

Santiago, 10 NOV 2011

VISTOS:

- 1) La denuncia de Lecherías Loncomilla Limitada de 12 de noviembre de 2009, en contra de Savory –división de negocios de Nestlé Chile S.A.–, por supuesto abuso de posición dominante, por medio de conductas que restringirían la competencia en el mercado de los helados hogareños;
- 2) El Informe de la División de Investigaciones de fecha 27 de octubre de 2011;
- 3) Lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 39 y 41 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”); y

CONSIDERANDO:

- 1) Que, con fecha 12 de noviembre de 2009, Lecherías Loncomilla Limitada (“Loncomilla”) presentó una denuncia en contra de Savory, división de negocios de Nestlé Chile S.A. (ambas, indistintamente, “Nestlé-Savory”), dando cuenta de un eventual abuso de posición dominante por parte de la denunciada, desde que habría realizado acciones que impidieron a la empresa Keylogistics Chile S.A. (“Keylogistics”) prestarle sus servicios de operación logística de productos congelados. En efecto, señala que la contratación de Keylogistics habría fracasado, “(...) debido a que Savory les había exigido exclusividad en la prestación de servicio de logística y distribución (...)”¹, específicamente, en cuanto al mercado de los helados se refiere;
- 2) Que, analizados los antecedentes por esta Fiscalía, efectivamente el Contrato de Prestación de Servicios de Operación Logística de fecha 1 de septiembre de 2005, celebrado entre Nestlé-Savory y Keylogistics, contenía una cláusula de exclusividad que impedía a los competidores de Nestlé-Savory en el mercado de helados hogareños, operar con Keylogistics;
- 3) Que la referida disposición corresponde a la Cláusula 6.2 del mismo, la cual establecía lo siguiente: *“Queda entendido que, salvo autorización expresa y por escrito de NESTLÉ, queda terminantemente prohibido para KEYLOGISTICS prestar los servicios que regula este contrato a terceros productores de helados distintos de NESTLÉ [2]. Sin perjuicio de lo anterior, Nestlé declara aceptar que los servicios regulados por el presente contrato no son exclusivos para sí, y que conoce y acepta que KEYLOGISTICS actualmente presta y podrá prestar en el futuro servicios análogos a los regulados en este CONVENIO DE SERVICIOS a terceros que no sean fabricantes o productores de helados, aún cuando estos terceros sean competidores de NESTLÉ como, por ejemplo, en el caso de los productos alimenticios congelados. En todo caso, KEYLOGISTICS se obliga a tomar todas las medidas que sean necesarias para impedir que la prestación de*

¹ Página 4, Denuncia de Loncomilla, de fecha 12 de noviembre de 2009.

² Para efectos del análisis, los servicios considerados dentro del contrato correspondían a los de (i) recepción y depósito de productos; (ii) reacondicionamiento y entrega de pedidos; (iii) manejo de devoluciones; y (iv) otros derivados de los anteriores.

servicios a terceros perturbe, menoscabe o impida el cumplimiento oportuno de los términos del presente CONVENIO DE SERVICIOS. En este sentido, queda expresamente convenido entre las PARTES que en el caso de una eventual restricción de capacidad de KEYLOGISTICS en función de incremento de la demanda o de cualquier otro motivo, ésta se compromete a dar preferencia a la prestación de los SERVICIOS abarcando los PRODUCTOS, frente a la prestación de servicios análogos a terceros”³;

