

En lo principal, reposición; y, **en el otrosí**, acompaña documentos, con citación.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett y **Beatriz Hidalgo Silva**, abogadas, y **Diego Hernández De Lamotte** y **Sebastián Dufeu Abeliuk**, abogados, en representación de **Nestlé Chile S.A.** (“Nestlé Chile” o la “Compañía”), en autos caratulados “Demanda de Flor y Nata SpA contra Nestlé Chile S.A.”, **Rol C N°515-2024**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Dentro de plazo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), en el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil y en las demás disposiciones legales pertinentes, interponemos fundado recurso de reposición en contra de la resolución de 18 de octubre de 2024, que rola a folio 50 (la “Resolución Recurrída”), en la parte que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia absoluta opuesta por Nestlé Chile a folio 27 respecto de la demanda interpuesta por Flor y Nata SpA (“FyN” o la “Demandante”) a folio 12 (“Demanda”), solicitando que el recurso sea acogido a tramitación y que, en su mérito, se revoque la Resolución Recurrída, y que se declare, en su lugar, que se acoge la excepción de incompetencia absoluta, por las justificadas razones que se exponen a continuación.

I. Resolución Recurrída

En síntesis, el voto de mayoría de la Resolución Recurrída, sostuvo, en primer lugar, que “(...) *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)*”¹; y que, por ende, “(...) *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*”².

Luego, señaló que “(...) *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*

¹ Resolución Recurrída, voto de mayoría, considerando vigésimo primero.

² Ibid., considerando vigésimo segundo.

(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”³.

Agregó sobre este punto 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”⁴, para luego mencionar que “(...) 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)”⁵.

A la luz de lo anterior, el voto de mayoría resolvió que “(...) 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”⁶, lo que, a su juicio, sería una cuestión de fondo.

Por último, el voto de mayoría mencionó que lo anterior sería relevante habida cuenta de la acusación de la Demandante de 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) (...)”⁷, y que, por ende, a su juicio “(...) no existe en esta etapa procesal razonable certeza de que FyN haya o no asumido riesgos económicos relevantes ni cómo se ha desarrollado su relación con Nestlé”⁸.

La Resolución Recurrída tiene también un voto de minoría. Sobre dicho voto y sus fundamentos se vuelve *infra* para explicar por qué estimamos respetuosamente que el voto de mayoría debiera enmendarse en el sentido de acoger la excepción dilatoria de incompetencia absoluta opuesta por Nestlé Chile a folio 27.

³ *Ibid.*, considerando vigésimo tercero.

⁴ *Ibid.*, considerando vigésimo cuarto.

⁵ *Ibid.*, considerando vigésimo quinto.

⁶ *Ibid.*, considerando vigésimo sexto.

⁷ *Ibid.*, considerando vigésimo séptimo.

⁸ *Ibid.*

II. El voto de mayoría de la Resolución Recurrída se equivoca al no ponderar en su real mérito las confesiones judiciales de la Demandante respecto de la naturaleza de su relación contractual con Nestlé Chile. No resulta aplicable la doctrina de las restricciones verticales

En nuestra opinión respetuosa, si bien el voto de mayoría parte de la base de fundamentos teóricos que son correctos, los termina aplicando de forma errónea al no valorar adecuadamente los dichos de la misma FyN plasmados con claridad en su propio escrito de Demanda.

Nestlé Chile concuerda con el voto de mayoría en cuanto a que, para que este H. Tribunal tenga competencia para conocer de una acción, ésta debe explicar claramente “(...) *cómo el asunto planteado puede tener injerencia en el orden público económico que el D.L. N° 211 cautela*”⁹.

Sin embargo, la realidad es que, en su Demanda, FyN no explica en ninguna parte de forma satisfactoria por qué el caso que plantea podría afectar el bien jurídico protegido en esta sede.

De hecho, la revisión de sus propios dichos y de los demás antecedentes ya agregados a los autos permite concluir, más allá de toda duda, que su caso no dice relación con la protección de la libre competencia en los mercados, sino que únicamente con su interés privado derivado de una relación contractual con nuestra representada.

En efecto, basta con leer la Demanda para descartar de plano que, a su respecto, sea aplicable la doctrina de las restricciones verticales, en la que el voto de mayoría descansa para sustentar su decisión de declararse competente.

Así, de hecho, fue expresa y adecuadamente constatado por el voto de minoría de la Resolución Recurrída:

“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.

⁹ Ibid., considerando vigésimo segundo. En efecto, el DL 211 define con total claridad el ámbito de competencia del H. Tribunal. Así, su artículo 2º señala que “[c]orresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...) dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”; el artículo 3º sanciona a quien “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos”; el artículo 5º dispone como función del H. Tribunal “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”; y, el artículo 18 indica como atribución y deber del H. Tribunal “[c]onocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”.

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”.

Efectivamente, **FyN confesó judicialmente**, y Nestlé Chile no ha controvertido ni controvertirá, las circunstancias que se exponen en la Tabla siguiente:

Circunstancia confesada judicialmente por FyN y que Nestlé Chile no ha controvertido ni controvertirá	Afirmación de FyN en que consta su confesión judicial
<p><u>El rol de FyN era el de un mero representante comercial comisionista (“RCC”): la Demandante no compraba productos lácteos a Nestlé Chile para después revenderlos a los comercios del canal tradicional, sino que únicamente operaba como fuerza de venta a cambio del pago de una comisión de los productos que lograra comercializar. Ello, por lo demás, está ratificado por la letra del contrato que suscribieron las partes en 2021.</u></p>	<p>Según la propia FyN, su trabajo consistía en representar a Nestlé Chile “en la venta de productos elaborados por esta última a distintos clientes tales como almacenes, mini market, clientes piramidales, excluyendo cadenas de supermercados, tiendas de conveniencia y mayoristas los cuales eran abastecidos y atendidos en el proceso de venta directamente por la demandada”¹⁰.</p> <p>Según FyN: “Como ya fue anunciado mi representada FLOR Y NATA SPA. realizaba labores en calidad de RCC para la demandada NESTLÉ CHILE S.A., así en los hechos la labor de mi representada consistía en captar clientes para vender productos de la demandada en una zona determinada”¹¹.</p> <p>Por otra parte, de acuerdo con la cláusula 1.3 del Contrato Marco de Comercialización de Productos Nestlé, suscrito entre Nestlé Chile y FyN el 1° de agosto de 2021, “[e]s la intención de las Partes celebrar el presente Contrato con la finalidad de establecer los términos y condiciones generales bajo las cuales el RCC, como comisionista, realizará la venta y prestará los servicios de distribución en los canales y entre los clientes que más adelante se detallan, de productos alimenticios elaborados o comercializados por Nestlé”. Por su parte, la oración final de la cláusula 2.1 dispone que “[s]e deja expresa constancia que el presente Contrato, en lo que respecta a la venta y cobranza de los Productos, constituye</p>

¹⁰ Demanda, p.9.

¹¹ Ibid., p.16.

