

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 167/2019.

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. El 6 de enero de 2016, a fojas 15, la FNE presentó un requerimiento en contra de Cencosud, SMU y Walmart, en el cual solicitó a este H. Tribunal declarar que las cadenas requeridas habrían infringido el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211"), por haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinada a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista. Tal conducta se habría ejecutado al menos entre los años 2008 y 2011, restringiendo o tendiendo a restringir la competencia en precios en el mercado de comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales. Con esto, las cadenas habrían adherido conscientemente a un esquema común que habría sustituido los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. La FNE solicita ordenar el cese de tal conducta, prohibirla hacia el futuro y condenar a las Cadenas Requeridas al pago de multas, todo con expresa condena en costas.

1.1 La FNE señala que tomó conocimiento de los mismos con ocasión de la investigación de la FNE N° 1952-11. La FNE acusa a las cadenas requeridas de un acuerdo o práctica concertada consistente en haber observado y exigido, en forma colectiva y por medio de sus proveedores comunes, que, al menos entre los años 2008 y 2011, sus competidores aplicaran una regla que buscaba impedir la venta de pollo fresco en supermercados bajo su costo de adquisición mayorista (o precio de lista, precio de referencia o costo, indistintamente). Este precio mínimo de venta estaría dado por el precio de lista, más IVA. Las cadenas requeridas habrían actuado bajo el conocimiento de que los demás competidores se encontraban sujetos a la misma regla y habrían supeditado el cumplimiento de la regla al seguimiento de la misma por parte de sus competidores. Señala que el origen de esta regla no sería claro y que no habría formado parte de los acuerdos comerciales, pero que las comunicaciones entre los encargados de la compra de los productos de los supermercados (*Product Manager* o PM) y los encargados de venta de cada categoría por el lado de los proveedores (*Key Account Manager* o KAM) darían cuenta de su operación cotidiana.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.2 El precio de lista no consideraría descuentos transitorios ni cobros por conceptos de *back*, cuya existencia hace que el precio de lista sea mayor al verdadero costo de los supermercados. Por esto, al aplicar la regla las cadenas habrían garantizado que los ingresos por conceptos de *back* y de descuento promocional no fueran traspasados vía precio a los consumidores. Agrega que las empresas avícolas habrían tenido un único precio de lista mayorista para las cadenas requeridas.

1.3 La FNE alega que la forma en que las cadenas requeridas observaron y exigieron la aplicación de la regla constituye un acuerdo o práctica concertada entre ellas, destinado a fijar un precio mínimo de venta para los distintos productos de la categoría de pollo fresco. Acusa a las cadenas de monitorear activamente los eventuales incumplimientos de la regla comparando los precios de venta a público con los de salas definidas como competencia relevante (o *clusters*), a través tanto de personal interno como de empresas externas. La FNE alega que Cencosud y Walmart habrían tenido mecanismos formales de reporte de precios bajo costo en la competencia, los que habrían sido de cargo de área de precios o *pricing*. Señala que las cadenas habrían solicitado al proveedor intervenir para reestablecer el imperio de la regla. La información se habría enviado al área comercial de las cadenas, la que se habría puesto en contacto telefónicamente con los proveedores de pollo y, de manera excepcional, por medio de correos electrónicos, para realizar los reclamos indicando el incumplimiento y, en ocasiones, buscando expresamente que los proveedores gestionaran el alza de los precios en la competencia. En todos los casos, las cadenas habrían asumido que los proveedores actuarían como intermediarios, transmitiendo y gestionando la regularización del precio de venta a público de la competencia, pudiendo incluso supeditar el abastecimiento del producto a la aplicación de la regla.

1.4 La FNE señala que el objetivo de la conducta imputada habría sido regularizar el mercado y evitar guerras de precios entre los supermercados; y que existiría evidencia de que estas interacciones con proveedores se habrían dado también respecto de otros productos de la canasta

1.5 Respecto del mercado, la FNE señala que en la Industria supermercadista existen fuertes barreras a la entrada (especialmente ventajas de costos y estratégicas) y una alta concentración, por lo que las cadenas requeridas gozan de un significativo poder de mercado producto del acuerdo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6 Las cadenas requeridas serían los principales oferentes a nivel nacional, siendo Walmart el principal actor, con una participación de 36,4% entre 2010 y 2011; luego, Cencosud con 28,4%; y, finalmente, SMU, fundada en febrero de 2008 y que habría alcanzado 27,7% de participación en 2011.

1.7 Indica que en el mercado de supermercados participan tres tipos de agentes económicos (proveedores, supermercados y consumidores), cuyas dinámicas originan dos mercados: uno aguas arriba, definido por el vínculo entre el proveedor y el supermercado; y otro aguas abajo, determinado por la interacción entre el supermercado y el consumidor. Señala que el mercado relevante aguas abajo ha sido definido por este Tribunal como “el de aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales”. La FNE considera que siendo uno de los atributos del mercado la gran variedad de productos ofrecidos (al menos en las compras de abastecimiento), los consumidores no deciden comprar en función de los precios individualmente considerados (*one stop shopping*). Por ello estima que los supermercados, en conjunto, pueden ejercer poder de mercado respecto de uno o más productos sin que el canal tradicional constituya un sustituto cercano.

1.8 Luego precisa que, atendida la imputación, el mercado relevante afectado se limitaría exclusivamente a la “comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales”, en el cual las participaciones de las cadenas requeridas serían de 34,05% para Cencosud, 33,68% para Walmart; y 23,50% para SMU.

1.9 En cuanto al mercado geográfico indica que, si bien se ha definido como fundamentalmente local en otras ocasiones, en este caso está constituido por todo el territorio chileno por cuanto las Requeridas han observado y exigido la aplicación recíproca de la regla para fijar un precio mínimo de venta de carne pollo fresca a nivel nacional.

1.10 Respecto del derecho, la FNE argumenta que concurrirían cada uno de los elementos normativos que configuran la conducta del artículo 3 incisos primero y segundo letra a), del D.L. N° 211. Alega que existe un acuerdo o práctica concertada cuando dos o más competidores, en forma consciente, sustituyen estrategias competitivas autónomas e independientes por estrategias cooperativas. Este sería el caso porque las cadenas requeridas habrían buscado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de forma consciente y sistemática influir en la conducta de sus competidores a través de sus proveedores y limitar la independencia con que cada una de ellas debe definir sus estrategias competitivas. De esta forma, habrían adherido conscientemente a un esquema común que sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas, lo que constituiría un acuerdo o práctica concertada en los términos del artículo 3° inciso primero y segundo letra a). Adicionalmente, las requeridas infringirían la disposición al condicionar su adhesión a la regla a que sus competidores adhieran también a ella.

1.11 El acuerdo o práctica concertada les habría conferido poder de mercado, por cuanto, en conjunto las cadenas alcanzaron en 2011 más de 91% de participación en las ventas de pollo fresco en el canal supermercado; y habría tenido por objeto afectar una variable competitiva, cual es los precios de venta a público de los distintos productos de la categoría pollo fresco, en condiciones que el precio es el factor más relevante de competencia.

1.12 La FNE solicita la sanción teniendo en consideración que la conducta restringe o tiende a restringir la libre competencia en la comercialización de pollo fresco entre supermercados porque: (i) disminuye la incertidumbre sobre el comportamiento estratégico y competitivo de las firmas rivales; (ii) el costo de adquisición no consideraría los descuentos ni los cobros por concepto de *back* que inciden a la baja en la determinación del costo neto o efectivo de las cadenas; (iii) que existirían productos de alta recordación para los consumidores, respecto de los que existen incentivos para vender incluso bajo el costo, ente ellos, la categoría de pollo fresco; y (iv) que Walmart ha sido sancionada anteriormente en esta sede en la Sentencia N° 103/2010.

1.13 En consecuencia, la FNE considera que la gravedad de las circunstancias de este caso, la sensibilidad del mercado involucrado y los beneficios económicos obtenidos por las Requeridas justificarían la aplicación del 10% de multa sobre las ventas de la categoría para cada uno de los años previstos, lo que supera el monto máximo de 30.000 UTA.