- 4) Que, en términos generales, las cláusulas de exclusividad suscritas entre empresas con poder de mercado y sus proveedores de insumos o servicios, afectarán la libre competencia cuando, en los hechos, resulten aptas para excluir del mercado a sus competidores (por ejemplo, por la vía de privarlos de acceso a un insumo esencial) o constituyan a lo menos una herramienta idónea para incrementar artificialmente los costos de los mismos;
- 5) Que, no obstante lo anterior, las cláusulas de exclusividad podrían encontrar justificación en razones de eficiencia, en la medida que el beneficio que esto conlleve para los consumidores, sea superior al daño producido a los mismos con ocasión de la erosión del proceso competitivo introducido por la exclusividad;
- 6) Que, además de acreditarse lo anterior, quien suscribe la exclusividad deberá demostrar que aquélla resulta necesaria y razonablemente proporcional para la realización de las eficiencias. Lo anterior implica probar que dichas eficiencias no resultaban alcanzables mediante otros medios menos restrictivos de la competencia, y que el ámbito material, temporal y geográfico de la exclusividad se encuentra acotado a lo estrictamente necesario para la materialización de las mismas;
- 7) Que en lo relativo al presente caso, la cláusula de exclusividad privó por un tiempo determinado a la denunciante de la posibilidad de contratar los servicios incluidos en el contrato y que eran prestados por Keylogistics a Nestlé-Savory, impidiéndole, a juicio de la denunciante, aumentar su cobertura de distribución de helados para el hogar;
- 8) Que, no obstante lo anterior, la denunciante de todas formas ha podido seguir desarrollando su negocio y en los hechos, desde 2009 a la fecha, el número de supermercados atendidos por Loncomilla ha aumentado en torno al 30%, según la propia empresa señaló ante esta Fiscalía, con fecha 13 de octubre de 2011;
- 9) Que, por otro lado, se constató que parte relevante de las ventajas comparativas que exhibe Keylogistics en materia de logística y distribución de helados, surgieron como consecuencia directa de la relación contractual y de negocio con Nestlé-Savory, lo que permitió a la primera, prestar un servicio hasta entonces no otorgado y en el que difícilmente podría haber incursionado con el grado de eficiencia en que lo hizo, sin el traspaso de información relevante del negocio (*know how*) por parte de la denunciada;
- 10) Que, a su turno, la referida relación contractual y de negocio permitió a Nestlé-Savory externalizar una operación hasta entonces integrada, tercerización que

³ Página 5, Cláusula 6.2, Contrato de Prestación de fecha 1 de septiembre de 2005.

posiblemente no habría tenido lugar si es que la denunciada no hubiese podido establecer una exclusividad contractual que impidiese a sus competidores contratar con Keylogistics, beneficiándose de la información relevante transferida;

- 11) Que, sin perjuicio de lo anterior, una transferencia de conocimientos de esta naturaleza no permite justificar la mantención indefinida de una cláusula de exclusividad, pues la restricción de la competencia debe ser necesaria y razonablemente proporcional para la realización de las eficiencias;
- 12) Que, en relación a esto, la cláusula sólo estuvo vigente hasta agosto de 2009, fecha en la que el primer contrato entre las partes terminó y comenzó a regir el segundo convenio entre las mismas, que no cuenta con la cláusula de exclusividad analizada;
- 13) Que, concluyentemente, a juicio de esta Fiscalía no es posible entender que exista en este caso un hecho constitutivo de infracción al DL 211, que justifique interponer una acción ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo cual no impide que la propia empresa denunciante pueda interponer, en caso de estimarlo pertinente, las acciones correspondientes ante el referido Tribunal;
- 14) Que, a pesar de lo indicado, esta Fiscalía estará atenta a que, por un lado, no esté operando de hecho una exclusividad que impida a terceros poder acceder a los servicios de Keylogistics y, por otro, a la estipulación de eventuales cláusulas de exclusividad en futuros contratos celebrados por Nestlé Chile S.A.;

RESUELVO:

1°.- **ARCHÍVESE** el expediente Rol N° 1604-09 FNE, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y, especialmente, la facultad de apertura de investigaciones en el futuro ante un cambio de las circunstancias actuales o la presentación de nuevos antecedentes.

2°.- **ANÓTESE y COMUNÍQUESE.**

Rol N° 1604-09 FNE (A).


FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO