

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil veinticuatro.

Se resuelve lo pendiente de folio 27: **a lo principal y al primer otrosí**, estese a lo que se resuelve a continuación.

Al folio 35: téngase por evacuado el traslado conferido a folio 32. Estese a lo que se resuelve a continuación.

VISTOS:

1. A folio 12, Flor y Nata SpA (“FyN” o la “Demandante”) presentó una demanda en contra de Nestlé Chile S.A. (“Nestlé” o la “Demandada”), imputándole haber infringido el artículo 3º incisos primero y segundo letra b) y c) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).
2. A folio 27, Nestlé opuso la excepción dilatoria de incompetencia absoluta, contemplada en el artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil y solicitó que el Tribunal se declare incompetente absolutamente para conocer y resolver la demanda y decrete la nulidad de todo lo obrado en autos, con expresa condena en costas a FyN. En subsidio, solicitó que se corrija de oficio el procedimiento y se declare nulo todo lo obrado en estos autos, por ser el Tribunal incompetente para conocer y resolver la demanda.
3. A folio 35, FyN evacuó traslado y solicitó que la excepción dilatoria y la petición subsidiaria de Nestlé sean rechazadas con costas.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que Nestlé interpone la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal fundada, en primer lugar, en que los hechos mencionados en la demanda dan cuenta de una controversia de derecho civil y comercial, o al menos, de una controversia que requiere, como condición necesaria y esencial, en lógica de secuencialidad, de una decisión previa en sede civil. Argumenta que, al existir una cláusula compromisoria entre FyN y Nestlé, el tribunal competente sería un árbitro mixto del Centro de Arbitrajes y Mediaciones. En segundo lugar, Nestlé argumenta que las imputaciones no guardan relación con el ámbito de defensa de la competencia ni afectan, en modo alguno, el bien jurídico protegido en esta sede;

Segundo. Que, tal como se ha resuelto en otras oportunidades, el legislador atribuyó competencia a este Tribunal para conocer y resolver situaciones que pudiesen constituir una infracción a la competencia, entre otros, en los artículos 3º y 18 N° 1 del D.L. N° 211. En consecuencia, este Tribunal es competente para conocer

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos (véase resolución de 5 de enero de 2024, dictada en autos Rol C N° 498-23; resolución de 4 de enero de 2024, dictada en autos Rol C N° 495-23; resolución de 25 de octubre de 2023, dictada en autos Rol C 491-23; resolución de 28 de septiembre de 2023, dictada en autos Rol C N° 490-23; resolución de 9 de agosto de 2023, dictada en autos Rol C N° 486-23);

Tercero. Que, para resolver esta excepción dilatoria es necesario primero revisar, el texto del libelo, tanto en lo que respecta a los hechos como a las conductas acusadas;

Cuarto. Que la Demandante explica que la sociedad FyN se constituyó en junio de 2021, tras enterarse uno de sus socios de que Nestlé estaba en búsqueda de un representante comercial comisionista (“RCC”). Detalla que el 1º de agosto de 2021 celebró con la Demandada un contrato denominado “Contrato Marco de Comercialización de Productos Nestlé” (“Contrato Marco”), que califica como contrato de adhesión, para que representara a Nestlé, sin contar con mandato, en la venta y distribución de ciertos productos elaborados por ésta a pequeños y medianos comerciantes y a clientes piramidales (que define como compradores de productos a gran escala), quienes adquieren los productos para venderlos a consumidores. La Demandante considera que la imposición de un contrato de adhesión, *“abusando [Nestlé] de su dominio de más del 30% del mercado (...) [tenía] el ánimo de eludir una competencia leal y libre, escondiendo así una integración vertical (...) [y] siendo finalmente el negocio [de FyN] una ‘sucursal de distribución minorista’ y existiendo en la práctica una relación de subordinación y dependencia entre las partes, más que una asociación entre las mismas”* (Demanda, folio 12, página 34). Sobre esto, FyN agrega que no podía *“adoptar decisiones que determinen una estrategia competitiva significativamente diferente de la definida por la [D]emandada”* (Demanda, folio 12, página 36);