1.14 Finaliza lo principal del requerimiento con el petitorio, en el que la FNE solicita a este Tribunal tener por deducido el requerimiento en contra de Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar que las Requeridas por sí y/o a través de las relacionadas han ejecutado y celebrado las conductas, en infracción del artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, de manera que: (i) se les ordene el cese

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inmediato de este tipo de prácticas y se les prohíba ejecutarlas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de sus personas relacionadas, bajo apercibimiento de ser consideradas reincidentes; (ii) se les imponga una multa de 30.000 unidades tributarias anuales o aquel monto que el H. Tribunal estime corresponder en derecho; y (iii) se les condene al pago de las costas de autos.

2. A fojas 67, el 14 de enero de 2016 CONADECUS solicita hacerse parte en estos autos. La corporación da por reproducidos todos los argumentos de hecho y de derecho invocados por la Fiscalía en su Requerimiento y da cuenta de consideraciones sobre la conducta objeto de este juicio. Hace presente que en el Requerimiento se daría cuenta de conductas colusivas ejecutadas por las Requeridas, pero que no forman parte de la acusación principal. En este sentido, subraya los antecedentes acompañados por la FNE que harían referencia a conversaciones entre las Requeridas sobre productos como la carne de cerdo, la carne de pavo y los vinos, entre otros, los que, además, habría sido publicado por la prensa. Al respecto, hace presente que, si bien no ampliará su acusación respecto de tales productos, se reserva todas las acciones y derechos a fin de ejercer las acciones que estime pertinentes.

2.1 Señala que es una corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objetivo es proteger, informar y educar a los consumidores, así como asumir su representación y la defensa de sus derechos. Por ello y por lo dispuesto en la Ley del Consumidor, CONADECUS tendría un interés legítimo en este proceso y, por lo mismo, legitimación activa para participar como tercero.

2.2 CONADECUS solicita que se la tenga como parte en estos autos, se acoja el requerimiento y se sancione a Cencosud SA, SMU S.A. y Walmart S.A., con costas, por el máximo de las multas contempladas en el D.L. N° 211, por haber celebrado y ejecutado acuerdos con el objeto de fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en sus diversos supermercados, que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista –al menos, entre los años 2008 y 2011-, restringiendo o tendiendo a restringir la competencia en precios en el mercado de comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales.

3. El 24 de febrero de 2016, a fojas 222, Walmart Chile S.A. contestó el Requerimiento solicitando su total rechazo, con costas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1 La compañía indica que desde sus orígenes ha tenido una propuesta de valor centrada en precios bajos y con la entrada de Walmart en 2009 se habrían incorporado sus dos políticas orientadoras: la búsqueda de precios bajos bajo la sigla EDLP (Every Day Low Prices); y el apego a la normativa de la libre competencia, siempre con miras a la obtención de una rentabilidad razonable. Esto habría significado un proceso de ajuste al interior de la compañía que se habría vivido durante el período acusado y que habría traído cambios en la industria, siendo Walmart el *retailer* mejor evaluado. Lo anterior, cuestionaría la sistematicidad de las conductas.

3.2 Luego, Walmart señala presenta su estructura y funcionamiento en Chile, en relación con la compra de productos y su posterior venta al público; y la relación entre el área notamente comercial y la de pricing. Señala que la conducta imputada sería incompatible con su estructura organizacional, lo que no habría sido considerado por el Requerimiento, el que no da cuenta de dicha estructura. Esta estructura consistiría en que el área de compra o adquisición de productos de proveedores (aguas arriba) se encontraría separada de su área de pricing o de venta a clientes (aguas abajo). Ambas áreas tendrían incentivos y objetivos distintos y contrapuestos, y habrían sido creadas como un mecanismo de *check and balance* estructural que evitaría que el área de compras maximice sus incentivos de rentabilidad subiendo los precios a los clientes. Aguas arriba, examina la relación entre los compradores de Walmart y los proveedores, describe las políticas y condiciones que los rigen, y señala que las negociaciones entre ambos deben ser estrictamente bilaterales e individuales. Aguas abajo, por su parte, hace presente que las políticas de fijación de precios y de posicionamiento del área de pricing serían autónomas y que su único objetivo sería velar porque los clientes encuentren siempre precios bajos en las salas de Walmart. Agrega que su decisión de vender o no bajo el costo, no respondería a la teoría del Requerimiento sino a estrategias unilaterales e incentivos propios de la compañía como potenciar la venta de un producto, potenciar la venta de otros (*loss leading*), posicionamiento o hacer frente al sobre-stock. Considera que la explicación de su funcionamiento permitiría comprender la racionalidad del actuar de la compañía y no sería consistente con la existencia de una supuesta regla, acuerdo o práctica concertada.

3.3 Con respecto al mercado, Walmart indica, que el Requerimiento incurriría en errores de análisis respecto del mercado relevante que le impedirían alcanzar conclusiones certeras, en cuanto la FNE: (i) omitiría el mercado aguas arriba, el que estaría íntimamente conexo con el mercado aguas abajo en el que los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productores estaban cartelizados, por lo que no tendría lógica que éstos facilitaran un acuerdo o práctica concertada entre los supermercados porque afectarían las rentas de coordinación y las cantidades pactadas y canibalizaría sus rentas colusorias; (ii) omitiría el análisis del rol disciplinador de las importaciones de pollo congelado, cuya penetración impulsó Walmart lo que, de haber existido un acuerdo o práctica concertada para fijar o estabilizar el precio del pollo fresco nacional, no tendría lógica; (iii) soslayaría el elemento local de la competencia y sería improcedente excluir a Tottus del Requerimiento, porque, a su juicio, un acuerdo o práctica concertada entre los actores de este mercado sólo tendría sentido si todos, o al menos los que tiene una participación considerable, fueran parte de la misma; (iv) no analizaría la evolución de las participaciones durante los años del período acusado; (v) no consideraría la alta concentración del mercado y sus consecuencias; y (vi) no consideraría las promociones y descuentos que hizo Walmart en el período. Al respecto, indica que si Walmart no vende siempre bajo los costos es porque ello no es racional.

3.4 La empresa agrega que el mercado conexo es la industria de producción, distribución y comercialización mayorista de pollo nacional, el mercado aguas arriba, y concluye que no es correcto ni económicamente racional asumir que las interacciones verticales entre Walmart y sus proveedores tuvieran una explicación distinta de las normales pugnas en la relación proveedor-distribuidor, menos cuando los primeros actuaban conjuntamente por intermedio de un cartel que intentaba fijar los precios de venta a público finales de Walmart, para evitar la desestabilización de su esquema colusorio.

3.5 Walmart considera que el mercado geográfico es local y está determinado por las isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15'. Por ello los mercados geográficos relevantes en el requerimiento serían muchos.

3.6 Respecto de las conductas imputadas, Walmart alega que el comportamiento de los colaboradores de la compañía era plenamente lícito; desarrolla lo que considera la lógica y racionalidad económica de las relaciones verticales con los proveedores; y presenta lo que considera la teoría alternativa del caso.

3.7 En primer lugar, Walmart analiza las conductas imputadas y los correos acompañados y concluye que eran lícitas y razonadas. Indica que la evidencia sólo daría cuenta de un actuar unilateral e independiente de ciertos colaboradores, quienes en situaciones concretas habrían reaccionado reclamando al ver que el producto les era vendido a un costo superior al precio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en que éste se vendía en el mercado. La evidencia consistiría solo en dos cadenas de correos de 2009 en las que participaron colaboradores de Walmart, en las que no se entregó información sensible ni se buscó recibirla. Alega que las conductas no respondían a la aplicación de una regla producto de un acuerdo o práctica sino a la búsqueda de una rentabilidad razonable y de dar cumplimiento a la estrategia de precios; o bien, a la necesidad de contar con niveles de abastecimiento adecuados de pollo fresco en un mercado que funcionaba deficientemente aguas arriba.

3.8 El comportamiento de los colaboradores (que tenía por objetivo lograr el compromiso de la compañía de EDLP y que se basaba en información pública y disponible) se derivaría de las características de un mercado donde existen muchos roces con los proveedores y se explicaría en que la venta de pollo fresco es relevante para los supermercados. Por ello, no habría sido una opción posiblemente razonable para el comprador reaccionar rebajando los volúmenes comprados del proveedor, como en otros casos, en cuanto el no contar con pollo haría que el cliente castigue al supermercado. Además, se trataría de un producto fresco que no puede almacenarse, cuyas cantidades estaban limitadas ya que, debido al cartel de los pollos, el *fill-rate* y las cantidades ofrecidas no correspondían a un equilibrio competitivo. Señala que la FNE no reflejaría cómo operan los descuentos y backs por cuanto los primeros sí se traspasarían a los consumidores y no serían conocidos por los competidores aguas abajo.