	<p><i>un mandato comercial de conformidad a los Artículos 233 y siguientes del Código Comercial, constituyéndose la Empresa en comisionista”¹².</i></p> <p>Finalmente, de acuerdo con el artículo 233 del Código de Comercio, “[e]l mandato comercial es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”. Por su parte, de acuerdo con los artículos 235 y 236 del mismo cuerpo legal, “[e]l mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas” y “[l]a persona que desempeña una comisión se llama comisionista (...)”.</p>
<p><u>Los productos de Nestlé Chile comercializados FyN eran determinados por la propia Nestlé Chile, al igual que las condiciones comerciales en las que éstos se vendían, tales como su precio.</u> Ello es plenamente consistente con el hecho de que FyN no adquiriría productos de nuestra representada para luego revenderlos a los comercios del canal tradicional; lo que, de paso, basta para descartar <i>ab initio</i> la acusación de fijación de precios contenida en la Demanda.</p>	<p>Según la propia Demandante: <i>“En virtud de dicho contrato, FLOR YNATA SPA. sólo puede vender y distribuir los productos de la demandada y dentro de un espacio y precios prefijados, así mi representada no tiene injerencia ni conocimiento alguno de los costos de producción de la demandada y de los márgenes de ésta en la venta que mi representada realizaba con motivo del contrato celebrado entre ambas partes”¹³.</i></p> <p>En el mismo sentido, FyN sostuvo que: <i>“NESTLÉ CHILE S.A. fija, y en los hechos determina, los precios de venta que puede realizar mi representada a sus clientes a través de los cuales se llega al consumidor final, ya que, además de fijar el precio mínimo de venta de los productos que comercializa mi representada, impone de manera reiterada y permanente ofertas y promociones, las que deben ser seguidas por mi representada FLOR Y NATA SPA., con el perjuicio que lo anterior conlleva para los intereses de esta parte”¹⁴.</i></p>
<p><u>La forma de distribución de los productos vendidos a través de FyN, también era determinada por Nestlé Chile, a través de Transportes Ricardo Concha Limitada.</u></p>	<p>Según confiesa la Demandante: <i>“Bajo la figura de distribución mi representada tenía varias limitaciones y a su vez tenía varias obligaciones con la demandada. Sólo podía vender a través del canal tradicional, no podía atender a grandes cadenas, no podía distribuir productos de otras empresas, sus trabajadores tenían que usar uniformes de la demandada, debía operar sólo con Transportes Concha Limitada”¹⁵.</i></p>
<p><u>El pago del precio por parte de los comercios del canal tradicional se hacía directamente a</u></p>	<p>La propia FyN señaló en autos: <i>“La operación que debía hacer FLOR Y NATA SPA. para</i></p>

¹² Una copia de este contrato fue acompañada en el segundo otrosí de la Demanda, bajo el N°1.

¹³ Demanda, pp.16-17.

¹⁴ Ibid., p.17.

¹⁵ Ibid., p.23.

<p><u>Nestlé Chile</u>, que era quien facturaba las ventas. Lo único que facturaba FyN eran sus comisiones.</p>	<p><i>NESTLÉ CHILE S.A. era vender los productos de la demandada a pequeños, medianos comerciantes y cliente piramidales, quienes los compran a fin de venderlos a consumidores. <u>El precio de los productos por parte de los pequeños, medianos comerciantes y cliente piramidales son pagados por éstos directamente a la demandada</u>, sólo en pocos casos se realizan labores de cobranza, sin perjuicio de lo cual <u>todo pago va directamente a la demandada sin que mi representada reciba dinero por los productos encargados</u>. En consecuencia, el trabajo de mi representada es captar clientes para que la demandada <u>le venda a ellos a través de mi representada que hace las labores de venta y distribución los productos que la demandada elabora</u>. Así la ganancia de mi representada estaba condicionada a la cantidad de productos que pudiera vender a sus clientes. En el contrato se especifican los márgenes de ganancia por ventas (KPI)¹⁶.</i></p> <p>Siempre según la confesión judicial de FyN: <i>“<u>Quien emite la factura por los productos vendidos es la demandada; por su parte FLOR Y NATA SPA. sólo factura a la demandante lo correspondiente a las comisiones mensuales que NESTLÉ CHILE S.A. le debe pagar mensualmente</u>”¹⁷.</i></p>
---	--

Como corolario de lo anterior, la contraria no pudo sino **reconocer en su Demanda que no actuaba en el mercado de venta de productos lácteos refrigerados de forma independiente** de Nestlé Chile:

“(...) No existe en la presente relación contractual una "concesión" propiamente tal, sino una integración vertical encubierta, siendo finalmente el negocio 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, lo que quedaría demostrado por los siguientes elementos de nuestra relación contractual: (i) los bienes muebles que comercializa mi representada son propiedad de la demandada; (ii) Debe mi representada mantener logos de la demandada sin posibilidad alguna de cambio; (iii) Mi representada no tiene injerencia alguna en el control comercial del negocio (...)”¹⁸.

“Que, en relación con la ‘integración vertical encubierta’ denunciada, se puede advertir en la especie que existe una clara integración vertical entre la demandada y mi representada, puesto que tanto los productos que puede vender mi representada a sus clientes son elaborados por la demandada, a su vez también pueden ser vendidos

¹⁶ *Ibid.*, p.13.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p.34.

*por ésta, mi representada sólo puede distribuir los productos de ella los cuales son directamente pagados a ella y respecto de los cuales mi representada no tiene mayor injerencia en poder fijar precios y/o ofertas de los mismos, en los hechos no pueden adoptar decisiones que determinen una estrategia competitiva significativamente diferente de la definida por la demandada*¹⁹.

*Así las cosas, con respeto planteamos que no es correcto lo que señala el voto de mayoría de la Resolución Recurrida en cuanto a que “(...) 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*²⁰.

Y no lo es, pues no es cierto que el único antecedente a disposición del H. Tribunal para determinar si cabe calificar a FyN como un agente económico independiente de Nestlé Chile es el texto del Contrato Marco de Comercialización de Productos Nestlé, suscrito entre las partes el 1º de agosto de 2021 (“Contrato Marco”).

Además de ese contrato, y más importante aún, existe una clara confesión judicial de FyN, que constituye plena prueba, apoyada por numerosos hechos también confesos en la Demanda y que fueron citados supra, en virtud de los cuales la contraria reconoce sin ambages que, en la práctica, no podía tomar decisiones que determinaran una estrategia competitiva diferente de la de Nestlé Chile; es decir, que, de cara a los comercios del canal tradicional, no se desenvolvía como un agente económico independiente de Nestlé Chile, sino que como un mero intermediario o mandatario comercial que ofrecía servicios de fuerza de venta a cambio de una comisión.

Una confesión de estas características no puede ser ignorada por este H. Tribunal, máxime si, a la luz de ella, sólo cabe concluir que no hay nada que dilucidar o definir “*en el fondo*”. Está todo muy claro en el texto de la propia Demanda.

De este modo, la Demanda es prístina en señalar que FyN no compraba productos a Nestlé Chile para luego revenderlos a los almacenes y abarroterías. La compraventa era realizada entre estos últimos y Nestlé Chile, la que luego emitía la correspondiente factura²¹. Esto explica, entre otras cosas, por qué bajo este modelo es Nestlé Chile –y no FyN – quien definía los precios de venta de sus productos y las demás condiciones comerciales que se ofrecían a los puntos de venta como plazos, condiciones y formas de pago. Era, en consecuencia, Nestlé Chile el responsable de cara a

¹⁹ Ibid., p.36.

