

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, quince de enero de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, que rola a fojas 1 de estos autos (“Acuerdo Extrajudicial”);
2. El expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), Rol N° 2600-20 FNE, acompañado en la presentación de fojas 2 de estos autos;
3. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”);
y
4. Lo expuesto en la audiencia celebrada el 7 de enero del presente año por los apoderados de la FNE y de Nestlé Chile S.A. (“Nestlé”).

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el Acuerdo Extrajudicial que la FNE y Nestlé sometieron a la aprobación de este Tribunal tiene como antecedente la investigación de la Fiscalía Rol N° 2600-20, caratulada “Fiscalización del cumplimiento de la Resolución N° 57/2019 del H. TDLC por Nestlé Chile S.A.” (en adelante, “Investigación FNE”);

Segundo: Que la Investigación FNE tuvo por objeto fiscalizar el cumplimiento de las medidas establecidas en la Resolución N° 57/2019, por parte de Nestlé, y permitió a la Fiscalía constatar que la empresa había realizado modificaciones en las condiciones comerciales de compra de leche fresca, establecidas en sus pautas de precios y contratos, a fin de adecuar su comportamiento a tal resolución;

Tercero: Que, en el Acuerdo Extrajudicial, Nestlé señaló que, desde la dictación de la Resolución N° 57/2019, inició un trabajo para asegurarse de que sus pautas de precios y contratos de compra de leche fresca, que celebra con productores, se ajusten a lo dispuesto en dicha resolución. Para tales efectos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nestlé se obliga a excluir de sus pautas de precios y contratos, toda cláusula que pueda obstaculizar la movilidad de los productores de leche fresca y que pueda resultar, de facto, en una tratativa exclusiva. En particular, se obliga a ejecutar los siguientes compromisos, dentro del plazo de 90 días contados desde que la resolución que apruebe el Acuerdo Extrajudicial se encuentre firme y ejecutoriada:

- i. Eliminar toda cláusula o condición comercial que pudiera entenderse como una obligación del proveedor de suministrar a Nestlé la totalidad de su producción lechera, o de su capacidad de producción anual o mensual, durante la vigencia del contrato o relación comercial, por una parte; y la obligación de Nestlé de adquirir la totalidad de la producción lechera que genere el proveedor durante la vigencia del contrato;
- ii. Abstenerse a futuro, de incorporar en sus pautas de pago y contratos cualquier requisito de volumen mínimo de entrega de leche para acceder a contratos;
- iii. Eliminar y abstenerse a futuro de incorporar en sus pautas de pago y contratos, toda bonificación o pago que dependa exclusivamente de la firma del contrato o mantención de la relación comercial, de modo tal, que no se otorguen mejores condiciones de pago por duración o permanencia como proveedor de Nestlé. De esta forma, se debe eliminar o sustituir la “Bonificación de contrato” que se encuentra incorporada en los contratos actualmente vigentes. No se entenderán como bonos de dicha especie, aquéllos que se paguen contra el cumplimiento de volúmenes planificados o de compromisos de entrega, siempre que los volúmenes comprometidos hayan sido libremente aceptados o propuestos por el productor y que la liquidación y pago de los bonos sea mensual;
- iv. Establecer como cláusula de salida a sus contratos un preaviso máximo de 30 días, sin sanción alguna para el productor. Esta cláusula será incorporada en los contratos vigentes actualmente y en los que celebre en el futuro;
- v. Informar a la FNE, dentro del plazo establecido en el encabezado de estos compromisos, el número de contratos que eliminaron y/o modificaron las cláusulas señaladas en los numerales i), ii), iii) y iv) precedentes, remitiendo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

copia de cada uno de ellos;

En caso de que no haya sido posible implementar tales compromisos, o que el productor no haya consentido en ellos, Nestlé deberá comunicar por correo electrónico y carta certificada su renuncia unilateral y expresa a los derechos contractuales de ejercer acciones contra productores por incumplimientos relacionados con las cláusulas o condiciones señaladas en los literales i) y iv) precedentes, a más tardar el día 89 del plazo. Tratándose de los numerales ii) y iii) precedentes, Nestlé únicamente podrá mantener las cláusulas o condiciones comerciales actualmente vigentes hasta el vencimiento de los respectivos contratos, absteniéndose de pactarlas o incluirlas en una posterior renovación o suscripción, de conformidad a los compromisos adquiridos en este documento.

Para llevar a cabo los compromisos anteriores, una vez que la resolución que apruebe el presente Acuerdo Extrajudicial quede firme y ejecutoriada, Nestlé se comunicará con los productores que tienen contratos vigentes, para solicitarles hacer los ajustes antes indicados. Con independencia de la fecha en que se suscriba el nuevo contrato con cada uno de los productores, éste entraría a regir transcurridos 90 días desde que la resolución que apruebe el presente Acuerdo Extrajudicial se encuentre firme y ejecutoriada;