3.9 Walmart indica que la conducta de sus colaboradores cuestionada por la FNE puede y debe explicarse sobre la base de los objetivos e incentivos autónomos de la compañía, sin vinculación con lo que pudiera suceder en la relación de los proveedores concernidos con terceros. Señala que, en todo caso, si hay casos en los que, hace varios años, el uso del lenguaje sugiere otra cosa, se trataría de casos aislados y previos a la implementación del programa de *compliance*, el que reforzó las políticas de competencia, particularmente después de la llegada de Walmart en 2009, por lo que no sería imputable a la compañía o, al menos, no daría cuenta de comportamientos continuos en el tiempo.

3.10 Concluye que cabría una suerte de atipicidad de la conducta por cuanto la FNE juzga con criterios de 2016 el lenguaje usado en correos anteriores y se habría asilado en cierto lenguaje descuidado para construir un caso. Indica que si a partir de incentivos unilaterales e independientes el respectivo proveedor pudo haber buscado, previsto, querido o asumido un efecto contrario a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia o haber implementado un actuar anticompetitivo, sería una materia que la FNE debiera buscar en una investigación dirigida contra actores diferentes a Walmart Chile.

3.11 Luego, Walmart considera que el Requerimiento presenta problemas conceptuales, por cuanto lo imputado no sería un cartel y la FNE incurriría en confusiones conceptuales al hacer sinónimos acuerdo colusorio y práctica concertada. Alega que la Fiscalía debería haber identificado y precisado la infracción específica y, de imputarse un acuerdo, si se trata de uno expreso o tácito. Igualmente, debería haber identificado la precisa participación de Walmart en la conducta imputada y haber cumplido con el estándar probatorio exigible para cada tipo de conducta. Lo imputado no sería un acuerdo colusorio y, a partir de los antecedentes del Requerimiento, no existiría prueba alguna de que Walmart haya concurrido a uno.

3.12 Walmart alega que la verdadera teoría del caso se encuadraría en la hipótesis de una supuesta práctica concertada indirecta del tipo Hub and Spoke o A-B-C, respecto de la cual el estándar probatorio exigido es particularmente estricto. Señala que, para que esta práctica se dé, deben cumplirse con los siguientes requisitos: (i) Entrega de información futura de precios desde un distribuidor A a otro distribuidor C por intermedio de un proveedor B; (ii) Que pueda considerarse que A tuvo la intención de que el proveedor B, al traspasar la información a C, usara la información para influenciar las condiciones de mercado aguas abajo; (iii) El traspaso efectivo de la información por el proveedor B al distribuidor C; (iv) Que pueda considerarse que C conocía las circunstancias en las cuales esa información fue entregada por A a B; y (v) Que C usara efectivamente esa información para adoptar un determinado comportamiento en el mercado aguas abajo en relación con sus políticas futuras de precios. Indica que, al contrario, estas conductas han sido explícitamente prohibidas respecto de sus colaboradores, a quienes se los ha instruido en este sentido. Walmart agrega que este intercambio de información que da lugar a una práctica concertada del tipo descrito es un fenómeno de dos fases, cada una con un elemento de tipo material y otro de tipo mental.

3.13 A juicio de Walmart, la teoría legal de la FNE no se sustentaría en la evidencia jurídica y económica existente en este caso. El Requerimiento carecería de los elementos necesarios para dar cumplimiento a los requisitos jurídicamente exigidos en materia de práctica concertadas del tipo hub and spoke. La FNE no podría pretender una condena basándose exclusivamente en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

evidencia circunstancial cuando existe una explicación razonable y técnicamente fundada de la licitud del comportamiento ni ha acreditado las exigencias que la jurisprudencia internacional ha establecido para que se configure esta conducta. Además, agrega, el punto focal de la práctica concertada descrito en el Requerimiento no era tal por cuanto, si el precio de lista no asumía los descuentos, entonces ni el precio de venta a público ni el precio de lista mayorista pudo haber sido un buen punto focal.

3.14 Walmart estima que la imputación de prácticas concertadas choca con los antecedentes relevantes del caso, tanto de realidad como de racionalidad económica. El Requerimiento no haría sentido económico y el comportamiento económico de la compañía permitiría acreditar que la información, recibida en correos puntuales, no ha sido utilizada ni tampoco considerada al momento de tomar sus propias decisiones de precios. A juicio de Walmart, el Requerimiento sería contra intuitivo ya que acusaría a Walmart de haberse coludido con los competidores para no realizar conductas *loss leading*, cuando dichas conductas son esporádicas y el beneficio de no realizarlas es desproporcionadamente menor al riesgo de coludirse, más aún cuando la jurisprudencia ha sostenido la ilicitud de las ventas bajo el costo. Asimismo, carecería de sentido que los proveedores cartelizados quieran facilitar una colusión aguas abajo, por cuanto con esto canibalizarían sus rentas; siendo más consistente la explicación alternativa según la cual lo que buscaban los proveedores era viabilizar su colusión aguas arriba y garantizar la viabilidad del cartel buscando imponer vertical y unilateralmente los precios de venta a público de los pollos. Walmart, antes que ejecutor de la conducta, habría sido un afectado directo de la misma. Señala que, incluso, Walmart efectuó ventas bajo costo de pollo fresco en caso de promociones lícitas.

3.15 Por todo lo anterior, estima que si hubiera algo de ilícito en las conductas, podría tratarse de un caso de fijación de precios de reventa o *resale price maintenance* por los proveedores, debido a la falta de competencia es aguas arriba, lo que puede tener efectos horizontales pero no por eso calificables de práctica concertada del tipo hub and spoke.

3.16 En consecuencia, la FNE, a juicio de Walmart, transforma erróneamente un eventual caso de conductas unilaterales cometidas por los proveedores en un hipotético caso de ilícitos coordinados aguas abajo.

3.17 Walmart hace presente que luego de más de cuatro años de investigación y en el contexto de los más de 20 mil correos que cada colaborador recibe en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

promedio al año, los correos acompañados no son representativos ni muestran un patrón de comportamiento ni una sistematicidad que explique una supuesta práctica concertada ni instrucciones no consentimiento de la compañía en dicho sentido.

3.18 Concluye que la teoría del caso de la FNE es incorrecta, que el Requerimiento no satisface el estándar legal exigible y que debe ser rechazado.

3.19 Walmart señala que su voluntad ha sido la opuesta a la que sugiere el Requerimiento en cuanto ha desarrollado sus políticas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, reforzándolas desde que en 2009 Walmart tomó el control. Indica que la política es expresa y explícita en cuanto a la condena de cualquier acuerdo o práctica concertada y que ha instruido a los colaboradores sobre cómo la coordinación con competidores, incluida la eventualmente triangulada a través de los proveedores, se encuentra estrictamente prohibida y violenta los valores de la compañía. Por ello, considera que debe ser tratada con estándares aplicables a una empresa que ha puesto como objetivo el respeto a la libre competencia, disponiendo para ello de actividades concretas y demostrables. La conducta expresa y activa de Walmart contradeciría directamente la supuesta continuidad de comportamientos y el presunto patrón de conducta en que se basa el Requerimiento. No considera posible que el estándar exigible sea que la compañía revise la integridad de los correos de sus 49.000 colaboradores y agrega que las dos cadenas de correos son anteriores o coetáneas al inicio de la profundización de la política y que no revelan una política ni reflejan instrucciones, intencionalidad u objetivos, ni una continuidad de comportamientos o la existencia de una supuesta regla.