²⁰ Resolución Recurrida, voto de mayoría, considerando vigésimo sexto.

²¹ Así lo confirmó la propia Demandante, quien afirmó que: “(...) [e]n consecuencia, el trabajo de mi representada es captar clientes para que la demandada le venda a ellos a través de mi representada que hace las labores de venta y distribución los productos que la demandada elabora (...)”. Demanda, p.13.

los puntos de venta por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En ese sentido, FyN ni siquiera tenía a su cargo, como también lo reconoce explícitamente en la Demanda, la distribución de los productos a los distintos locales del canal tradicional, pues ésta era realizada por un transportista distinto de Nestlé Chile y de FyN, cuyo costo nuestra representada reembolsaba a través de las comisiones que pagaba a la Demandante²².

De esta forma, aplicando los correctos criterios conceptuales de la misma Resolución Recurrída²³ y en base a la **confesión judicial de FyN, que constituye plena prueba**, es posible dar por establecido que:

- (i) FyN no adquiría la propiedad de los bienes de la demandada, sino que era Nestlé Chile quien los vendía a los comercios del canal tradicional;
- (ii) Era Nestlé Chile quien era responsable por el eventual incumplimiento del contrato con los puntos de venta del canal tradicional;
- (iii) FyN no participaba en los costos relacionados con el suministro o adquisición de los bienes, incluido su transporte, ya que estos eran solventados a través de la tasa base de la comisión, pagadera a todo evento; y,
- (iv) Nestlé Chile recibía directamente y facturaba el precio de los productos vendidos.
- (v) Por otro lado, FyN también confesó judicialmente que las inversiones que realizó para desenvolverse como comisionista o mandataria comercial de Nestlé Chile están lejos de ser específicas a dicha actividad. Los principales costos a los que hace referencia son la contratación de fuerza de ventas²⁴ y el pago de “oficinas, Previred e IVA”²⁵.

De esta manera, no existe ni existirá controversia en autos respecto de que FyN no asumía los riesgos del contrato celebrado con Nestlé Chile.

Estos son los requisitos que la Resolución de Mayoría entregó para dilucidar si, en este caso, FyN estaba asumiendo algún riesgo y, en la afirmativa, si podía aplicarse la lógica de las restricciones verticales al presente caso. Ninguno de dichos requisitos, H. Tribunal, ninguno, concurre en la especie. Y eso no lo dice Nestlé Chile; lo confesó judicialmente la propia Demandante.

Habida cuenta de ello y de lo ya dicho respecto al reconocimiento explícito de FyN de que no actuaba en el mercado como un agente económico independiente de Nestlé Chile, **la única**

²² Sobre este punto, es útil tener presente que la comisión que remuneraba los servicios de la Demandante estaba compuesta por (i) una tasa base de 17,7% de las ventas netas más IVA, pagadera a todo evento, cuya función era precisamente cubrir todos los costos de operación de FyN (incluyendo el costo de transporte); y (ii) una tasa variable, cuyo pago estaba supeditado al grado de cumplimiento de las metas mensuales de ventas a la luz de los KPI que ahí se fijaban y que podía llegar hasta un 3,3%—.

²³ Resolución Recurrída, voto de mayoría, considerando vigésimo quinto.

²⁴ Demanda., p.17.

²⁵ Ibid., p.32.

conclusión posible es que la relación entre ambas partes no era una que permitiera ser analizada a la luz de la doctrina de las restricciones verticales²⁶.

Como lo indicó el propio voto de mayoría, las 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”²⁷.

A la misma conclusión se llega si se analizan otros de los requisitos típicamente enunciados en estos casos. En efecto, Whish y Bailey sostienen que:

“Si un agente económico simplemente negocia o transa en representación de un principal, dicho agente es tratado por el derecho de competencia de la Unión Europea como parte de la misma entidad económica que el principal, con la consecuencia de que el artículo 101 no se aplica a los acuerdos de agencia (...). Si el agente no asume ningún riesgo, porque en virtud del acuerdo la propiedad [de los bienes] no pasa hacia él, porque no comparte directamente las ganancias (o pérdidas) del negocio de su principal y desarrolla su negocio de forma predominante para su mandante, las restricciones impuestas para el principal o el agente normalmente caen fuera del artículo 101(1)”²⁸.

Más recientemente, la Comisión Europea (“Comisión”) ha profundizado el desarrollo de los criterios que dan cuenta de cuándo un acuerdo de agencia cae fuera del ámbito de las restricciones verticales, lo que ha hecho en sus Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (2022).

En ellas, se sostiene que:

“El artículo 101 del Tratado se aplica a los acuerdos entre dos o más empresas. En determinadas circunstancias, la relación entre un agente y su principal puede caracterizarse como una relación en la que el agente ya no actúa como operador económico independiente. Esto se aplica cuando el agente no asume ningún riesgo financiero o comercial importante en relación con los contratos celebrados o

²⁶ Como se explicó, Nestlé Chile y FyN tenían una relación de mandante y mandatario comercial. Si bien es innegable que en toda y cualquier relación de esta naturaleza existe un componente de verticalidad, en el sentido de que una parte entrega instrucciones y la otra las debe cumplir, esa no es una verticalidad en un sentido económico, por cuanto, al representar una empresa a la otra, ambas se encuentran necesariamente en el mismo eslabón de la cadena de comercialización.

²⁷ Resolución Recurrída, voto de mayoría, considerando vigésimo tercero.

²⁸ Whish, Richard y Bailey, David (2021). “Competition Law”, Oxford University Press, p.654. Traducción libre del original: “Where an agent simply negotiates or transacts on behalf of a principal it is treated by EU competition law as forming part of the same economic entity of the principal, with the consequence that Article 101 does not apply to the agency agreement (...). If the agent does not bear any risk itself, no property passes to it under the agreement, it does not directly share in the profits (or losses) of its principal’s business and it conducts business predominantly for the principal; restrictions imposed upon the principal or agent will normally fall outside Article 101(1)”.

negociados por cuenta del principal, como se explica más detalladamente en los apartados (31) a (34)²⁹.

Por su parte, el referido apartado 31 explica que hay tres tipos de riesgos comerciales o financieros que son relevantes para determinar si un acuerdo entre un comitente y su comisionista cae dentro del ámbito de las restricciones verticales, ninguno de los cuales concurre en el caso de la relación entre FyN y Nestlé Chile, según consta en la misma Demanda. Estos son: **(i)** los riesgos derivados de los contratos que el comisionista negocia en nombre del comitente –son todos de Nestlé Chile–; **(ii)** los riesgos derivados de inversiones específicas que haya tenido que ejecutar el comisionista para llevar a cabo el encargo –no hay tales–; y, **(iii)** los riesgos relativos a actividades que el comisionista deba realizar a nombre propio, en complemento al encargo principal a nombre del comitente –FyN no debía realizar ninguna actividad a nombre propio–³⁰.

En esas circunstancias, concluye la Comisión, “(...) cuando el agente no asuma ninguno de los tipos de riesgo enumerados en el apartado 31) o cuando únicamente asuma estos riesgos en una medida insignificante”³¹, entonces simplemente no estamos frente a un acuerdo que pueda tener relevancia para la libre competencia, sino únicamente para quiénes lo suscriben, en el marco de una relación de derecho privado.