Quinto. Que FyN menciona que su ganancia estaba condicionada a la cantidad de productos que pudiera vender, según los márgenes especificados en el Contrato Marco. Asimismo, la Demandante sostiene que el precio cobrado por los productos era pagado por los clientes directamente a la Demandada, quien a su vez emitía la factura correspondiente, salvo pocos casos en que FyN realizó labores de cobranza. También indica que Nestlé impuso una obligación de distribuir una cantidad mínima de productos y que mantenía exclusividad en la zona que Nestlé le asignaba, para captar compradores almacenes de barrio y clientes piramidales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que no fuesen atendidos directamente por la Demandada (supermercados, mayoristas y tiendas de conveniencia). FyN agrega que no podía distribuir productos de otras empresas y que sus trabajadores tenían que usar uniformes de Nestlé;

Sexto. Que FyN menciona que Nestlé determinaba el precio mínimo al que la Demandante debía vender los productos. FyN explica que ello le ocasionaba perjuicio por dos razones: (i) Nestlé bajaba los precios de los productos ofrecidos a intermediarios atendidos por ésta directamente -esto es, aquellos no atendidos por FyN- por lo que los clientes de la Demandante preferían comprar los productos en locales mayoristas atendidos directamente por Nestlé; y (ii) Nestlé le imponía a FyN ofertas y promociones a ofrecer a clientes, lo que le ocasionaba menores montos por comisiones;

Séptimo. Que la Demandante argumenta que los precios a los que vendía eran mayores que los de otros RCC de la Región Metropolitana, lo que la afectaba al no poder cumplir los objetivos en comparación a otros RCC;

Octavo. Que la Demandante también señala que la fecha de vencimiento de los productos que debía vender era más próxima que la fecha de productos en supermercados y mayoristas atendidos directamente por Nestlé. Agrega que el manejo de *stock* por parte de Nestlé consistía en privilegiar el abastecimiento a supermercados y mayoristas y que, en varias ocasiones, los clientes de FyN no pudieron concretar sus pedidos por falta de *stock*;

Noveno. Que FyN argumenta que la imposición de precios realizada por la Demandada beneficiaba al canal en que Nestlé vendía directamente a intermediarios, en desmedro del canal atendido por FyN, lo que constituiría una conducta predatoria con el objeto de sacar a FyN del mercado. La Demandante aduce que este esquema de venta creado por Nestlé afectó a FyN y afecta actualmente a las demás RCC que prestan sus servicios a lo largo del país. No obstante, también indica que, luego de su salida del mercado, otra RCC quedó a cargo de un cliente y mejoró la venta, lo que habría sido “*consecuencia directa de [sus] reclamos (...) que han llevado a que la [D]emandada adopte conductas más competitivas*” (Demanda, folio 12, párrafo 23). Por otra parte, advierte que habría una afectación a los consumidores finales que no pueden comprar productos a precio menor a través del canal RCC y que, en consecuencia, deben comprarlos a grandes cadenas de supermercados o a mayoristas abastecidos directamente por Nestlé y pagar transporte o estacionamiento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo. Que, luego, FyN acusa que Nestlé le impuso cambios a la relación contractual en forma unilateral, incluyendo: (i) modificar las comunas que tenía asignadas en julio de 2022 y luego reasignarle las comunas asignadas originalmente, además de asignarle una comuna por sólo tres meses; (ii) cambiar el sujeto a cargo de la logística, pasando FyN de estar a cargo del transporte de productos, a que fuese Nestlé quien asumiera el costo de transporte y bajara, por ello, su comisión por venta de productos (de 17,7% a 6,8%) . Esta disminución sería superior a los costos de transporte en los que antes incurría FyN y, como consecuencia, disminuiría sus ganancias por comisiones en comparación a las condiciones iniciales pactadas en el Contrato Marco; (iii) en julio de 2023, reasignarle la obligación de transportar los productos, pero con un costo 30% mayor a lo que pagaba originalmente, pues debía utilizar los servicios de un tercero designado por Nestlé; (iv) reasignar clientes originalmente atendidos por FyN a la venta directa por parte de Nestlé, pero manteniendo sus objetivos de venta para obtener comisiones; y (v) cambiar la tasa de inversión destinada a marketing y promociones de los RCC sin cambiarla al canal mayorista;

Undécimo. Que FyN acusa que estos actos constituyen un irresistible estrangulamiento de márgenes por parte de Nestlé, en base al alza permanente en los costos de FyN e imposición de precios de venta, con el objeto de excluirla del mercado, una vez que hubiera captado clientes para Nestlé;

