

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

Nº7 - MAYO 2021

CASO SUPERMERCADOS



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

1. RESUMEN DEL CASO

La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), Cencosud S.A. (“Cencosud”), SMU S.A. (“SMU”), Walmart Chile S.A. (Walmart), la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“Conadecus”) y la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (“Odecu”) interponen reclamaciones en contra de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2019 del Tribunal de Defensa de la libre Competencia (“TDLC”) que acogió el requerimiento interpuesto por la FNE en contra de los tres supermercados declarando la infracción del artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211 (“DL 211”), al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011. Como consecuencia de lo anterior, el TDLC condenó al pago de una multa de 5.766 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”) a Cencosud; 3.438 UTA a SMU y 4.743 UTA a Walmart, además de imponerles la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y condenarlas en costas.

En sentencia de fecha 8 de abril de 2020 la Corte Suprema rechaza los requerimientos de Cencosud, SMU y Walmart, y acoge el requerimiento de la FNE y, parcialmente, el de Conadecus y la Odecu por las consideraciones que se exponen a continuación.

En primer lugar se desecha la alegación de Cencosud de falta de legitimación pasiva dado que la empresa Cencosud Retail S.A. realizaría la explotación, gestión y administración de los supermercados. Sobre el particular, la Corte razona en el considerando segundo de la misma forma que el tribunal a quo, en tanto se tuvo por establecido que Cencosud Retail S.A. puede ser considerada como una sola unidad económica con su matriz, puesto que poseen unidad de dirección, lo cual quedó demostrado por la circunstancia no discutida que la propiedad mayoritaria de la primera pertenece a Cencosud S.A., y, de manera aún más patente, fluye de la propia declaración de su representante legal que consta en el proceso.

Luego, la Corte reitera lo ya señalado en fallos anteriores (a modo ejemplar, Roles CS N°2578-2012, N°5609-2015 y, más recientemente, el N°278-2019) respecto a los elementos esenciales que configuran la colusión, siendo estos los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo. A lo anterior, agrega en el considerando octavo, que el hecho de tratarse o no del ilícito comúnmente denominado “hub & spoke”, un acuerdo colusorio o una práctica concertada no es lo relevante, sino que la existencia de una voluntad común para el acatamiento de una regla cuya observancia fue, además, exigida por la competencia, todo lo cual ciertamente produjo efectos anticompetitivos, en tanto se alteró el precio que el consumidor debe pagar.

A continuación, la Corte se hace cargo de las alegaciones de las requeridas en las cuales reprocha la forma en que el TDLC abordó el análisis de los antecedentes aportados. Al respecto la Corte señala que la referencia que los sentenciadores hacen a una ponderación “de manera holística”, no es más que una apreciación sistemática de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, lo cual siempre exige que en la sentencia deban precisarse necesariamente las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud se asigna valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. A lo anterior agrega, en el

considerando duodécimo, que entregar a esta ponderación el calificativo de “holística”, no exige a los sentenciadores de la obligación de realizar una valoración comparativa de los medios de prueba rendidos, esto es, determinando el valor de convicción que tiene el conjunto de pruebas aportadas, contrastarlas, analizar en qué se oponen unas a otras y, finalmente, decidir cuáles de ellas resultan más convincentes. En otras palabras, establecer el mérito o eficacia probatoria de los distintos antecedentes aportados en el proceso. Al respecto, la Corte Suprema considera suficientemente acreditada la participación de las tres requeridas mediante distintos medios de prueba (correos electrónicos, minutas internas y declaraciones testimoniales). La revisión de estos antecedentes se encuentra en los considerandos 19 y siguientes para el caso de Cencosud, 22 y siguientes para Walmart y 24 y siguientes en el caso de SMU.

Respecto al objeto del acuerdo propiamente tal se sostiene en el considerando vigésimo octavo que no se reprocha que la venta sea bajo el costo -en la medida que no se configure una práctica de precios predatorios- dado que no es en sí misma una actuación ilícita y puede de manera legítima formar parte de la estrategia comercial o de posicionamiento de un actor determinado del mercado. Tampoco se cuestiona la circunstancia de que los supermercados hubieren llevado un catastro de los precios de su competencia, a fin de compararlos con los propios y así evaluar cuál es su posición en el mercado, en la medida que se trate de información pública disponible en las salas de ventas de cada uno de los establecimientos (incluso, se señala, que existen empresas que ofrecen dentro de sus servicios, el procesamiento y entrega de estos antecedentes). Específicamente aquello que se reprocha de los supermercados radica en que la fijación de sus precios promocionales no fue libre, puesto que estuvo condicionada a una regla que acataron bajo el entendimiento que sus competidoras también lo harían, formulando reparos cuando ello no ocurría, los cuales se canalizaron a través de los proveedores que, a mayor abundamiento, tenían también un acuerdo relativo a cuotas de producción. Todo esto se verificó, a lo menos, entre los años 2008 y 2011 y significó que el valor de venta al consumidor final de carne de pollo fresca no se estableció a la luz de la oferta y la demanda, sino que se vio intervenido por un patrón de conducta de los oferentes, con el consiguiente perjuicio a los consumidores en relación a un producto altamente demandado a nivel nacional y difícilmente sustituible.

Como fue señalado precedentemente, los reparos fueron canalizados a través de los productores de pollo condenados por haber acordado cuotas de producción en la sentencia CS Rol N°27.181-2014. Dicha colusión, según explica el considerando trigésimo de la sentencia en comento, permite comprender la participación de los proveedores en la coordinación de los supermercados para el cumplimiento de la regla de fijación de precios, puesto que una guerra de precios entre ellos necesariamente significaría una mayor demanda que, atendido el establecimiento de las referidas cuotas, los productores habían acordado no solventar. Por otro lado, la regla también beneficiaba a las requeridas, puesto que les permitía contar con una banda de precios constante que impediría el éxodo de clientes a las salas de venta de la competencia y, en ese sentido, fue seguida, acatada y monitoreada por los supermercados.

En cuanto al requisito de “conferir poder de mercado”, de acuerdo al antiguo artículo 3° inciso segundo letra a), establecido por la Ley N°20.361 de 13 de julio de 2009, sin duda se encontraría satisfecho dado que se trata de un mercado relevante en el que los supermercados requeridos tienen alta participación. Además, el acuerdo incidió en el valor de la carne de pollo fresca, un producto que es de alto consumo en el mercado nacional, erigiéndose como uno de los elementos importantes de la canasta básica familiar. A su vez, la Corte concuerda con lo señalado por la FNE en su requerimiento, esto es, que si bien la

...

señalada regla tenía aplicación únicamente en los precios promocionales, lo cierto es que aquel universo de precios promocionales ocurre en un escenario colusivo y afectaba a todas las ventas de pollo fresco, de modo que es lógico concluir que, de haberse fijado libremente los precios, el número de promociones hubiere sido mayor a aquel que efectivamente se verificó bajo el imperio de la regla.

Una vez acreditada la infracción, la Corte se pronuncia sobre la multa impuesta por el TDLC en el considerando cuadragésimo séptimo, criticando la noción de “ventas afectas” construida por el Tribunal por resultar limitada y no reflejar el real alcance de los efectos del acuerdo colusorio de acuerdo a lo argumentado en el párrafo anterior sobre el número de promociones. A lo anterior, agrega que la multa no considera los efectos que el acuerdo tuvo sobre la demanda de otros productos y el mercado en general. Como ya se ha dicho, la naturaleza especial del pollo fresco como producto ampliamente demandado en nuestro país -añadida a la multiplicidad de productos comercializados por los supermercados- provoca que una variación del precio del pollo influya en la decisión de los consumidores de acudir a uno u otro comercio y, en el marco de dichas visitas, adquirir también otros bienes. Por dichas razones, tomando también en consideración la gravedad de la conducta, la Corte estima que el perjuicio causado por los actos colusorios resulta merecedor de un castigo pecuniario ascendente al doble de las multas fijadas por el TDLC.

Finalmente, hay dos aspectos adicionales sobre los que se pronuncia la Corte Suprema. El primero de ellos es respecto de los programas de cumplimiento. En concepto de la Corte debe considerarse que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativo, dado que, en efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley. Es más, a modo ejemplar, señala que la delación compensada, que sí está sancionada como una eximente en el artículo 39 bis del DL 211, únicamente opera para la imposición de un castigo pecuniario, pero no exonera a la delatora, como tampoco impide que se le apliquen sanciones de otro tipo.

En cuanto al programa de cumplimiento como atenuante considera que un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en este caso, que se extendió por a lo menos 4 años -según el requerimiento de la FNE-, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción.

El segundo de ellos es que la Corte se pronuncia, en concordancia con lo expuesto por Conadecus y Odecu, sobre el mérito de la investigación desplegada por la FNE. Durante la investigación se solicitaron antecedentes a proveedores de productos distintos a la carne de pollo fresca (a saber, carne de cerdo, carne de vacuno, vinos, lácteos, bebidas gaseosas, entre otros), respecto de los cuales no consta que se haya profundizado en la investigación de una regla análoga u otras actuaciones o conductas reñidas con la libre competencia, por lo cual ordena que se remitan nuevamente los antecedentes al órgano administrativo, a fin que se indague sobre el particular y se decida en relación a la necesidad de medidas correctivas o prohibitivas en otros mercados.

2. FICHA JURIPRUDENCIAL

ÓRGANO COMPETENTE	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Suprema
TIPO DE ACCIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Contencioso Tipo de Acción • Recurso de reclamación
CONDUCTA	<ul style="list-style-type: none"> • Denegación de Acceso a la Información Pública.
PARTES	<ul style="list-style-type: none"> • Fiscalía Nacional Económica • Cencosud S.A. • SMU S.A. • Walmart Chile S.A. • Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile • Organización de Consumidores y Usuarios de Chile
ROL	<ul style="list-style-type: none"> • N° 9361-2019
N° SENTENCIA	<ul style="list-style-type: none"> • N° 9361-2019
FECHA	<ul style="list-style-type: none"> • 08/04/2020
RESULTADO	<ul style="list-style-type: none"> • Se rechazan los recursos presentados por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A. • Se acoge recurso presentado por la Fiscalía Nacional Económica • Se acoge parcialmente el recurso presentado por Odecu y Conadecus
HECHOS	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Suprema acoge reclamación de la FNE contra Cencosud, SMU y Walmart por colusión en el mercado de carne de pollo fresca, sancionando con el doble de la multa original.
MERCADO RELEVANTE	<ul style="list-style-type: none"> • Venta minorista de carne de pollo fresca en el territorio nacional
TEORÍA DE DAÑO APLICADA POR LA AUTORIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte Suprema aumenta las multas a todos los supermercados involucrados. El TDLC calculó la multa en base a un porcentaje del total de ventas. Sin embargo, para la Corte Suprema, ese porcentaje no refleja el alcance de los efectos. Por lo anterior, sube las multas al doble.

REFERENCIAS

https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Sentencia-Corte-Supremacausa-304-2016.pdf