Y, lo que es más importante todavía, la Comisión pone de relieve que, para determinar si un contrato de representación comercial es de aquellos que interesan al derecho de competencia, “(...) no se consideran pertinentes a efectos de la evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en, por ejemplo, locales o personal que podrían utilizarse para cualquier tipo de actividad”³². Es decir, el mero hecho de que la remuneración de FyN haya dependido del éxito de su gestión (por ser una comisión) es un antecedente irrelevante para estos efectos, que no altera un ápice la conclusión de que el Contrato Marco no cabe ser analizado desde la perspectiva de las restricciones verticales ni, más en general, desde la perspectiva de la libre competencia.

En el caso de FyN, están acreditados por su propia confesión judicial –cuestión que hace innecesario tramitar un procedimiento completo, dado que no hay ni habrá controversia entre las partes en este punto– todos los supuestos para concluir que, de cara a los comercios del canal tradicional, la Demandante no era un agente económico independiente de Nestlé Chile. No asumía riesgo alguno más allá de que la comisión fuera suficiente para pagar sus costos de operación (discusión ésta puramente contractual³³) y carecía de la capacidad para tomar

²⁹ Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, 2022, ¶30.

³⁰ Ibid., ¶31.

³¹ Ibid., ¶32.

³² Ibid.

³³ Como bien señala el voto de minoría, “(...) 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”. Resolución Recurrída, voto de minoría, considerando quinto.

decisiones autónomas respecto a las variables competitivas más relevantes en la venta de los productos de nuestra representada: **(i)** la propiedad de los productos no pasaba por ella, sino que era Nestlé Chile quien los vendía a los comercios del canal tradicional, quienes los adquirirían para posteriormente revenderlos al consumidor final³⁴; **(ii)** no compartía directamente las ganancias o pérdidas del negocio de su mandante, sino que obtenía una comisión por cada venta con independencia de los costos de producción que pudiera haber tenido Nestlé Chile³⁵; **(iii)** no debía soportar los costos de suministro o distribución, sino que éstos eran cubiertos por la tasa base de la comisión que Nestlé Chile le pagaba a todo evento por cada venta concretada³⁶; y, **(iv)** desarrollaba su negocio únicamente para Nestlé Chile, sin necesidad de realizar actividades por cuenta propia que no fueran reembolsadas por Nestlé Chile a través de la tasa base de la comisión³⁷ ni realizar ninguna inversión específica para ello³⁸⁻³⁹.

En lo que se refiere a la entrada e instalación de un RCC como FyN, éste únicamente necesita contar con un pequeño capital que le permita iniciar sus operaciones, contratando una fuerza de vendedores que: **(i)** visite los distintos puntos de venta tradicionales con el objetivo de

³⁴ *“Habida cuenta de lo anterior, un acuerdo se categorizará como un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, cuando se den todas las condiciones siguientes:*

a) el agente no adquiere la propiedad de los bienes comprados o vendidos en virtud del acuerdo de agencia y no presta directamente los servicios comprados o vendidos en virtud de dicho acuerdo. El hecho de que el agente pueda adquirir temporalmente, durante un breve período de tiempo, la propiedad de los bienes contractuales mientras los vende en nombre del principal no excluye la existencia de un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, siempre que el agente no incurra en ningún coste o riesgo relacionado con esta transferencia de propiedad”. Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, 2022, ¶33.

³⁵ *“Habida cuenta de lo anterior, un acuerdo se categorizará como un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, cuando se den todas las condiciones siguientes: (...).*

b) el agente no participa en los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios contractuales, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos”. Ibid.

³⁶ *“Habida cuenta de lo anterior, un acuerdo se categorizará como un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, cuando se den todas las condiciones siguientes: (...).*

c) el agente no mantiene existencias de los bienes contractuales, corriendo personalmente con los costes y riesgos, incluidos los costes relativos a la financiación y las pérdidas de las existencias. El agente debe poder devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable, por ejemplo, porque no cumple unas medidas razonables de seguridad o antirrobo que eviten la pérdida de existencias;

) el agente no asume la responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de los clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que este sea responsable (por ejemplo, porque no cumple unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o no cumple medidas razonables a la hora de denunciar los robos al principal o la policía, o de comunicar al principal toda la información necesaria de la que dispone sobre la fiabilidad financiera de los clientes);

e) el agente no asume la responsabilidad frente a los clientes u otros terceros por las pérdidas o daños procedentes del suministro de los bienes o servicios contractuales, a menos que el agente tenga la culpa;

f) el agente no está obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas, en particular a través de la contribución a presupuestos de publicidad del principal, actividades publicitarias o promocionales específicamente relacionadas con los bienes o servicios contractuales, a menos que dichos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal”. Ibid.

³⁷ *“Habida cuenta de lo anterior, un acuerdo se categorizará como un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, cuando se den todas las condiciones siguientes: (...).*

g) el agente no realiza inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales, formación del personal o publicidad, tales como el depósito de gasolina en el caso del comercio minorista de gasolina, o de un programa informático específico para la venta de pólizas de seguros cuando se trate de agentes de seguros, o publicidad relativa a rutas o destinos en el caso de las agencias de viajes que venden vuelos o alojamiento en hoteles, a menos que estos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal”. Ibid.

³⁸ *“Habida cuenta de lo anterior, un acuerdo se categorizará como un acuerdo de agencia que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, cuando se den todas las condiciones siguientes: (...).*

h) el agente no realiza otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal en el marco de la relación de agencia (por ejemplo, la entrega de bienes), a menos que estas actividades sean reembolsadas en su totalidad por el principal”. Ibid.

³⁹ Al respecto, la cláusula 5.1 del Contrato Marco entre Nestlé Chile y FyN de 1° de agosto de 2021 disponía que *“Nestlé se obliga a poner a disposición de la Empresa los equipos y servicios de soporte computacional y comunicaciones que éste requiera, con los equipos, programas y accesorios según se señale en cada anexo, a efectos de que el RCC los destine exclusivamente y a su riesgo y costo a las actividades de captura y transmisión de pedidos de venta de los Productos a los clientes en los distintos Canales”.*

persuadirlos de que hagan pedidos de productos lácteos refrigerados de Nestlé Chile; y, **(ii)** una vez hechos los pedidos, coordine la logística de su envío a los puntos de venta respectivos. Un RCC no necesita nada más. No requiere, por ejemplo, invertir en *softwares* de ventas, pues los sistemas y herramientas computacionales para registrar los pedidos y coordinar su distribución y despacho son proporcionados por Nestlé Chile a cada RCC. Lo dicho es plenamente consistente con las afirmaciones de FyN en su Demanda: “(...) *para cumplir las labores tuve que contratar a 12 personas: 10 vendedores, 1 supervisor y 1 back office. Para comenzar a operar fue necesario tener capital suficiente para financiar dos meses de operación, pues la demandada pagaba con desface, ya que las comisiones se debían calcular después del primer mes y tras esa operación recién se comenzaba a generar la operación de pago* (...)”⁴⁰.

En palabras del voto de minoría:

“(...) 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”.

Por lo mismo, si FyN no era un agente económico independiente de Nestlé Chile de cara los comercios del canal tradicional, es lógicamente imposible que Nestlé Chile: **(i)** compitiera con FyN⁴¹; y, **(ii)** haya buscado excluirla del mercado, para así quedarse con su negocio⁴².