Duodécimo. Que la Demandante explica que acusó de manera constante a ejecutivos de Nestlé los incumplimientos que denuncia en autos. Sostiene que, como represalia de sus reclamos, en noviembre y diciembre de 2023, Nestlé no le permitió vender a sus clientes piramidales y decidió unilateralmente atenderlos directamente. Luego, explica que, en noviembre de 2023, envió una carta a un gerente de Nestlé *“explicando en detalle los puntos que por este acto denunci[a] y también los incumplimientos al contrato por la [D]emandada (...); el fin de la contraria a contar de la fecha recién citada fue sacar [a FyN] del mercado finiquitando la relación contractual a fin de que no se denunciaran los hechos”* (Demanda, folio 12, párrafo 37). A continuación, explica que los clientes piramidales fueron muy mal atendidos por Nestlé, por lo que se los restituyeron a fines de diciembre de 2023;

Decimotercero. Que FyN detalla que avisó a Nestlé de su salida del negocio en diciembre de 2023, a ser efectiva en marzo de 2024, y que la Demandada le retuvo pagos de comisiones devengadas por las operaciones realizadas ese último mes, las que no habían sido pagadas a la fecha de presentación de la demanda, y que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nestlé le imputó “*responsabilidad en el cobro de las ventas, sin embargo, todos los dineros y acción de cobro pertenecen a Nestlé*” (Demanda, folio 12, párrafo 54);

Decimocuarto. Que FyN también acusa a Nestlé de eximirse de sus obligaciones legales y contractuales al hacerla responsable de créditos concedidos por la Demandada; de privarla de acceso a justicia independiente al designar árbitros de exclusiva confianza de Nestlé con un arancel impagable para las bajas utilidades y pérdidas del negocio de FyN;

Decimoquinto. Que, en su escrito de excepción dilatoria, Nestlé argumenta que el asunto de autos se trata solamente de una controversia de derecho civil y comercial, o al menos, requiere como condición necesaria y esencial, en lógica de secuencialidad, de una decisión previa en sede civil. Nestlé sostiene que la acción de FyN es un intento por terminar su relación contractual de forma que le permita obtener una indemnización de perjuicios provocados por supuestos incumplimientos de Nestlé al Contrato Marco y sus modificaciones y anexos;

Decimosexto. Que Nestlé profundiza en la naturaleza jurídica del Contrato Marco y explica que FyN actuaba como RCC, esto es, una empresa pequeña a la que se le asigna un determinado territorio para asistir a la Demandada en la comercialización de productos, sin que los compre, en el canal tradicional, en ciertas comunas de Santiago, por cuenta y riesgo de Nestlé (lo que califica como relación vertical de provisión de servicios). Detalla que la compraventa ocurre entre distribuidores y Nestlé y que los RCC son prestadores de servicios, de modo que es Nestlé quien define los precios de venta de sus productos y las condiciones comerciales que se ofrecen. A su vez, recalca que el Contrato Marco permitía a FyN ponerle término de forma unilateral, expedita y sin trabas;

Decimoséptimo. Que Nestlé explica que una porción relevante de la demanda describe supuestos vicios en la formación del consentimiento y presuntos incumplimientos al Contrato Marco, aunque también indica que la disputa se refiere a la forma en que ésta habría cumplido los términos del Contrato Marco y sus anexos. Por otra parte, aduce que FyN siempre tuvo consciencia de que sus reclamos eran de naturaleza contractual por incumplimiento y así lo indicó en cartas que envió a Nestlé. Por todo lo anterior, Nestlé sostiene que se requiere de un pronunciamiento previo de un tribunal competente en materia civil y comercial y que, conforme con la cláusula compromisoria contenida en el Contrato Marco, sería un árbitro mixto del Centro de Arbitrajes y Mediaciones. Sobre este punto, FyN rebate en el traslado evacuado que los hechos invocados constituyen un ilícito

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contra la libre competencia, lo que torna irrelevante la existencia de cualquier cláusula compromisoria;

Decimoctavo. Que, por otra parte, Nestlé argumenta que procede acoger la excepción de incompetencia del Tribunal por tratarse de una controversia que se refiere a bienes jurídicos completamente distintos de los relevantes para generar efectos anticompetitivos. Al respecto, Nestlé sostiene que FyN no ha planteado una teoría del caso mínimamente plausible que vincule los hechos descritos con el derecho de la competencia, más allá del uso táctico de términos del derecho de la libre competencia vaciados de contenido técnico, y que FyN no menciona cuál sería la afectación al bienestar del consumidor, ni da claridad del mercado al que se refiere, ni cuál sería la racionalidad de la conducta, si entre otras cosas, asignó los territorios en los que operaba FyN a otro comisionista. Así, Nestlé concluye que la tesis de exclusión de la Demandante carece, de entrada, de sentido;