3.20 Walmart considera que si bien la conducta de sus colaboradores no es constitutiva de ilícitos anticompetitivos y que los correos son aislados, de ser reprochada la conducta de los mismos, debiese ser entendido como una causal de exoneración de responsabilidad infraccional el desarrollo y perfeccionamiento de un sistema de prevención de ilícitos de libre competencia que detalla. Esto, por cuanto es aplicable en este caso, a nivel de principios, la Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica; y en consideración de la jurisprudencia nacional y extranjera, la doctrina comparada y la guía de cumplimiento de la FNE. Los correos acompañados no comprometerían la responsabilidad de la compañía.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.21 Walmart alega que la evidencia allegada por la FNE es insuficiente para dar por acreditada la existencia de un supuesto ilícito anticompetitivo y, menos aún, una participación de Walmart. Dicho servicio debería haber también descartado explicaciones alternativas. La FNE no habría dado cumplimiento al estándar de prueba que le es exigible en este caso el cual se encontraría en un punto intermedio entre el aplicable en sede penal y el aplicable en sede civil. Tratándose de un caso de prácticas concertadas, el estándar sería estricto, de acuerdo a lo dispuesto por la jurisprudencia nacional y extranjera, y los Tribunales locales lo habrían definido como el de prueba clara y concluyente o concluyente e inequívoca. Señala que, si bien la prueba presentada puede ser circunstancial tratándose de prácticas concertadas, ella no puede ser equívoca. Agrega que la FNE no habría investigado con igual celo los antecedentes favorables y desfavorables, omitiéndolos o no analizándolos en su totalidad.

3.22 En subsidio, Walmart interpone excepción de prescripción por cuanto la FNE no habría probado que se trate de una conducta continua y no de actos aislados, ni ha justificado que se trate de conductas aisladas que constituyan una infracción permanente. A juicio de Walmart se trata de hebras independientes y separadas. Por lo mismo, la acción se encontraría prescrita respecto de todas las conductas previas al 20 de enero de 2011, atendido que el Reglamento les fue notificado el 20 de enero de 2016.

3.23 Sin perjuicio de lo anterior y para el evento que el Tribunal no absuelva a Walmart, la compañía solicita que se reduzca considerablemente la multa solicitada. Considera que la multa es excesiva y desproporcionada en cuanto Walmart no obtuvo beneficio económico y porque la FNE no recoge las circunstancias particulares de la compañía, en condiciones que a las multas se les aplica el principio de individualidad y proporcionalidad de las penas, cuáles serían (i) que no habría reincidencia; (ii) la existencia del programa de cumplimiento; (iii) la participación puntual en la supuesta infracción; (iv) la falta de consciencia de la ilicitud; (v) que se habrían cometido las conductas por negligencia y no por dolo; y (vi) que Walmart colaboró en la investigación.

3.24 Solicita tener por contestado el Requerimiento interpuesto en contra de Walmart Chile S.A. y, en definitiva, en atención a los argumentos presentados rechazar en todas sus partes, con costas, el Requerimiento interpuesto por la FNE en base a los argumentos de fondo entregados en esta presentación o a la eximente invocada en su Sección VI. En subsidio, solicita acoger la prescripción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la acción interpuesta; y, en subsidio de lo anterior, reducir sustancialmente la multa solicitada respecto de Walmart Chile S.A.

4. A continuación, el 22 de marzo de 2016 Cencosud presentó su contestación en estos autos, la que rola a fojas 500 y siguientes.

4.1 En primer lugar, Cencosud S.A. opone la excepción de falta de legitimación pasiva y solicita que, en consecuencia, el Requerimiento sea rechazado en todas sus partes, por cuanto éste debiera ir dirigido contra el titular de la conducta que se imputa para que pueda responder en caso de sentencia desfavorable o invocar la excepción de cosa juzgada en caso una sentencia favorable. En consecuencia, si la conducta se desarrolló en el mercado minorista de carne de pollo fresco, en el que el holding Cencosud participaría a través de las banderas Jumbo y Santa Isabel, la acción debió dirigirse en contra de la sociedad que tiene a su cargo la explotación, gestión y administración de los supermercados. En el caso de autos, dicha sociedad no es la matriz Cencosud S.A. sino su filial Cencosud Retail S.A., la que sería la persona jurídica distinta, con patrimonio y directorio propio, empleadora de los dependientes involucrados en las conductas, cuyo objeto social es la explotación de los supermercados envueltos en las conductas.

4.2 Cencosud indica que tampoco concurriría la responsabilidad de la matriz, por cuanto legalmente no existe deber de subordinación entre la matriz y su filial ni entre sus administraciones. Más patente aún lo sería tratándose de responsabilidad infraccional, dónde las multas solo pueden ser impuestas a la persona jurídica correspondiente y a quienes hayan intervenido en la realización del acto respectivo. Agrega que, según lo dispuesto en los artículos 25 c) y 26 del D.L. N° 211, las multas no pueden ser pagadas por cualquier otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial. Agrega que, de acuerdo a la doctrina, la responsabilidad extracontractual por un hecho de la filial se presenta cuando el grupo empresarial artificialmente separa las actividades peligrosas del giro de una matriz carente de solvencia para hacerle frente, lo que no se daría en este caso.

4.3 En subsidio de la excepción opuesta, Cencosud opone excepciones, alegaciones y defensas en contra del Requerimiento, haciendo presente que estas entenderse referidas también a Cencosud Retail, en lo que sea pertinente. Comienza por hacer presente los errores y omisiones en la definición de mercado relevante en que incurriría la FNE en su Requerimiento. En primer lugar, indica que la FNE omitiría referirse al mercado conexo al supermercadista, esto es, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado de producción, distribución y comercialización de carne de pollo fresco (mercado aguas arriba), en condiciones que la conducta imputada habría tenido lugar en la interacción de ambos mercados relacionados y, dependiendo de la calificación jurídica de la conducta, la conducta afectaría a ambos (restricción vertical) o a uno (restricción horizontal). El análisis de ambos mercados dejaría en evidencia que el acuerdo o práctica concertada sería, en realidad, un conjunto de relaciones verticales en que la regla habría sido impuesta por los proveedores relevantes, quienes detentaban un importante poder de negociación y tenían fuertes incentivos para asegurar su cumplimiento.

4.4 El mercado aguas arriba se caracterizaría por ser altamente concentrado, integrado verticalmente y con fuertes barreras a la entrada. En este mercado, Cencosud alega que los supermercados tendrían un bajo poder de negociación frente a los Proveedores Relevantes (especialmente frente a Agrosuper, que sería el proveedor principal de Cencosud a nivel sudamericano), lo que explicaría las fricciones. Finalmente, señala que los proveedores relevantes estaban cartelizados durante el período acusado, siendo los supermercados partes afectadas por dicha colusión.

4.5 El mercado supermercadista o mercado aguas abajo sería, por su parte, un mercado en evolución donde los supermercados ofrecen una gran variedad de productos, donde los consumidores hacen *one stop shopping* para hacer compras de stock. En este mercado participan Jumbo, con una política comercial de binomio calidad-servicio, y Santa Isabel, con una de calidad-precio. Indica que, para ser eficiente en este mercado se deben efectuar ofertas y promociones, por lo que la negociación de las mismas es recurrente. Agrega que, en ciertas zonas geográficas, el canal tradicional (almacenes y carnicerías) ejerce un rol disciplinador. Cencosud alega que la FNE desconoce la competencia existente entre las cadenas, muchas veces agresiva, la que no se condice con la conducta imputada.

4.6 Al definir el mercado geográfico como nacional, la FNE omitiría su dimensión local, especialmente desde el punto de vista del consumidor, por cuanto los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados en ella insertos serán considerados por los consumidores como sustitutos cercanos. Esto habría sido reconocido por la jurisprudencia y está a la base de la organización de los locales de venta por zonas geográficas o clusters. Es por esta dimensión local que la estrategia de precios y ofertas variarían según

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las zonas geográficas o banderas y la participación en los mercados geográficos relevantes no tiene relación directa con la participación a nivel nacional.

4.7 Finalmente, Cencosud S.A. señala que el Requerimiento desconoce la relación comercial entre Cencosud y sus proveedores de pollo fresco, esto es, la interacción del mercado aguas arriba y del mercado aguas abajo a través del *product manager*, en los supermercados, y del *Key Account Manager*, por parte de los proveedores. Indica que, en otras ocasiones, la FNE la ha calificado como relación de socios comerciales aquella entre supermercados y proveedores. En esta relación, el poder de negociación de los proveedores dependería de si se trata de proveedores estratégicos y, en este caso, lo serían, por cuanto la carne de pollo fresco, siendo una categoría de destino que genera importantes volúmenes de venta y es objeto de usuales ofertas y promociones, como habría ocurrido en el período acusado. Así, en la fijación de precios de venta a público promocionales (la que difiere de la fijación de los precios regulares) los intereses de Cencosud y del proveedor son distintos por lo que deben negociar distintas materias respecto a la promoción, como quién asume el financiamiento de la misma; el suministro y posibilidad de despacho (lo que es crítico para Cencosud por cuanto ella no tiene un sistema de distribución autónomo y depende de los proveedores para el despacho); y la restricción de no salir bajo el costo. En esta negociación Cencosud estaría en desventaja, especialmente frente a Agrosuper. Por ello, los proveedores relevantes pueden imponer ciertas restricciones a Cencosud consistente en precios mínimos para las promociones, especialmente para las masivas.

4.8 Concluye Cencosud que un correcto análisis del mercado relevante forzaría a calificar las conductas como una restricción vertical impuesta en el contexto de un cartel en el mercado aguas arriba y no como un acuerdo práctica concentrada en el mercado aguas abajo.

4.9 Cencosud alega no haber participado en acuerdo o práctica concertada alguna con sus competidores, ni directamente ni indirectamente a través de los proveedores relevantes de Cencosud, y que las conductas descritas no son ni tienen la aptitud de constituir un acuerdo o práctica concertada.

4.10 Alega que el Requerimiento incurrió en omisiones respecto del origen de la regla en cuanto no se refirió a la época ni al contexto en que ella se estableció la regla, lo que sería crucial para analizar si se da en un contexto vertical u horizontal, si se trata de patrones inusuales o de un estándar y si existe conducta anticompetitiva. Asimismo, incurriría en omisiones sobre el rol de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveedores relevantes al no analizar el mercado conexo ni el cartel existente que podría explicar la imposición de una regla en un contexto vertical, lo que es aún más crítico cuando se pretende construir una práctica de tipo hub and spoke, donde se puede hacer pasar una conducta paralela independiente por colusión. Estas omisiones no permiten calificar justa y correctamente los hechos imputados, en condiciones que en procedimientos infraccionales como este, se aplican los principios del derecho administrativo sancionador a como justo proceso, ley más benigna, tipicidad culpabilidad, no bis in ídem y, también, tipicidad.

4.11 La FNE confunde acuerdo colusorio con práctica concertada, si bien ambos tienen el elemento subjetivo en común, se diferencian por su identidad y por las formas en que se manifiestan. En este caso, se estaría acusando de una práctica concertada de tipo hub and spoke que se habría materializado por intermedio de sus proveedores y los elementos críticos para configurarla serían el elemento subjetivo (intención de participar en esquemas triangulados), el efecto en el mercado y el estándar, en cuanto son prácticas difíciles de acreditar por cuanto pueden existir tesis alternativas plausibles. En la analogía de la rueda los rayos (*spokes*) son los partícipes del cartel, es decir, las cadenas requeridas; el centro (*hub*) son los intermediarios, es decir, los proveedores relevantes; y el aro o llanta (*rim*) son los acuerdos que conectan a los competidores, esto es, el entendimiento entre ellos. En esta figura debería acreditarse que se transmite la información entre los spokes y el hub con intención anticompetitiva; y que existe una unidad de propósito o un diseño o entendimiento común, un encuentro de sus mentes. Debe probarse cómo el esquema involucra y conecta a los miembros del cartel y también el objetivo de coordinación horizontal contrario a la libre competencia. Para evitar falsos positivos se requiere un estándar estricto y una acuciosa revisión de la prueba aportada. Ninguno de estos elementos se darían en este caso, por cuanto no habría habido contacto ni entendimiento para mantener una colusión entre las cadenas; no se identificó la voluntad o intención común de coordinación entre las requeridas para afirmar que el monitoreo se enmarque en un práctica concertada; no se dieron los elementos secundarios de existir un efecto en el mercado minorista en el período anterior y posterior a la colusión y Cencosud no se benefició de la exigencia impuesta por los proveedores, sino que sólo mejoró sus márgenes cuando los proveedores dejaron de imponer la regla y pudo ser más flexible en su política de pricing; no existió un patrón inusual distinto de la interdependencia oligopolística; existe una justificación razonable para las comunicaciones y el monitoreo cuestionado y, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todo caso, la evidencia da cuenta de una restricción vertical impuesta por los proveedores relevantes.

4.12 A juicio de Cencosud S.A., las conductas descritas se condecirían más bien con una restricción vertical impuesta por los proveedores relevantes que formaban parte de un cartel en el mercado aguas arriba con el objeto de mantener un precio mínimo de venta (MRPM), como se desprende de (i) la correcta definición de mercado relevante; (ii) la evidencia existente del fuerte poder de negociación de dichos proveedores, quienes fueron muy activos en exigir la aplicación de la regla y creíbles en la amenaza de no despachar el producto (estratégico para Cencosud, como se indicó arriba) en caso de apartarse de la misma; y (iii) el tenor y contexto de los correos enviados por los proveedores relevantes a Cencosud.

4.13 En las negociaciones de las promociones sobre las materias indicadas en la fijación de precios, Cencosud no se resistía a la regla porque los proveedores relevantes tenían un gran poder de negociación y sólo tenía como alternativa evitar ser pesquisado o reclamar por condiciones comerciales desiguales. Si hubiese sido Cencosud quien imponía la regla, la habría aplicado a proveedores alternativos (pero los proveedores reaccionaban fuertemente si intentaban promoverlos y buscarlos) y Tottus (cadena no requerida) no la hubiera aplicado, en condiciones que sí lo hizo. Los proveedores relevantes habrían tenido altos incentivos para imponer una regla por la cual se fija un precio mínimo para la carne de pollo fresco, cuales eran mantener el valor de la categoría evitando futuras negociaciones a la baja con las cadenas; mantener cierta consistencia en precios con el canal tradicional; y utilizar la regla para blindar el acuerdo de reparto de mercado de los productores de pollo. Cencosud, en cambio, no habría tenido dichos incentivos, por cuanto el pollo fresco sería un producto de destino, la política comercial y de pricing de Cencosud tiene como objeto que ésta tenga la mayor flexibilidad en la determinación de los precios para mantenerse posicionado; y su corte de despacho generaría un importante daño a la imagen, a la venta y a las futuras negociaciones de Cencosud.

4.14 Por todo lo anterior, Cencosud concluye que la aplicación de la regla era instrumental para preservar el acuerdo colusorio de cuotas de producción existente entre los proveedores relevantes y que la conducta consistió en una restricción vertical impuesta por dichos proveedores.

4.15 Cencosud alega que las conductas descritas en el Requerimiento no pueden ser imputables objetiva ni subjetivamente a Cencosud por cuanto no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puede hacerse extensiva la responsabilidad de la filial a su matriz, ya que no existe vínculo de dependencia entre Cencosud y los ejecutivos dependientes de Cencosud Retail. Asimismo, la empresa no podría ser considerada responsable por el hecho de su dependiente en cuanto existe un compromiso institucional con el cumplimiento de la normativa de libre competencia, de lo que da cuenta su Código de Ética y el programa de cumplimiento que se desarrolló en consecuencia. Por ello, cualquier conducta en sentido contrario debe ser evaluada como una acción particular que se desmarca de la política general de Cencosud. Agrega que, en todo caso, no está vinculado a este caso ningún alto ejecutivo ni directores de la compañía. Considera que tampoco le pueden ser imputadas las conductas por cuanto el estándar de diligencia esperable a la época no incluía conductas como las descritas y porque no existió una intención anticompetitiva por parte de Cencosud o sus dependientes, en cuanto la sofisticación de la conducta hace difícil reconocer su ilicitud.

4.16 La FNE no habría acreditado la existencia del acuerdo o práctica concertada bajo el estándar de prueba exigido, esto es, prueba clara y concluyente. Alega que en este procedimiento resultan aplicables los principios del derecho administrativo sancionador, el que se rige por los principios del derecho penal, por lo que el estándar de prueba en los casos de libre competencia es el de prueba clara y convincente o clara y concluyente, como se ha fallado. Este estándar es aún más relevante en un caso como este, donde el límite es tenue con el comportamiento paralelo independiente, tratándose de una práctica concertada estructurada de manera indirecta, esto es, a través de los proveedores. Alega que, en estos casos, no puede existir una tesis alternativa razonable que permita darle a los hechos una interpretación distinta. Es decir, indica Cencosud, bajo un estándar estricto debe determinarse si la evidencia es categórica y concluyente para establecer si las requeridas actuaron concertadamente; y si la tesis alternativa es o no verosímil.

4.17 Finalmente, Cencosud opone la excepción de prescripción para el improbable caso de estimarse que Cencosud ha incurrido en algún tipo de conducta anticompetitiva (i) ya sea porque constituyen una restricción vertical de precio mínimo de reventa a público, lo que comporta una vulneración al tipo general del inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, (ii) ya sea porque constituyen un acuerdo o práctica concertada en los términos precisos del inciso segundo letra a) del mismo artículo. Considerando que las conductas imputadas se habrían ejecutado entre 2008 y 2011, en el primer caso, la acción estaría latamente prescrita considerando el plazo de tres años; y, en el segundo, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

encontrarían prescritas todas las acciones respecto de las conductas anteriores al 6 de enero de 2011, en consideración de la fecha de notificación del Requerimiento.

4.18 En subsidio a las excepciones, alegaciones y defensas hechas valer y en el caso que se considere que Cencosud incurrió en alguna conducta contraria a la libre competencia y que la misma no se encuentra prescrita, Cencosud solicita que la multa requerida por la FNE sea derechamente rechazada o, a lo menos, sea rebajada sustancialmente respecto de Cencosud, en atención a que (i) las conductas descritas son de menor entidad y no tienen la gravedad alegada por la FNE, en cuanto, a diferencia de este caso, en los carteles duros la ilicitud y la intencionalidad es evidente; (ii) Cencosud no tiene la calidad de reincidente; (iii) Cencosud no ha obtenido un beneficio económico ni existieron efectos negativos en el mercado, sino al contrario, Cencosud obtuvo mejores márgenes a partir de 2012 y no se habrían presentado grandes variaciones de precio y diferencia de márgenes de este producto durante los años anteriores y posteriores al período, lo que demostraría que Cencosud no habría tenido incentivos para participar ni pretendía obtener ganancias por las conductas; y (iv) Cencosud ha prestado colaboración con la investigación, incluso acompañando a la investigación varios de los correos aportados por la FNE.

4.19 En el petitorio de lo principal de su contestación, Cencosud solicita que se tenga por contestado el Requerimiento y que sea rechazado en todas sus partes, con expresa condena en costas de la FNE. En subsidio de lo anterior, solicitan que no se aplique multa de ninguna especie o que sea esta sustancialmente rebajada a su respecto.

5. A continuación, el 22 de marzo de 2016, SMU S.A. presentó su contestación en estos autos, la que rola a fojas 582 y siguientes.

5.1 Considera que el Requerimiento adolece de falta de rigurosidad por cuanto, a pesar de haber realizado una investigación durante cinco años antes de presentarlo, crearía un relato a partir de hechos aislados y sin connotación económica ni jurídica, basada en conjeturas y supuestos sacados a partir de ciertos correos electrónicos. En su presentación, la FNE no entregaría certezas (i) sobre el supuesto ilícito, por cuanto acusaría dos figuras ilícitas distintas y que no pueden ser confundidas como son el acuerdo, del que no dice si es expreso o tácito, y las prácticas concertadas; y tampoco indicaría los elementos que configurarían uno u otro; (ii) sobre el período, ya que la FNE sería imprecisa al señalar que este va al menos entre 2008 y 2011; ni (iii) sobre el comportamiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectivo o los efectos económicos de las conductas, por cuanto no señala cómo se habría implementado o cumplido el esquema común, cuál habría sido el precio resultante, si éste era único, si incidían otros factores en su fijación, entre otros. Señala que si la FNE hubiera analizado el comportamiento efectivo, se verificaría que no hay quiebre o alteración en los precios y rentabilidades antes, durante o después del período imputado y que los precios de SMU eran reiteradamente distintos a los de su competencia. Indica que para SMU hubiese sido imposible implementar un acuerdo o práctica concertada por su asimétrica participación en el mercado, por las promociones que realizaba y por el desconocimiento del costo de otras cadenas. Considera que la paradoja de Requerimiento sería que éste se sustenta en una supuesta regla (inexistente, a su juicio) que descansa en un comportamiento natural y lógico en todo mercado, cual es vender a un precio superior a los costos. Considera que el concepto de costo empleado por la FNE es arbitrario y erróneo, porque no incluye todos los costos propios de la actividad supermercadista. Agrega que la venta bajo el costo sólo se justifica en situaciones de excepción, de lo contrario, se le sanciona por precios predatorios.

5.2 Señala, asimismo, que la FNE omite considerar la interacción con las avícolas, esto es, la interacción del mercado aguas arriba y del mercado aguas abajo; y la situación que las avícolas se encontraran coludidas y fueran ellas quienes debían ejercer presión sobre las cadenas para dar sustentabilidad al acuerdo aguas arriba del que SMU era afectada. Esta hipótesis alternativa ni siquiera habría sido analizada por la FNE.

5.3 Agrega que la FNE omitiría que en 2008 SMU era un actor entrante y su participación era tan baja que no tenía capacidad de instrumentalizar a los proveedores avícolas y, por ser un nuevo entrante, su estrategia comercial no se condecía con la conducta denunciada, por cuanto realizaba promociones reiteradas y periódicas.

5.4 Finalmente, alega que la FNE habría soslayado el análisis de las circunstancias y antecedentes que demostraban que no hubo ilícito por parte de SMU. Indica que la carga de la prueba recae en la FNE, quien debe acreditar de manera clara, concluyente e inequívoca la concurrencia de todos los supuestos de hecho constitutivos de las figuras típicas supuestamente conculcadas. En el caso de prácticas concertadas debe probarse el intercambio de información supuestamente sensible a través de terceros, a partir de negociaciones y comunicaciones normales y legítimas, así como el comportamiento que sería

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consecuencia del intercambio de información. La evidencia debe, además, ser concluyente para descartar una multiplicidad de hipótesis alternativas. Sin perjuicio de ello, SMU señala que acreditará que nunca actuó a partir o en adhesión a una supuesta regla común, sino en aras de una activa competencia.

5.5 Comienza por indicar que es una empresa que ha ido creciendo por la adquisición de otras cadenas, pasando de un 2,6% en 2006 a un 9% en 2008, cuando se creó SMU. Continuó con el proceso de adquisición de otras cadenas hasta que en septiembre de 2011 se produjo la fusión con supermercados del sur y SMU aumentó su participación. Esta fusión fue aprobada por este Tribunal en diciembre de 2012 y se le habría reconocido el carácter de actor entrante y desafiante en el mercado durante el período acusado en estos autos.

5.6 Luego, menciona que SMU habría tenido una preocupación permanente por desarrollar su actividad en pleno cumplimiento de las normas de libre competencia, de lo que daría cuenta las capacitaciones efectuadas; los documentos y manuales que se preparaban, adaptándolos a las necesidades: la política comercial con proveedores retail y no retail, el Manual de Ética y Buenas Prácticas con proveedores y el Manual de Defensor del Proveedor; el Programa de Cumplimiento desarrollado por expertos; y la incorporación de la libre competencia en el proceso de inducción obligatorio.

5.7 En cuanto a la interacción entre los dos mercados conexos existentes, SMU señala que la FNE habría aislado artificialmente la realidad de ambos mercados. Respecto del segmento de aprovisionamiento mayorista, trataría de caratular como ilícitas conductas que corresponden a negociaciones naturales y normales en una industria donde el poder de negociación de los proveedores es muy alto, por cuanto el pollo es un producto con el que debe contar un supermercado; son tres los principales proveedores; y actuaban concertadamente. Considera que mayor aún sería el poder de negociación frente a un entrante. Señala que serían los proveedores los impulsores de mantener un nivel de precios y maximizar sus ingresos, en línea con su acuerdo horizontal, en beneficio directo y exclusivo de ellos mismos, buscando que no se afectara el acuerdo que tenían aguas arriba. Por ello, habrían ejercido presión sobre las cadenas, las que se veían perjudicadas en cuanto su interés era que hubiera mayor competencia entre proveedores. Los proveedores avícolas, a juicio de SMU, controlaban e intentaban imponer sus términos en cuanto a cantidades y precios. Agrega la empresa que las relaciones entre las cadenas y los proveedores son tensas y complejas, y que los reclamos de SMU por mejores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones comerciales eran legítimos, en cuanto buscaban obtener un precio de compra al menos tan favorable como el que presumía que era de su competidor. Respecto del segmento de distribución o comercialización minorista, señala SMU que, debido a la interdependencia oligopolística entre los actores, la compañía desarrolla mecanismos para analizar el comportamiento de la competencia, especialmente de sus precios de venta a público, lo que puede derivar en un paralelismo conductual cuya causa no sería entonces el acuerdo o práctica concertada. Por ello, SMU monitorearía permanentemente los precios, especialmente los de los principales productos. En cuanto a la fijación de precios, señala que se consideran una serie de variables y que el precio se carga a un *cluster* que está asociado a un determinado local de referencia de la competencia, por lo que el precio final no es necesariamente el mismo. Además, indica que dentro de cada *cluster* se administran diversas categorías de productos clasificados por su sensibilidad. En consecuencia, alega SMU que el costo de adquisición o precio de lista está lejos de ser el único factor. Concluye que lo expuesto se reflejaría en las reiteradas promociones y rebajas en el producto que habría efectuado SMU, así como en la aplicación de precios constantemente diversos a los de la competencia.

5.8 SMU niega haber participado de un acuerdo o práctica concertada para aplicar una regla que impida la venta bajo el costo de adquisición mayorista. Asimismo, niega la existencia de dicha regla. Considera que el Requerimiento se sostiene en una simplificación de la realidad y que carecería de todo sentido económico para las cadenas. Al respecto, en primer lugar indica que el precio de lista no puede ser el punto focal de un acuerdo porque (i) carecería de eficacia, ya que las cadenas desconocerían el precio de compra y las condiciones comerciales de los competidores; y los costos finales de adquisición de Walmart y Cencosud serían muy distintos a los de SMU en este período; (ii) el precio de compra no sería el único elemento relevante en la determinación del costo vinculado a la venta y, de hecho, SMU habría vendido bajo costo reiteradamente; y (iii) la rentabilidad no sería producto a producto sino por canasta. Luego, SMU alega que no exige ni tiene cómo exigir que los proveedores vendan sobre un precio, por cuanto su participación era menor y su objetivo era mejorar las ventas y obtener visibilidad. A continuación, señala que no hubo cooperación ni contactos entre las cadenas y que no hay antecedentes sobre un concurso de voluntades destinado a sustituir los riesgos de la competencia. Señala que, por el contrario, las cadenas seguían compitiendo, como lo demuestra la diferencia en el abastecimiento de las mismas. En cuarto lugar, alega que SMU no supeditó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su comportamiento a regla alguna, sino que compitió bajando los precios para mantener su posicionamiento. Agrega que, por el contrario, si los demás no vendían bajo el costo, SMU tampoco lo hacía. Finalmente, indica que SMU no sustituyó la competencia, sino que, como consecuencia de la intensa competencia entre las cadenas, realizó promociones reiteradas y periódicas (siguiendo su estrategia de precios *high and low*) y vendió bajo el costo, no necesariamente bajo la denominación promociones, tanto a nivel local como nacional. A juicio de SMU, los correos acompañados por la FNE confirmarían la inexistencia de la regla y no darían cuenta de acuerdos, prácticas concertadas ni de intercambio de información. SMU estima que ellos sólo acreditarían que las políticas de la compañía generaban fricciones y que actuaba con claro interés competitivo. En todo caso, de existir un correo que diese a entender la posición contraria, éste no representaría a la empresa ni sería consistente con su comportamiento natural.

5.9 Al definir el mercado relevante del producto la FNE no habría considerado la participación real de SMU, sino sólo aquella alcanzada al final del período en septiembre de 2011, luego de la fusión con Supermercados del Sur. Por otra parte, la FNE soslayaría completamente la relación entre los mercados conexos involucrados, en condiciones que las conductas se desarrollarían en la interacción de los mismos. Un correcto análisis permitiría a la FNE llegar a hipótesis alternativas más razonables que las del Requerimiento. Agrega que la FNE tampoco habría analizado profundamente la evolución de las empresas, lo que es particularmente importante para SMU.

5.10 En cuanto al mercado relevante geográfico, SMU considera que la FNE define el mercado relevante geográfico como el constituido por todo el territorio nacional, a pesar de reconocerlo como local al referirse a que el monitoreo de las cadenas se realiza en una zona determinada. Al respecto, SMU considera que el mercado geográfico relevante es eminentemente local está definido por las isócronas de viaje en vehículos y, por lo mismo, los precios de venta al público están determinados por los clusters. Así, se trataría de mercados geográficos múltiples que se desarrollan de manera paralela e independiente.

5.11 SMU estima que no concurren los presupuestos del artículo 3° del D.L. N° 211, ni aquellos del artículo 3° inciso 1° ni los de la figura del artículo 3° inciso 2° letra a). Manifiesta al respecto que resulta improcedente y carente de base jurídica que unos mismos hechos puedan configurar la figura general del inciso primero y la figura del inciso 2° letra a), por lo que sólo debería analizarse esta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

segunda figura. Respecto de ella, tampoco concurrirían los presupuestos. Considera que la eventual interdependencia estratégica en algunos mercados no es signo de acuerdo o práctica concertada, sino que puede ser demostrativa de intensa competencia. La mera interdependencia oligopolística o el paralelismo consciente por estructura de mercado no sería sinónimo ni reflejo de ninguna de dichas figuras.

5.12 Respecto a la alegada inexistencia de un acuerdo horizontal, SMU alega que para acreditarlo no basta con probar un eventual paralelismo, sino también la existencia de un acuerdo o práctica concertada, la incidencia de este acuerdo en algún elemento relevante de la competencia y la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia. Considera que del Requerimiento no se desprende en qué consiste el acuerdo por cuanto no da certeza sobre la definición temporal; no da antecedentes sobre la supresión de la voluntad individual de dos o más competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones; y no hay evidencia de una voluntad conjunta consistente en la fijación del precio a público o en condiciones de comercialización. Señala que la carga probatoria recae en la FNE y está afectada a un alto estándar, por lo que no puede probar por probabilidades o conjeturas. Considera que debe probarse que existe el acuerdo y que se trata de una conducta dolosa o voluntaria, atendiendo a las explicaciones alternativas razonables y sin que sea suficiente la existencia de precios u otros elementos que reflejen cierto paralelismo entre competidores. Alega que la FNE no da cuenta de la unidad de acción necesaria para configurar un acuerdo por un período; y que nada señala sobre cómo SMU habría participado, sino que acompaña prueba que más bien muestra el comportamiento contrario, cual es el de un actor que, siendo entrante, intervino por medio de una competencia directa y clara.

5.13 Respecto de la alegada inexistencia de una práctica concertada, SMU considera que la FNE haría sinónimos los acuerdos y las prácticas concertadas y omitiría mencionar los requisitos y elementos necesarios para configurar una práctica concertada, cuales son: la concertación entre los incumbentes; la conducta concreta o práctica; y la relación causa efecto entre la concertación y la conducta. A su juicio, el Requerimiento no daría cuenta de la concurrencia de ninguno de estos elementos y, en el entendido que lo acusa de una práctica tipo hub and spoke, tampoco concurrirían los tres presupuestos básicos: (i) intercambio intencionado de información comercialmente sensible de parte o de todos los competidores, presupuesto que debería darse en dos fases: la primera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consistiría en el traspaso directo de información comercialmente sensible de un supermercado A al proveedor B, con la intención de que ésta la transmita a uno o más competidores del supermercado A; la segunda, en que el proveedor B traspase dicha información al supermercado C y éste último determine que la información es creíble y confíe en su fiabilidad. Sin embargo, para determinar la existencia del ilícito anticompetitivo, debería partirse por determinar si existió del todo la fase dos, porque si ello no ocurrió, no existe ilícito, lo que sería el caso de autos, donde SMU no recibió de los proveedores información sensible sobre las intenciones de precios futuros de sus competidores. Señala que, a mayor abundamiento, SMU no habría actuado como supermercado A de la fase 1. De lo anterior, SMU desprende que deben concurrir un aspecto objetivo (intercambio de información comercialmente sensible) y uno subjetivo (intercambio intencionado), ninguno de los cuales se habría dado en este caso (la información era de acceso público, como consecuencia del monitoreo legítimo); (ii) intercambio a través de un intermediario pasivo: este presupuesto no concurre y es contrario a los principios de lógica comercial cuando se trata de proveedores relevantes cartelizados, de quienes SMU era víctima; y (iii) un comportamiento posterior vinculado o derivado del intercambio, presupuesto que tampoco concurre, por cuanto no hubo un comportamiento resultante en el mercado y, por el contrario, SMU se comportó como un competidor incluso agresivo en sus políticas de precios.