En definitiva, la lógica detrás de restricciones verticales es simplemente ajena a la relación que Nestlé Chile tenía con FyN, por lo que dicha doctrina no resulta aplicable ni tampoco pertinente para evaluar los reclamos de la Demandante, los que, a la luz de los dichos confesos de la propia FyN, no afectan ni pueden afectar el bien jurídico protegido por el DL 211, razón suficiente para que este H. Tribunal decrete su incompetencia absoluta in limine.

Por ello, y conforme a sus propios términos, corresponde que la decisión del voto de mayoría sea modificada conforme a Derecho y a los hechos que ya están confesos judicialmente –y que hacen innecesaria la tramitación de un procedimiento completo, dado que no hay ni habrá controversia entre las partes en este punto– y, así, establecidos fehacientemente en el proceso.

⁴⁰ Demanda, p.12.

⁴¹ Por ejemplo, la Demandante señala que “[e]n los hechos, mi gran competidor no eran otras marcas (por ejemplo Soprole, Colún, Quillayes, etcétera); mi gran competidor era la misma demandada (...)”. Demanda, pp.22-23.

⁴² Según FyN, “[e]l actuar ilícito de la contraria se realiza con el objeto de excluir a mi representada del mercado”. Ibid., p.18.

III. El conflicto jurídico planteado en la Demanda es estrictamente civil/comercial contractual y no guarda relación con el ámbito de protección del derecho de la competencia

Tal como se explicó en el escrito de excepción dilatoria de folio 27, nos asiste la genuina convicción de que el H. Tribunal no es competente para conocer el asunto de autos, pues la presente es solamente una controversia de derecho civil/comercial⁴³; y porque, como ya se probó a la luz de la confesión judicial de la propia Demandante, los hechos puestos en conocimiento del H. Tribunal no tienen la aptitud objetiva de afectar la libre competencia.

A continuación, se profundiza en el primero de dichos puntos.

En su Demanda, FyN lanza profusas acusaciones: desde que habría sido poco menos que obligada a firmar un contrato de adhesión con cláusulas abusivas —el Contrato Marco, junto con sus anexos y modificaciones—, hasta que, durante su ejecución, habrían ocurrido hechos que, en su opinión, serían constitutivos de un incumplimiento de las obligaciones asumidas por Nestlé Chile.

Es posible apreciar la *esencia* privada del conflicto en varios pasajes de la Demanda. En ella, la Demandante se muestra disconforme con: **(i)** algunos cambios en las zonas asignadas para ejercer su labor de comisionista, que a su juicio constituirían supuestos incumplimientos de los términos del Contrato Marco⁴⁴; **(ii)** supuestos cambios unilaterales en las comisiones, es decir, supuestos incumplimientos del Contrato Marco en materia de pagos⁴⁵; **(iii)** el establecimiento en los Anexos —que al igual que el Contrato Marco firmó libre y voluntariamente— de determinadas metas de desempeño o *key performance indicators* (“KPI”) que habrían terminado resultando, a su juicio, demasiado exigentes⁴⁶; **(iv)** el hecho de que Nestlé Chile vendiera sus productos a sus clientes a precios que a FyN no le parecían adecuados⁴⁷; y, **(v)** una supuesta deuda de Nestlé Chile en el pago de comisiones por ventas ya pactadas; etc.⁴⁸

⁴³ O, al menos, requiere como condición necesaria y esencial, en lógica de secuencialidad (en oposición a la conjunción) de una decisión previa en sede civil.

⁴⁴ La cláusula del Contrato Marco que permitía a Nestlé Chile hacer cambios en las zonas de venta es la N°2.1: “*Por el presente Contrato, Nestlé encarga al RCC, quien acepta, la venta y cobranza en comisión y la prestación de servicios de distribución de los productos elaborados y/o comercializados por Nestlé que para cada canal y territorio se señale en uno o más anexos a ser propuestos por Nestlé (en adelante los canales que se indiquen en los respectivos anexos, conjuntamente los ‘Canales’; los territorios indicados en dichos anexos, conjuntamente los ‘Territorios’; y los productos a comercializar en cada uno de dichos Canales y Territorios, conjuntamente los ‘Productos’). Nestlé se reserva desde ya el derecho de modificar en cualquier momento los Canales y Territorios de comercialización, así como los Productos a comercializar a fin de reflejar la variedad deseada de acuerdo a la estrategia comercial de Nestlé. En adelante, la venta y cobranza de los Productos y el servicio de distribución realizados en virtud del presente Contrato y detallados en este instrumento y en sus respectivos anexos, conjuntamente los ‘Servicios’. Se deja expresa constancia que el presente Contrato, en lo que respecta a la venta y cobranza de los Productos, constituye un mandato comercial de conformidad a los Artículos 233 y siguientes del Código Comercial, constituyéndose la Empresa en comisionista*”.

⁴⁵ Demanda, p.7.

⁴⁶ Los últimos KPI que rigieron en la relación contractual entre Nestlé Chile y FyN constan en la cláusula segunda (“*Comisión variable*”) del documento denominado “*Modificación de Anexo y Complementación de Contrato Marco de Comercialización de Productos Nestlé*”, suscrito por ambas partes el 1° de agosto de 2022. Una copia de dicho documento se acompañó en el tercer otrosí del escrito de Nestlé Chile de folio 27.

⁴⁷ Esto constituye una pretensión inaceptable de FyN de inmiscuirse en el proceso autónomo e independiente de Nestlé Chile para la determinación de los precios de sus productos.

⁴⁸ Para revisar la confusa lista de disconformidades y reclamos de FyN, véase, Demanda, pp.32 y siguientes.

En realidad, H. Tribunal, la disputa se refiere a básicamente dos cosas: **(i)** a un reclamo sobre las circunstancias de suscripción del Contrato Marco entre FyN y Nestlé Chile, acuerdo contractual que la Demandante negoció y firmó voluntariamente, con un consentimiento informado y libre de vicios, plenamente consciente de su contenido y asignación de riesgos; y contrato al que, por lo demás, podía poner término de forma unilateral, expedita y sin trabas; y, **(ii)** a un reclamo respecto a la forma en la que Nestlé Chile habría cumplido (o supuestamente incumplido) los términos del Contrato Marco y sus anexos y modificaciones, el consecuente análisis de la supuesta necesidad de ponerle término como resultado de dichos supuestos incumplimientos y, en tal caso, de si cabría indemnizar los supuestos perjuicios que FyN alega haber sufrido a consecuencia de estos presuntos incumplimientos.

Sobre lo primero, este H. Tribunal ya ha resuelto que aquello relativo al proceso de formación del consentimiento de un contrato, la existencia de eventuales vicios como fuerza y error, si es que acaso un contrato determinado puede o no ser calificado como de adhesión, no es una materia que caiga dentro de su competencia, por ser propia del derecho privado⁴⁹.

Tal como expone el profesor Banfi en el Informe en Derecho que se acompaña en el otrosí:

“El problema, como se verá, es que el TDLC carece de competencia para declarar la existencia de incumplimientos contractuales y anular contratos. El único órgano jurisdiccional habilitado para determinar si Nestlé cumplió o incumplió sus obligaciones y para declarar la nulidad del Contrato (en particular, la nulidad relativa por ese supuesto vicio de fuerza), es el árbitro mixto aludido en la cláusula compromisoria”⁵⁰⁻⁵¹.