Decimonoveno. Que, con respecto a la acusación de FyN de tener una relación de subordinación y dependencia con Nestlé, la Demandada menciona que esa forzada idea de cautividad da cuenta del carácter artificial del caso de competencia y es contraria al Contrato Marco que no establecía ninguna barrera de salida, sino que bastaba un aviso previo de 30 días, por lo que no podría existir un supuesto abuso irresistible;

Vigésimo. Que, a partir de lo recién revisado, si bien es cierto que en la demanda se dan cuenta de algunas cuestiones contextuales propias de la relación contractual entre las partes, también existen menciones en el libelo referentes a una infracción anticompetitiva a partir de la forma en que se suscribió, ejecutó, o terminó el Contrato Marco. En este sentido, el Tribunal ha resuelto que *“la presencia de una relación contractual no es óbice para la aplicación de las normas de defensa de la competencia y que, asimismo, es concebible que una infracción anticompetitiva se materialice por medio de la suscripción, ejecución, incumplimiento o terminación de un contrato”* (resolución de 29 de enero de 2024, dictada en autos Rol C N° 498-23);

Vigésimo primero. Que, con todo, tratándose de un procedimiento infraccional, para que este Tribunal sea competente, la demanda debe señalar cómo se configuraría una afectación al interés público relativo a la defensa de la competencia (*Ibid.*) y, por tanto, señalar cómo de los hechos relatados se apreciaría una afectación al mercado relevante que requiera de un pronunciamiento de este Tribunal (resolución de 4 de enero de 2024, dictada en autos Rol C N° 495-23);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo segundo. Que, en consecuencia, para que este Tribunal sea competente no basta con la sola mención a una afectación al mercado relevante, sino que debe presentarse en la demanda cómo el asunto planteado puede tener injerencia en el orden público económico que el D.L. N° 211 cautela;

Vigésimo tercero. Que, en particular, la demanda de autos se refiere a hechos acaecidos a propósito de una relación entre un principal, Nestlé, y su agente, FyN, con quien se encontraría vinculado en virtud de un contrato de comisionista. Este tipo de interacciones verticales pueden ser objeto del análisis de derecho de la competencia en la medida que las partes involucradas en ella correspondan a agentes económicos que mantengan cierto nivel de independencia económica (FNE, Guía para el Análisis de Restricciones Verticales, 2014, nota al pie 1). De otra forma, de no existir dicha independencia, se podría estar en presencia de un solo agente que actúa con algún nivel de integración vertical;

Vigésimo cuarto. Que, para poder definir la existencia de independencia económica entre un agente y su principal, se requiere analizar cómo funciona la distribución de riesgo financiero y comercial entre ellos. Así, se entenderá que un agente puede ser considerado como una entidad económica independiente del principal cuando asume algún riesgo financiero o comercial relevante de los contratos celebrados con ocasión del encargo del principal;

Vigésimo quinto. Que, a modo de referencia, y sin perjuicio de no tener un valor vinculante para esta judicatura, a nivel comparado se señalan algunos criterios que podrían guiar la definición de la distribución estos riesgos. Así por ejemplo, se señala que se entiende que un agente asume los riesgos del contrato cuando adquiere la propiedad de los bienes comprados o vendidos, participa en los costos relacionados con el suministro o adquisición de los bienes, incluidos el transporte de estos, asume la responsabilidad por el incumplimiento del contrato, realiza inversiones específicas destinadas a la actividad, entre otras (Comisión Europea, directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, pp. 11 y 12);

Vigésimo sexto. Que, de este modo, la evaluación respecto al nivel de riesgos que es asumido por FyN en su relación con Nestlé que permita su calificación como un agente económico independiente de éste, no depende sólo del análisis que este Tribunal pueda realizar del texto del contrato que los vincula, sino que también precisa del establecimiento de cuestiones fácticas que den cuenta de cómo se ha desenvuelto, en la práctica, la relación entre las partes. Todo lo cual, corresponde dilucidar durante la tramitación de este proceso y debe ser definido en el fondo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo séptimo. Que lo anterior es especialmente relevante si se considera que justamente parte de lo imputado por la Demandante y que debe ser objeto de prueba y análisis en este proceso, es que Nestlé habría abusado de su posición dominante a través de un estrangulamiento de márgenes en base “*al alza permanente de costos e imposición de precios de venta (...)*” (Demanda, folio 12 párrafo 18). De esta manera, no existe en esta etapa procesal razonable certeza de que FyN haya o no asumidos riesgos económicos relevantes ni cómo se ha desarrollado su relación con Nestlé;

Vigésimo octavo. Que, asimismo, este Tribunal estima que la ponderación respecto a la relevancia de los riesgos que eventualmente habrían sido asumidos por FyN respecto al negocio que desarrolla, así como la definición de la veracidad o aptitud de las conductas imputadas o de la presencia o no de eventuales efectos en el mercado derivados de los hechos descritos en la Demanda corresponden, también, a cuestiones de fondo que no se relacionan con una eventual incompetencia de esta judicatura para conocer de la contienda. Precisamente, la definición respecto a la existencia o no de las conductas imputadas y sus consecuencias en el mercado requieren ser respondidas utilizando las herramientas propias del derecho de la competencia y de este procedimiento.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 y en los artículos 303 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

Al folio 27: **a lo principal**, rechazar la excepción dilatoria de incompetencia, sin costas. Rija lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. **Al primer otrosí**, no ha lugar, atendido lo resuelto a lo principal.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros señores Rojas y Parot, quienes estuvieron por acoger la excepción de incompetencia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Que, en concordancia con lo señalado por el voto de mayoría, para que este tribunal sea competente, es necesario que la demanda incluya una relación de hechos que, *a priori*, configure una infracción a la legislación de defensa de la libre competencia, sin que sea suficiente la mera enunciación de una afectación al mercado relevante o la solicitud de imposición de sanciones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Que la demanda de autos afirma que FyN opera en el mercado como un comisionista, de modo que las transacciones de compraventa de productos son realizadas entre Nestlé y el comercio respectivo, obteniendo FyN una comisión por esas ventas;
3. Que la descripción que realiza FyN de su actividad es consistente con el contenido del contrato que rige la relación entre las partes, que la define como un mandato comercial, de conformidad a los artículos 233 y siguientes del Código de Comercio;
4. Que, por lo demás, la propia demanda sostiene que el contrato entre FyN y Nestlé daría cuenta de una forma de integración vertical entre ellas y que FyN no actúa en el mercado relevante en forma independiente de Nestlé. Por el contrario, la demanda señala que FyN representa a la Demandada en la venta de productos elaborados por esta última; que el precio es pagado directamente por los comercios a la demandada, salvo por labores de cobranza puntuales; que los tipos de productos ofrecidos por FyN, así como las zonas de cobertura y ciertos clientes particulares, son definidos por Nestlé; que las condiciones de comercialización de los productos son también determinadas por la Demandada; así como también la forma en que se realiza la distribución material de los productos comercializados, llegando incluso a la selección del transportista que debe contratar FyN;
5. Que, en particular, el único riesgo que asume FyN es que la comisión que se le paga por sus servicios no sea suficiente para cubrir sus costos de operación, lo cual es precisamente el fondo de sus alegaciones. En efecto, aquello que la demanda califica como un estrangulamiento de márgenes no es sino un cuestionamiento al monto de la comisión otorgada por Nestlé por los servicios, considerando esos costos de operación y la existencia de canales alternativos para la venta de productos de la Demandada;
6. Que, aun cuando FyN haya incurrido en ciertos gastos para el desarrollo de su actividad, en su interacción con clientes actúa como un agente de la Demandada, sin capacidad de adoptar decisiones comerciales en forma independiente, ya sea respecto de precios, condiciones de venta, calidad de los productos ofrecidos u otras que podrían permitir calificarla como una unidad económica independiente de Nestlé;
7. Que, a mayor abundamiento, un número significativo de las alegaciones que realiza FyN dicen relación derechamente con supuestos incumplimientos del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato que rige la relación entre las partes, cuya decisión corresponde a un juez con competencia civil o comercial, al no tener relación con una infracción de la legislación de defensa de la competencia;

8. Que, en consecuencia, en opinión de estos sentenciadores, la excepción de incompetencia debe ser acogida.

Notifíquese por el estado diario.

Rol C N° 515-24.

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

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sra. Silvia Retamales Morales, Sr. Ignacio Parot Morales. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. Valeria Ortega Romo



74B2D0B3-98D3-4BA9-BCEE-C3EA75381657

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.