt's ofrecieron esta cláusula, entre 2013 y 2017 la primera, y hasta octubre de 2018 la segunda, no la publicaron en sus Pautas. La referida estipulación consistía en asegurar al productor de leche fresca el pago del precio promedio anual que habría obtenido según las pautas vigentes de las otras procesadoras competidoras, en la misma zona geográfica.

Quinto: Que, a pesar de la falta de publicación de las condiciones comerciales en las Pautas, la Investigación Rol N° 2588-19 de la Fiscalía no arrojó que Watt's o su Filial hubiesen tratado de modo disímil a productores de leche fresca que se encontraban en igual o similar situación, o que hubiesen aplicado las condiciones comerciales de manera selectiva;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexto: Que, además, la FNE constató que Watt's realizó ciertas modificaciones a las condiciones comerciales establecidas en sus Pautas y contratos, a fin de ajustar su comportamiento a la Resolución N° 57/2019 y las incorporó en sus Pautas de Pago. Por su parte, según la FNE, Diwatt's también habría efectuado modificaciones a una de sus condiciones;

Séptimo: Que, en el Acuerdo Extrajudicial, comparece únicamente Watt's –y no así su Filial– y reconoce los hechos identificados en las Investigaciones FNE y se compromete a lo siguiente:

- a) Incorporar en sus pautas de pago toda nueva condición comercial que, de modo directo o indirecto, pueda repercutir en el monto que por litro de leche reciben los productores, en los términos indicados en la Sentencia N° 7/2004. En virtud de aquello, toda condición que se pretenda establecer en los contratos celebrados con productores deberá ser informada dentro de los plazos establecidos en la referida sentencia, indicando claramente en cada pauta las fechas de publicación y vigencia correspondientes.
- b) Publicar en su página web www.watts.cl, en un lugar visible, copia íntegra del Acuerdo Extrajudicial y mantenerla disponible, a lo menos, durante seis meses.
- c) Pagar a beneficio fiscal la suma única y total de 800 Unidades Tributarias Anuales, en su equivalente en pesos al día del pago, lo que se deberá realizar dentro de los 20 días hábiles desde que la presente resolución, en caso de aprobar el Acuerdo Extrajudicial, se encuentre firme y ejecutoriada.
- d) Excluir, tanto de sus Pautas como de sus contratos, toda cláusula que pudiera obstaculizar la movilidad de los proveedores, que pueda resultar de facto en una tratativa exclusiva. Particularmente, Watt's se obligó a cumplir, dentro de los próximos 90 días desde que la presente resolución, en caso de aprobar el Acuerdo Extrajudicial, se encuentre firme y ejecutoriada, lo siguiente:
 - i. Eliminar toda cláusula o condición comercial vigente que establezca, por una parte, la obligación del productor de leche fresca de suministrar la totalidad de su producción lechera; y, por otra parte, la obligación de Watt's de adquirir la totalidad de la producción lechera que genere el productor durante la vigencia del contrato. Cumplido el plazo señalado, Watt's deberá informar a la FNE el número de contratos que eliminaron o modificaron la referida cláusula, remitiendo copia de la totalidad de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratos modificados o reemplazados. Watt's no incorporará este tipo de condiciones comerciales en el futuro, ni cualquier otra que produzca similar efecto, sin perjuicio de las planificaciones referenciales que se incorporen como anexos en los respectivos contratos.

- i. Establecer como cláusula de salida a sus contratos un preaviso de máximo 30 días, sin sanción alguna para el productor. Esta cláusula será incorporada en los contratos vigentes y en los que celebre en el futuro, y deberá ser informada su incorporación a la FNE dentro del mismo plazo establecido en el punto anterior.
- ii. Comunicar por correo electrónico y carta certificada, en los casos en que no sea posible implementar los compromisos establecidos en las letras a) y b) anteriores, su renuncia unilateral y expresa a los siguientes derechos contractuales: i) ejercer cualquier acción derivada de aquella cláusula en la que el productor manifiesta su intención de entregarle la totalidad de la leche del predio contratado durante la vigencia del contrato; y ii) ejercer cualquier acción por no cumplimiento de la cláusula de preaviso de dos meses, respecto del productor que ponga término unilateral al contrato con un plazo de preaviso de al menos 30 días.
- iv. Reemplazar en sus Pautas de Pago la bonificación por volumen anual por una bonificación por volumen mensual, considerando únicamente para efectos del cálculo del bono las entregas del respectivo mes en que se liquida y paga la bonificación.
- v. Eliminar, modificar o complementar la redacción del “Bono de estacionalidad invernal” contenido en sus Pautas de Pago, de modo de no considerar las entregas realizadas por el productor en los meses de invierno para efectos de su bonificación en los meses de verano, absteniéndose de establecer bonos de estructura similar o análoga, o que puedan tener carácter retroactivo, obstaculizando la movilidad de los productores o resultando de facto en una tratativa exclusiva.
- vi. Eliminar, modificar o complementar la redacción del “Bono desarrollo sostenible productor”, estableciendo en las Pautas de Pago todos los requisitos objetivos de acceso al mismo en los términos indicados en la Sentencia N° 7/2004.

Octavo: Que, en la audiencia de rigor, la FNE y Watt's ratificaron los términos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Acuerdo Extrajudicial y solicitaron su aprobación. En esa misma audiencia intervino Fedeleche, quien solicitó el rechazo del acuerdo en mérito de los siguientes argumentos: (i) que el procedimiento de autos no sería idóneo para resolver una materia relacionada con el eventual incumplimiento de una medida impuesta por el Tribunal en una sentencia anterior, en este caso, las obligaciones impuestas en la Sentencia N° 7/2004 citadas en el considerando segundo; y (ii) que Diwatt's no se obligó a ningún compromiso, ni compareció en autos, en circunstancias que la FNE detectó incumplimientos por parte de tal Filial;

Noveno: Que, de acuerdo con el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el análisis de un acuerdo extrajudicial tiene por objeto establecer si las medidas acordadas entre la FNE y los investigados son suficientes para cautelar la libre competencia en el mercado respectivo. De acuerdo con la misma norma, el Tribunal sólo puede aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, sin que sea posible disponer medidas adicionales;

Décimo: Que el artículo 39 letra ñ) del D. L. N° 211 no distingue las materias ni las conductas que investiga la FNE y que son susceptibles de ser objeto de un acuerdo extrajudicial, en línea con las potestades discrecionales que la ley ha conferido a dicho organismo en el inciso primero del mismo artículo. La improcedencia de un acuerdo, desde el punto de vista adjetivo, dependerá entonces del caso concreto que se presente. Así, por ejemplo, no es posible modificar una obligación impuesta a un agente económico por una sentencia o resolución anterior mediante un acuerdo extrajudicial, como se pretendió en los autos Rol AE N° 17-20;

Undécimo: Que, en cambio, no se observa impedimento alguno para que la FNE pueda celebrar acuerdos extrajudiciales en el marco de investigaciones que tienen por objeto fiscalizar el cumplimiento de sentencias o resoluciones dictadas en esta sede, cuando el acuerdo en cuestión no persigue modificar las medidas o condiciones impuestas, sino que reconocer hechos que podrían constituir un incumplimiento de una obligación específica contenida en una sentencia, y la consecuente adopción de medidas que busquen ajustar la conducta de los agentes económicos a lo establecido en la sentencia respectiva. Lo anterior es sin perjuicio, claro está, que el acuerdo se pueda rechazar en definitiva porque no cautela adecuadamente la libre competencia, lo que se analizará en el considerando siguiente;

Duodécimo: Que se estima que las obligaciones asumidas en el Acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Extrajudicial descritas en los considerandos anteriores cautelan la libre competencia toda vez que son proporcionales y suficientes;

Decimotercero: Que, no obstante, respecto de Diwatt's, si bien es un agente económico involucrado en las Investigaciones FNE, no compareció ni asumió obligación alguna en el Acuerdo Extrajudicial, en circunstancias que también habría incurrido en los hechos identificados respecto del cumplimiento de las condiciones establecidas en el resuelvo cuarto de la Sentencia N° 7/2004 y lo dispuesto en la Resolución N° 57/2019. Cabe destacar que la resolución de fojas 1083 del proceso Rol NC 445-18, aclaró que la parte resolutive de la Resolución N°57/2019 se aplica a la Sociedad Procesadora de Leche del Sur S.A., por cuanto ésta forma parte del mismo grupo empresarial que Soprole S.A. y, en consecuencia, Diwatt's en tanto entidad que forma parte del mismo grupo empresarial de Watt's, se encuentra sujeta al cumplimiento de las medidas adoptadas en dicha sentencia y en la Resolución N° 57/2019;

Decimocuarto: Que, en tal orden de ideas, Watt's reconoció los hechos identificados por la FNE respecto del cumplimiento del resuelvo cuarto de la Sentencia N° 7/2004, cesó dichas conductas y se ha obligado a ajustar sus Pautas a lo establecido en tal sentencia y a lo indicado en la sección IV del Acuerdo Extrajudicial, incluyendo el pago de una suma a beneficio fiscal;

Decimoquinto: Que, con todo, debe advertirse que la presente decisión recae sobre la medida establecida en el resuelvo cuarto, número 1, de la Sentencia N° 7/2004, esto es, las obligaciones relacionadas con la publicación de Pautas de Pago, y no implica, por tanto, un pronunciamiento sobre la naturaleza o efectos en la competencia de las condiciones pactadas entre las procesadoras y los productores de leche fresca (*v. gr.* tipos de contratos o bonos);

Decimosexto: Que, en este sentido y tal como se ha fallado anteriormente (por ejemplo, AE N° 16-18, AE N° 17-20 y AE N° 18-20), en el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el Tribunal ejerce una potestad de control, cuyo objeto es verificar si el acuerdo cautela la libre competencia (considerando 2°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076, rol AE N° 16-18), y no una función de revisión judicial y, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo (considerando 3° de la referida resolución);

Decimoséptimo: Que, por tanto, la aprobación del presente Acuerdo Extrajudicial no impide que terceros con interés legítimo, que estimaren que los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hechos sobre los que versa este acuerdo afectan la libre competencia, puedan presentar las acciones que en su concepto procedan;

SE RESUELVE: Aprobar el acuerdo extrajudicial alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica y Watt's, que rola a fojas 1.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol AE N° 18-20

Acordada con el **voto en contra** de las Ministras Domper y Gorab, quienes estuvieron por no aprobar el Acuerdo Extrajudicial que rola a fojas 1, por las razones que se esgrimen a continuación.