Si FyN quisiera alegar que firmó el Contrato Marco sometido a alguna especie de fuerza irresistible, o por error, está en su derecho de hacerlo, por cierto⁵². Pero debe hacerlo en la sede que corresponde.

⁴⁹ “Que, de lo expuesto precedentemente se concluye que la acusación planteada no guarda relación con el ámbito de competencia de este Tribunal, por razón de materia, al tratarse de un asunto de naturaleza civil o comercial derivado de los eventuales incumplimientos a los contratos en los que habría incurrido MSC, sumado al ofrecimiento de condiciones artificiosas que indujo a las demandantes a contratar con ella y el cobro unilateral e injustificado por concepto de ‘congestion surcharges’ y ‘demurrage surcharges’. Conocer de dichas materias supondría una labor que escapa del ámbito de este Tribunal, pues: (i) la conducta de ofrecimiento de condiciones artificiosas se habría producido en la etapa de negociación de los contratos entre las demandantes y MSC (folio 3, p. 21), por lo que, se relaciona directamente con la formación del consentimiento, lo que implicaría tener que desentrañar los aspectos de dicho proceso (...)”. H. Tribunal. Resolución de 5 de enero de 2024, en causa rol Rol C N°498-2023, considerando sexto.

⁵⁰ Banfi del Río, Cristián. “Informe en Derecho”, octubre de 2024, p.14.

⁵¹ Actualmente, las controversias entre FyN y Nestlé Chile están siendo conocidas por la señora Jueza Árbitro María de los Ángeles González Coulon, en la causa arbitral rol CAM Santiago N°6375-2024, en la que FyN ya se hizo parte.

⁵² Sin embargo, no se advierte cómo podría haberse producido una fuerza irresistible ni menos aun un error. Sobre este último punto, cabe destacar que, según lo confiesa la propia Demanda en su p.12, el representante legal de FyN, señor José Galaz, trabajó como colaborador de Nestlé Chile por alrededor de 17 años, entre 1988 y 2005. A lo largo de su carrera en la Compañía, el señor Galaz se desempeñó en distintos cargos, todos ligados a la venta de productos de Nestlé Chile. Su última posición, entre 2002 y 2005, fue jefe nacional de ventas de RCC. La misma Demanda agrega que, en 2021 y tras tomar conocimiento de que Nestlé Chile estaba en búsqueda de un nuevo comisionista para incorporar a la fuerza de ventas del canal tradicional, fue el propio señor Galaz quien se acercó a la Compañía para manifestar su interés de convertirse en un RCC. Precisamente para esos efectos, en junio de 2021, el señor Galaz creó la sociedad FyN. Esto da cuenta de que el señor Galaz, al momento de firmar el Contrato Marco con la Compañía, en agosto de 2021, tenía pleno conocimiento acerca de la operatoria y particularidades del

Y, sobre lo segundo, existen antecedentes irrefutables que prueban que, en realidad, FyN siempre tuvo plena consciencia de que sus reclamos eran de naturaleza contractual; la correspondencia entre las partes, citada *in extenso* en el escrito de excepción dilatoria de folio 27, no deja espacio para dudas⁵³.

Ello ratifica la necesidad de declarar la incompetencia absoluta de este H. Tribunal, que únicamente tiene competencia para conocer de situaciones que pudieren constituir infracciones al DL 211, y no para resolver conflictos meramente contractuales entre agentes económicos⁵⁴.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por interpuesto el presente recurso de reposición en contra de la resolución de 18 de octubre de 2024, que rola a folio 50, en la parte que rechazó la excepción dilatoria de incompetencia absoluta opuesta por Nestlé Chile a folio 27 respecto de la demanda de Flor y Nata SpA, solicitando que el recurso sea acogido a tramitación y que, en su mérito, se revoque la resolución recurrida, declarando, en su lugar, que se acoge la excepción de incompetencia absoluta, con costas.

OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Informe en Derecho, elaborado por don Enrique Vergara Vial, de octubre de 2024, titulado “Análisis de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para Conocer la Demanda de Flor y Nata SpA en contra de Nestlé Chile S.A. en la causa rol C N°515-2014” (“Informe Vergara”), el cual permite concluir sin espacio para dudas que el asunto

modelo de RCC con el cual Nestlé Chile comercializa sus productos lácteos refrigerados en el canal tradicional, del cual fue jefe nacional. Y, asimismo, que el señor Galaz, cuando suscribió dicho contrato en representación de FyN, otorgó su consentimiento de forma libre e informada, sin errores ni vicios de ningún tipo, con plena información.

⁵³ Escrito de excepción dilatoria de Nestlé Chile, pp.8-13.

⁵⁴ Por ejemplo, así lo indicó el H. Tribunal en la Sentencia N°98/2010: “(...) no le corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de la legitimidad de la situación contractual que le permitió a VTR terminar el contrato en la forma que lo hizo, ni sobre si la terminación del contrato con RGB podría ser reprochable desde el punto de vista del derecho de los contratos, lo que deja a RGB en libertad de acción para decidir si ejerce o no, ante quien corresponda, los derechos que estime pertinentes para resarcirse de los perjuicios civiles que dicha conducta de VTR le pueda haber ocasionado”. H. Tribunal. Sentencia N°98/2010, considerando sexagésimo quinto.

En la misma línea, ha resuelto que “(...) carece de competencia para conocer ‘peticiones que digan relación con la vigencia y cumplimiento de obligaciones que emanan para las partes de determinados contratos’ (resolución de término N°58, dictada por este Tribunal el 27 de mayo de 2008 en autos rol C N°162-08). En sentido similar, se ha sostenido que ‘no le compete velar por los derechos y obligaciones que para las partes emanan de los mismos [ciertos contratos de exclusividad] y que miran al solo interés individual de éstas’ (sentencia N°80/2009, c. 53°, causa Rol C N°305-16, resolución de 26 de abril de 2016), sin perjuicio de que puede conocer de contratos civiles o comerciales en las contiendas sometidas a su conocimiento, ‘en la medida que el contenido, efectos, aplicación, cumplimiento o incumplimiento de un contrato sea apto para configurar una infracción a la libre competencia, excepcionar de ella o incluso, establecer su contexto o dimensión’ (resolución de término N°80, de 24 de enero de 2011, causa Rol C N°211-2020; y resolución de 26 de abril de 2016, causa Rol C N°305-16)” y “[q]ue, en sentido similar, este Tribunal ha resuelto que no es competente para conocer una demanda ‘cuyas peticiones dicen relación con la vigencia y cumplimiento de obligaciones que emanan para las partes de determinados contratos’ (resolución de 27 de mayo de 2008, causa Rol C N°162-08)”. H. Tribunal. Resolución de 5 de enero de 2024, en causa Rol C N°498-2023, considerandos cuarto y quinto.

sometido a conocimiento del H. Tribunal por parte de FyN no es uno de relevancia para el derecho de libre competencia.