- vi. Eliminar en sus pautas de pago actuales la bonificación por volumen anual de entrega en litros ("VADE"). En su reemplazo, Nestlé podrá establecer una bonificación por volumen mensual, considerando únicamente para efectos del cálculo del bono las entregas del respectivo mes en que se liquida y paga la bonificación. Se deja constancia que Nestlé podrá establecer bonificaciones por cumplimiento de entregas planificadas, con tramos de volumen comprometido mensual, para aquellos productores que opten por suscribir contratos de compra de leche fresca, bono que de todos modos deberá constar en la pauta de pago respectiva;
- vii. Eliminar o modificar los siguientes bonos contenidos en las pautas de pago vigentes de Nestlé: (i) "Fomento Productivo"; (ii) "Bonificación por crecimiento"; y, (iii) "Bonificación por proyectos productivos". Dichas supresiones o modificaciones se realizarán de modo que la estructura de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dichos bonos o de los que los reemplacen en el futuro no consideren, como factor de cálculo de la bonificación ni para ningún efecto, las entregas realizadas por el productor en períodos pasados sean o no de los meses de invierno;

- viii. Modificar o complementar la redacción de la “Bonificación medioambiental”, establecida en las pautas de pago vigentes de Nestlé, de modo de incluir la información asociada a sus condiciones de otorgamiento y a los descuentos proporcionales que proceden en caso de obtener el productor resultados inferiores al máximo en las auditorías. La forma de cálculo de este bono y la de cualquier otro que Nestlé establezca a futuro, deberá ser autocontenida, no otorgando a la procesadora espacios de discrecionalidad en cuanto a su entrega y al nivel de pago respectivo. Los manuales o procedimientos para la implementación de este bono se entenderán que forman parte de las correspondientes pautas de pago y deberán mantenerse permanentemente en la página web y/o plataforma en que se publiquen éstas y en los lugares en que se encuentren a disposición de los productores. Cualquier modificación a estos manuales o directrices de procedimiento deberá publicarse cumpliendo las mismas condiciones establecidas en la Sentencia N° 7 respecto de las pautas de precios;
- ix. Publicar en su página web https://www.productoresnestle.cl/pages/pautas_pago, en un lugar visible, copia íntegra del Acuerdo Extrajudicial y mantenerla disponible, a lo menos, durante seis meses; Transcurridos 60 días desde que la resolución que aprueba el presente Acuerdo Extrajudicial quede firme y ejecutoriada, Nestlé publicará una nueva pauta que incorporaría todos los cambios antes señalados, la que entrará a regir 30 días después.

Cuarto: Que, en la audiencia de rigor, la FNE y Nestlé ratificaron los términos del Acuerdo Extrajudicial y solicitaron su aprobación;

Quinto: Que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el análisis de un acuerdo extrajudicial tiene por objeto establecer si las medidas acordadas entre la FNE y los investigados son suficientes para cautelar la libre competencia en el mercado respectivo. De acuerdo con la misma norma,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el Tribunal sólo puede aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, sin que sea posible disponer medidas adicionales;

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

Séptimo: Que, en cambio, no se observa impedimento alguno para que la FNE pueda celebrar acuerdos extrajudiciales en el marco de investigaciones que tienen por objeto fiscalizar el cumplimiento de sentencias o resoluciones dictadas en esta sede, cuando el acuerdo en cuestión no persigue modificar las medidas o condiciones impuestas, sino que adoptar medidas que busquen adecuar la conducta de los agentes económicos a lo establecido en la resolución respectiva. Lo anterior es sin perjuicio de, claro está, que el acuerdo se pueda rechazar, en definitiva, porque no cautela adecuadamente la libre competencia, lo que se analizará en los considerandos siguientes;

Octavo: Que, en este caso, las obligaciones que asume Nestlé tienen por objeto dar cumplimiento a las medidas impuestas en la Resolución N° 57/2019 y, así, se ha obligado a ajustar sus pautas de precios y contratos de modo de evitar obstaculizar la movilidad de los productores y generar exclusividades de facto, conforme a lo indicado en la sección IV del Acuerdo Extrajudicial;

Noveno: Que, del análisis de las obligaciones asumidas en el Acuerdo Extrajudicial, descritas en los considerandos anteriores, se concluye que éstas cautelan la libre competencia toda vez que son proporcionales y suficientes para poner término a la Investigación FNE;

Décimo: Que, con todo, debe advertirse que la presente decisión recae

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Resolución N° 57/2019 y no implica, por tanto, un pronunciamiento sobre la naturaleza o efectos en la competencia de las condiciones pactadas con los productores de leche (*V. gr.* tipos de contratos o bonos);

Undécimo: Que, en este sentido y tal como se ha fallado anteriormente (por ejemplo, AE N° 16-18; AE N° 17-20; AE N° 18-20; y AE N° 19-20), en el procedimiento contemplado en el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el Tribunal ejerce una potestad de control, cuyo objeto es verificar si el acuerdo cautela la libre competencia (considerando 2°, resolución de 30 de octubre de 2018, fojas 1076, rol AE N° 16-18), y no una función de revisión jurisdiccional y, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo y sus efectos en la libre competencia (considerando 3° de la referida resolución);

Duodécimo: Que, por consiguiente, la aprobación del Acuerdo Extrajudicial no impide que terceros con interés legítimo, que estimaren que los hechos sobre los que versa este acuerdo afectan la libre competencia, puedan presentar las acciones que en su concepto procedan;

SE RESUELVE: Aprobar en todas sus partes el Acuerdo Extrajudicial alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica y Nestlé Chile S.A., que rola a fojas 1.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper estuvo por aprobar el Acuerdo Extrajudicial, además, por no existir demandas ni requerimientos pendientes de resolución por parte de este Tribunal, por los mismos hechos.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol AE N° 20-20

Pronunciada por los Ministros Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Presidente (S), Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Barahona Urzúa y Sr. Rafael Pastor Besoain. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.

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