1. Que, como se indica en el considerando segundo de la decisión de mayoría, la FNE constató que tanto Watt's como su filial Diwatt's incurrieron en conductas que podrían ser constitutivas de incumplimientos a la Sentencia N° 7/2004, las que se indican en la sección II del Acuerdo Extrajudicial. En específico, en el Acuerdo Extrajudicial se señala que, en las Investigaciones FNE, la Fiscalía constató que Watt's y Diwatt's aplicaron condiciones comerciales a los productores de leche que no fueron informadas en sus Pautas de Pago, de acuerdo con lo resuelto en la Sentencia N°7/2004;

2. Que, más aun, la FNE constató, únicamente respecto de Diwatt's, que (i) hasta noviembre de 2019, esta no publicó en sus Pautas de Pago *“ni la posibilidad de suscribir contratos de suministro de leche ni la bonificación asociada a dicha suscripción, en circunstancias que comenzó a suscribirlos y a pagar este bono desde el año 2018”* (Acuerdo Extrajudicial, página 3) y; (ii) a partir del año 2018, Diwatt's entregó una bonificación adicional a productores con contrato, sin publicarla en sus Pautas;

3. Que, en el Acuerdo Extrajudicial, a propósito de la suficiencia que argumentan las partes, se señala que Watt's habría ajustado las Pautas de Pago de Diwatt's a lo establecido en la Sentencia N°7/2004 (Acuerdo Extrajudicial, página 7). Sin embargo, Diwatt's no concurre a la suscripción del Acuerdo Extrajudicial, no realiza declaración alguna ni contrae obligaciones que tengan como propósito cautelar la libre competencia, como aquellas contenidas en el Apartado IV del Acuerdo Extrajudicial;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. Que, en razón de lo anterior, el Acuerdo Extrajudicial es inoponible a Diwatt's, en circunstancias que las Investigaciones FNE arrojaron que ésta desplegó conductas que podrían ser constitutivas de incumplimiento de la Sentencia N°7/2009;
5. Que se tiene presente que, como se señala en el considerando decimotercero de la decisión de mayoría, se puede inferir de la resolución que rola a fojas 1083 del proceso Rol NC N° 445-18 que Diwatt's, en tanto entidad que forma parte del mismo grupo empresarial de Watt's, se encuentra sujeta al cumplimiento de las medidas adoptadas en la Sentencia N° 7/2004 y en la Resolución N° 57/2019;
6. Que, a mayor abundamiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, la potestad de control que ejerce este Tribunal es binaria en cuanto sólo se puede aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, sin existir la posibilidad de aprobarlo parcialmente; y,
7. Que, por tanto, a juicio de estas sentenciadoras, las medidas acordadas en el Acuerdo Extrajudicial no dan cumplimiento al requisito de suficiencia exigido en esta sede y, por consiguiente, éste no cautela la libre competencia en el mercado concernido.

La Ministra Domper estuvo por rechazar el Acuerdo Extrajudicial, adicionalmente, porque no procede pronunciarse sobre el pago a beneficio fiscal, contenido en el Acuerdo Extrajudicial, a propósito de un eventual incumplimiento de la Sentencia N° 7/2004 cuando, al mismo tiempo, se ha iniciado un procedimiento contencioso ante este Tribunal, en el que se demanda por el incumplimiento de dicha sentencia a las partes involucradas en este Acuerdo.

<p>RICARDO PAREDES MOLINA Firmado digitalmente por RICARDO PAREDES MOLINA Fecha: 2020.11.18 12:06:02 -03'00'</p>	<p>ENRIQUE VERGARA VIAL Firmado digitalmente por ENRIQUE VERGARA VIAL Fecha: 2020.11.18 11:49:02 -03'00'</p>	<p>Jaime Rafael Barahona Urzúa Firmado digitalmente por Jaime Rafael Barahona Urzúa Fecha: 2020.11.18 12:09:25 -03'00'</p>	<p>MARIA DE LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ Firmado digitalmente por MARIA DE LA LUZ DOMPER RODRIGUEZ Fecha: 2020.11.18 13:06:57 -03'00'</p>	<p>DANIELA ALEJANDRA GORAB SABAT Firmado digitalmente por DANIELA ALEJANDRA GORAB SABAT Fecha: 2020.11.18 13:54:53 -03'00'</p>
---	---	---	---	---

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

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

Firmado digitalmente por MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.11.18 16:30:43 -03'00'

Firmado digitalmente por MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
MARIA JOSE POBLETE GOMEZ
Fecha: 2020.11.18 16:31:18 -03'00'