En efecto, el Informe Vergara concluye con claridad que “[l]os actos que FyN imputa a NESTLÉ como atentados a la libre competencia son, en los hechos, acusaciones de incumplimientos contractuales del CONTRATO MARCO, tal cual lo reconoció la demandante en carta dirigida a la demandada el 7 de noviembre de 2023. Por lo anteriormente expuesto, el asunto sometido al conocimiento del Tribunal es uno de naturaleza civil o comercial, razón por la cual es procedente que declare su incompetencia a la luz de los precedentes citados en este informe”⁵⁵.

El Informe Vergara, explica de forma clara y precisa en qué consiste la Demanda interpuesta por FyN; qué materias están sometidas al conocimiento del H. Tribunal; y, si la Demanda aborda hechos y relaciones jurídicas que formen parte de alguna de las materias que compete conocer al H. Tribunal.

Al referirse a las materias que son de competencia del H. Tribunal, el Informe Vergara indica que “(...) no todo conflicto comercial implica, necesariamente, un conflicto de libre competencia por muy importante que sea una de las partes de dicho conflicto. Lo distintivo es, como se ha dicho, que ese conflicto tenga la potencialidad de afectar el proceso competitivo de un mercado determinado, en cualquiera de sus etapas, ya sea en la provisión, producción, comercialización o distribución de bienes y servicios”⁵⁶ y que “[n]o basta, en opinión del suscrito, simplemente con señalar que se ha cometido una infracción a la libre competencia y enunciar cuál es el mercado, para que la demanda o el requerimiento pueda pasar primero el test de admisibilidad y, luego, por el de competencia en razón de la materia. En otras palabras, no basta enunciar infracciones y mercados, sin que estos se expliquen en la exposición clara y determinada de los hechos que deben fundamentar un libelo acusatorio”⁵⁷.

Luego, al referirse a aquellos conflictos que tienen un origen contractual, indica que “[e]l problema es más complejo cuando se trata de acusaciones de infracciones a la libre competencia que tienen su origen en un contrato. Lo primero que se debe señalar a este respecto es que es perfectamente posible que, con ocasión de un contrato, se pueda cometer una infracción a la libre competencia. Sin ir más lejos, la propia ley acepta esa posibilidad al señalar que una convención puede impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello”⁵⁸. Y acto seguido afirma que “[s]in embargo, el contrato, o más concretamente, las cláusulas de un contrato, debe producir un efecto negativo en la

⁵⁵ Informe Vergara, p.25.

⁵⁶ Ibid., p.9, ¶17.

⁵⁷ Ibid., p.10, ¶21.

⁵⁸ Ibid., p.12, ¶25.

*competencia en un mercado determinado para que la materia pueda ser conocida por el TDLC*⁵⁹.

El Informe Vergara explica, luego, cuándo se puede entender que ocurre lo anterior y refiriéndose a la jurisprudencia del propio H. Tribunal sostiene que “[e]n esos casos y en otros [aquellos de origen contractual que sí fueron conocidos por el H. Tribunal], la aplicación de ciertas cláusulas contractuales tenía la aptitud de producir un efecto - actual o potencial- en un mercado determinado. Sin embargo, el asunto es distinto cuando el conflicto surge por la forma como se gestó el contrato, sus modificaciones o eventuales incumplimientos, si de ello no se sigue una afectación al proceso competitivo de un mercado determinado y los efectos quedan radicados estrictamente en el ámbito privado de las partes. Con mucha lucidez el TDLC ha efectuado esta distinción en numerosas ocasiones (causas roles números C N°162-2008, C N°80-2009 y C N° 305-2016, entre otras)”⁶⁰ y sostiene que para entender que existe la aptitud de afectar la competencia, “[n]o basta con enumerar una o más conductas e indicar mercados relevantes; la exigencia adicional establecida en el artículo 20 inciso segundo exige realizar un análisis más riguroso en la demanda para que el Tribunal pueda conocer el asunto sometido a su consideración”⁶¹.

A continuación, al aplicar los criterios establecidos para determinar la competencia del H. Tribunal a este caso concreto, señala que, en atención a lo sostenido en la Demanda y siguiendo a la Guía de Restricciones Verticales (2014) de la Fiscalía Nacional Económica, es necesario establecer si se está ante dos agentes independientes entre los que se pueda presentar una hipótesis de restricción vertical o no, pues de ello dependería el que las cláusulas establecidas para regir la relación contractual entre Nestlé Chile y FyN, tengan la aptitud para afectar la competencia⁶².

Respondiendo a la pregunta “¿qué implica o que está detrás de esa exigencia o de ese elemento de “independencia” entre las partes de la estructura vertical?”⁶³, el Informe Vergara explica que “[o]bviamente, la independencia no se refiere a que los agentes económicos sean personas jurídicas o naturales distintas, sino a que actúen bajo su propio nombre y en representación de sí mismas, en las actividades comerciales que realicen y que en esa actuación se imponga una restricción vertical. Por el contrario, si un agente económico desarrolla una determinada actividad comercial como mandatario o comisionista a nombre de otro, no se puede hablar de agente económico independiente en el sentido que le asigna la GUÍA, por cuanto en este caso mandante y mandatario constituyen una única unidad económica bajo la mira del derecho de la competencia. Se trataría, en suma, de un solo agente económico”⁶⁴. Y luego, agrega que “[u]na estrategia

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., p.13, ¶127.

⁶¹ Ibid., p.14, ¶130.

⁶² Ibid., pp.15-17, ¶¶133-39.

⁶³ Ibid., p.16, ¶134.

⁶⁴ Ibid.

*comercial distinta es la que puede adoptar el proveedor de un bien o servicio cuando decide vender por sí mismo sus productos o a través de un agente económico que no reviste los caracteres de independencia, por ejemplo, a través de un mandato comercial o una comisión, cuando el mandatario o comisionista obra en nombre y representación del mandante o comitente. Como se señaló, en estos casos el mandatario o comisionista no compra los productos para su posterior reventa y, por lo tanto, es normal que el precio de venta lo fije su mandante o comitente, como acontece en el caso de Nestlé y FyN, a diferencia de lo que sucede en los casos de fijación de precios mínimos de reventa (...)*⁶⁵.

Finalmente, concluye que “(...) las restricciones que contractualmente puedan pactarse en el respectivo contrato de mandato o comisión no son, técnicamente hablando, restricciones verticales, sino que un conjunto de derechos y obligaciones contractuales que rigen esa relación comercial. En otros términos, un mandatario comercial o comisionista encargado de vender los productos de su mandante o comitente, constituye su fuerza de venta”⁶⁶.

Por último, yendo al caso en particular de la relación entre FyN y Nestlé Chile, el Informe Vergara afirma que “[a]l analizar las principales cláusulas del CONTRATO MARCO queda de manifiesto que el comisionista no actuaba en forma independiente de NESTLÉ y, por lo tanto, mal podría aplicarse la teoría del daño anticompetitivo que se revisa habitualmente cuando se analizan las restricciones verticales. Esto se puede constatar no solo de los objetivos del CONTRATO MARCO, en el que se establecía que era NESTLÉ quien definía los canales de distribución y territorios en los que debía operar el comisionista, sino también de los servicios que éste debía prestar y sus condiciones (cláusulas 3.1. y 4.1.), así como de la remuneración que percibía por esos servicios, regulada en la cláusula 10. Como FyN no revendía los productos que le entregaba NESTLÉ, la primera solo recibía como contraprestación por sus servicios como RCC una comisión y honorarios, para lo cual debía emitir la correspondiente factura a la demandada, cuyo plazo de pago y otras condiciones se especifican en la citada cláusula 10. Por su parte, en la aplicación práctica del CONTRATO MARCO podemos encontrar otros elementos que permiten despejar cualquier duda sobre la naturaleza completamente dependiente que tiene el mandatario para con su mandante. Tal como se señala en la propia demanda, el precio por la venta de los productos era pagado por los distintos canales de distribución directamente a NESTLÉ, quien además definía los productos que comercializará el comisionista, así como las zonas geográficas en las que podía operar, los canales a los que podía vender, la forma como se debían transportar los productos e incluso la empresa de transportes con la cual debía trabajar FyN”⁶⁷.

Así, en definitiva, “[a]l no haber operado FyN de manera independiente de NESTLÉ en el mercado, mal podrían las eventuales restricciones y obligaciones que asumió haber

⁶⁵ Ibid., p.17, ¶137.

⁶⁶ Ibid., p.17, ¶138.

⁶⁷ Ibid., pp.18-19, ¶¶42-43.

afectado el proceso competitivo. Se trata, en suma, de un solo actor -NESTLÉ- que definió una forma de comercializar parte de sus productos mediante su externalización a un tercero. Luego, los problemas internos que puedan haber surgido de dicha relación comercial entre comitente y comisionista no tienen la aptitud de afectar la competencia, toda vez que los eventuales incumplimientos al CONTRATO MARCO o las modificaciones unilaterales de este, no perseguían ni podían perseguir la exclusión de competidores del mandante, explotar a consumidores o levantar barreras de entrada al mercado. Se trata simplemente de un problema de cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato comercial y, por lo tanto, un asunto que debe ser ventilado en otras sedes jurisdiccionales”⁶⁸.

2. Informe en Derecho, elaborado por don Cristián Banfi del Río, de octubre de 2024, titulado “Informe en Derecho” (“Informe Banfi”), el cual permite concluir sin espacio para dudas que el asunto sometido a conocimiento del H. Tribunal por parte de FyN es uno estrictamente civil contractual.

El Informe Banfi concluye que:

“La Demanda somete al TDLC un conflicto puramente contractual entre Nestlé y FyN, derivado del Contrato de comisión comercial que las vincula. El único órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver esa disputa es el árbitro mixto contemplado en la cláusula compromisoria del Contrato. El TDLC carece de competencia para conocer de tal pleito y de cualquier otro resultante o relacionado con el Contrato.

FyN confesó espontáneamente y por escrito, antes del Litigio (en sus cartas del 31.10.2023 y 7.11.2023), que su disputa con Nestlé es estrictamente contractual y que de esta sólo puede conocer el árbitro mixto aludido en la cláusula compromisoria. Más importante aún: FyN confesó espontáneamente en su Demanda que ésta no es más que el medio que escogió para denunciar al TDLC el supuesto incumplimiento de la obligación de Nestlé de pagar las comisiones a FyN.

El incumplimiento que FyN imputa a Nestlé es un asunto estrictamente contractual, que atañe únicamente a las Partes, siendo irrelevante para la libre competencia. El relato de los hechos contenido en el libelo ni siquiera permite vislumbrar una posible afectación del bien jurídico cautelado por el DL 211. Es más, la Demanda no menciona cuál sería el daño anticompetitivo o costo social que acarrearía el abuso de posición dominante que achaca a Nestlé.

La causa de pedir o fundamento inmediato del derecho deducido por FyN a través de la Demanda no estriba en las supuestas infracciones del DL 211 que atribuye a Nestlé, sino en los igualmente hipotéticos incumplimientos contractuales que le imputa. Asimismo,

⁶⁸ Ibid., p.19, ¶144.

FyN insinúa haber sido forzada a celebrar el Contrato, calificándolo como un verdadero contrato de adhesión. Pues bien, el único tribunal competente para declarar los incumplimientos contractuales o la nulidad del Contrato es el mencionado árbitro mixto. El TDLC puede modificar o poner término a contratos, pero no tiene atribuciones para declarar la nulidad de estos o la existencia de incumplimientos. Por eso, aun si la Demanda hubiese tenido algún mérito o plausibilidad –lo que no es así–, en todo caso el TDLC no podría examinar el fondo del caso sin una sentencia definitiva ejecutoriada, dictada en el juicio arbitral pertinente, que hubiese declarado la existencia de los incumplimientos de Nestlé o la rescisión del Contrato por el vicio de la fuerza.

Si bien la Demanda menciona los supuestos ilícitos anticompetitivos atribuidos a Nestlé y si bien las infracciones al DL 211 pueden materializarse mediante la suscripción, ejecución, incumplimiento o terminación de un contrato, lo cierto es que FyN basa su pretensión tanto en el supuesto incumplimiento de la obligación del comitente (Nestlé) de pagar las comisiones u honorarios a la comisionista (FyN), como en una hipotética fuerza que habría viciado el consentimiento de la actora haciendo que el Contrato deviniera en uno de adhesión.

Por tanto, es inconcuso que para poder siquiera entrar a examinar si es o no efectivo el abuso de posición dominante denunciado por FyN, resulta imprescindible contar con una sentencia definitiva firme o ejecutoriada que establezca la existencia del incumplimiento achacado a Nestlé o que declare la nulidad relativa del Contrato por el aludido vicio del consentimiento. Estas materias sólo pueden ser conocidas y resueltas por el tribunal arbitral señalado en la cláusula compromisoria.

FyN actuó como RCC de Nestlé. Primero: FyN fue mandataria o comisionista de Nestlé en la venta, distribución y cobranza de los Productos vendidos a los clientes de Nestlé comprendidos en el canal tradicional y en el territorio definido por ésta. Esto es, FyN actuó por cuenta y riesgo de Nestlé. Segundo: FyN fue representante de Nestlé, vale decir, actuó a nombre y en lugar de ésta y ocupó su mismo lugar jurídico, de manera que todos los riesgos y efectos jurídicos de las compraventas respectivas se radicaron directa e inmediatamente en el patrimonio de Nestlé.

Por consiguiente, Nestlé y FyN constituyeron un solo y mismo agente económico en las actividades u objeto del Contrato. Luego, FyN nunca ha competido con Nestlé ni ha sido un agente económico independiente de ésta. FyN no fabricó, costó, compró ni vendió los Productos: estos fueron elaborados, costeados, vendidos y facturados por Nestlé a los clientes de ésta en el canal tradicional y dentro del territorio que ella misma asignó a FyN, quien simplemente fue un intermediario, es decir, un comisionista y representante o RCC.

Las Partes son contratantes sofisticadas y expertas, por lo que debieron discutir y acordar –libre, voluntaria e informadamente– los términos y condiciones del Contrato (incluida la cláusula compromisoria), distribuyendo consistentemente los riesgos entre sí. FyN y su representante legal tienen amplio conocimiento y experiencia sobre las actividades propias de un RCC, los riesgos asumidos por él y los derechos y obligaciones de las Partes”⁶⁹.

Al H. Tribunal respetuosamente pedimos: tener por acompañados los documentos antes indicados, con citación.

⁶⁹ Informe Banfi, p.27.