5.14 SMU alega que, en todo caso, no hubo un acuerdo o práctica concertada que tuviera incidencia en algún elemento relevante de la competencia ya que ésta continuó desarrollándose normalmente y la FNE no habría demostrado los quiebres o alteraciones en los precios como consecuencia de la conducta. Asimismo, estima que, aun cuando las conductas hubiesen sido efectivas, no hay ninguna que tenga la aptitud objetiva de afectar la libre competencia, por tratarse de conductas naturales en el comportamiento competitivo de SMU. SMU estima que el riesgo de lesión a la libre competencia debe ser real, provenir causal y determinadamente de la conducta, ser relevante para el bien jurídico protegido, y ser próximo e inminente, lo que no ocurre en este caso. Considera que las conductas acusadas no pueden ser idóneas para afectar la libre competencia por cuanto: la supuesta regla determina un aspecto que no puede entenderse como focal, se refiere a un elemento que incide el costo real pero no lo determina por cuanto SMU desconocería el costo real de los productos; uno de los cuatro principales actores no participaría; los actores seguirían compitiendo en distintos mercados; el Requerimiento se basaría en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes parciales, aislados y desvinculados geográficamente y temporalmente; en los precios al consumidor se observarían marcadas diferencias ente SMU y sus competidores; el acuerdo o práctica concertada sería entre incumbentes y un entrante que pretende desafiar a los primeros. Además, las conductas, a juicio de SMU, serían también económicamente inidóneas por cuanto no existiría pérdida de bienestar para el consumidor; la situación y el comportamiento de SMU le habría impedido condicionar la conducta de los competidores; y no habría obtenido rentas sobrenormales.

5.15 En subsidio de lo anterior, SMU alega no haber actuado con intencionalidad anticompetitiva por lo que habría ausencia de culpabilidad. Señala que las actuaciones deben ser voluntariosas o dolosas; y debe concurrir la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa. Considera que debe haber un dolo específico tendiente a la comisión del delito, lo que sería coincidente con la aplicación de las garantías constitucionales, al tratarse de un proceso infraccional en derecho sancionatorio (*nulla poena sine culpa*). En este caso, la nula intencionalidad anticompetitiva se corrobora cuando se trata de reclamos que, cuando su lenguaje puede considerarse inapropiado, corresponden a escaramuzas aisladas; y se fortalece al comprobar el desarrollo de los programas de capacitación en materia de libre competencia, creación de cargos especiales, entre otras acciones.

5.16 En subsidio, SMU opone la excepción de prescripción. Alega que se trata de conductas separadas, divisibles, no habiendo una sola conducta de carácter permanente. No se trataría, a su juicio, de una sucesión de actos en el tiempo ni infracciones permanentes, por lo que no existiría la unidad de acción exigida por la jurisprudencia. La evidencia acompañada por la FNE mostraría conductas aisladas tanto en el orden temporal como geográfico. Por lo anterior, debe entenderse prescrita la acción por los actos anteriores al 14 de octubre de 2009 ya que, hasta la entrada en vigor de la ley N° 20.361, el plazo de prescripción era de dos años desde la ejecución de la conducta, por lo que debieron notificarse a más tardar el 14 de octubre de 2011. Respecto a los actos ejecutados con posterioridad, habiéndose notificado el Requerimiento el 13 de enero de 2016 y considerando el plazo de prescripción de la acción de cinco años, opone la excepción de prescripción de la acción de todos los hechos, actos, prácticas o acuerdos ejecutados o celebrados con anterioridad al 13 de enero de 2011.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.17 En subsidio, solicita que se exima o se rebaje sustancialmente el monto de la multa, por considerarla excesiva y desproporcionada, tanto por el alcance de los hechos como por los beneficios que se derivarían para SMU, los que serían inexistentes. Considera que la pretensión de la FNE vulneraría el artículo 26 del DL N° 211. SMU solicita tener en consideración las siguientes circunstancias: (i) que tuvo una incidencia mínima en los hechos; incluso en muchas de las conductas ni siquiera habría participado; (ii) que varios de los correos acompañados por la FNE se refieren a hechos ejecutados por empresas o personas que no formaban parte de SMU y se incorporaron recién en septiembre de 2011 por un proceso de fusión, casi al término del período en que la FNE atribuye una supuesta conducta anticompetitiva; (iii) que la multa sería desproporcionada y no distinguiría entre las participaciones de mercado de SMU en esa época; (iv) que SMU no pudo haber obtenido beneficio alguno de las conductas; y (v) que no considera la existencia de los Programas de Cumplimiento de Libre Competencia y el hecho de que, en casi los cinco años de investigación, la FNE nunca solicitó a SMU información sobre la existencia de dichos programas, lo que refleja la falta de reflexión y ecuanimidad del Requerimiento en lo que se refiere a la petición de la multa.

5.18 SMU solicita a este H. Tribunal que declare (i) que se rechaza el Requerimiento y se acojan las excepciones y defensas; (ii) que SMU no ha incurrido en infracción al artículo 3° inciso 1° ni al artículo 3° inciso 2° letra a) del D.L. N° 211; (iii) en subsidio, que la acción para perseguir los ilícitos se encuentra prescrita; (iv) en subsidio, que la exima del pago de multa o la rebaje sustancialmente; y (v) que condene en costas a la requirente por no existir motivo plausible para litigar respecto a SMU.

6. A fojas 1038 rola la resolución firme y ejecutoriada que recibe la causa a prueba en la que se fijan como hechos sustanciales pertinentes y controvertidos:

“1. Estructura, características y funcionamiento del o los mercados objeto del requerimiento y de sus mercados conexos, en el período comprendido entre los años 2006 y la fecha de interposición del requerimiento. En particular:

a) Participantes en el mercado y evolución de sus participaciones de mercado;

b) Productos concernidos y evolución de sus precios de venta a nivel mayorista y minorista;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) *Extensión geográfica del mercado;*
- d) *Proceso de formación de precios de los productos objeto del requerimiento;*
- e) *Relación comercial habitual entre proveedores y requeridas; y en especial, existencia de precios mínimos de reventa; y*
- f) *Relevancia de las importaciones y de los distintos canales de distribución.*

2. *Efectividad, características, partícipes, origen, duración, circunstancias, objeto y efectos de la conducta imputada en el requerimiento.*

3. *Circunstancias que incidirían en la determinación de una eventual sanción y que no se encuentran comprendidas en los puntos de prueba anteriores.*

En particular:

- a) *Hechos y circunstancias que demuestren colaboración con la Fiscalía durante la etapa de investigación o de forma previa a ésta;*
- b) *Efectividad de que las requeridas hayan implementado un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia serio y completo, de manera oportuna; y*
- c) *Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.”*

6.1 La prueba testimonial presentada por la FNE corresponde a los testigos Joseba Logroño, cuya declaración rola a fojas 1396, Juan Carlos Gosen, cuya declaración rola a fojas 1402 y a fojas 1406, Francisco Noguera, cuya declaración rola a fojas 5660, Cristián Tirado, cuya declaración rola a fojas 6882, Pablo González, cuya declaración rola a fojas 7040, y Luis Zamorano, cuya declaración rola a fojas 7362.

6.2 La prueba testimonial presentada por SMU corresponde a los testigos Juan Pablo Vega, cuya declaración rola a fojas 2142, Sebastián Matte de Toro, cuya declaración rola a fojas 2413, Isabel Díaz, cuya declaración rola a fojas 5989, Felipe Kortmann, cuya declaración rola a fojas 5991, Rómulo Chumacero, cuya declaración rola a fojas 6611 y Pablo González, cuya declaración rola a fojas 7040.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.3 La prueba testimonial presentada por Walmart corresponde a los testigos Daniela Cañón, cuya declaración rola a fojas 2418, Gonzalo Smith, cuya declaración rola a fojas 2429, Julio Southerland, cuya declaración rola a fojas 2430 y a fojas 5913, Héctor Hernández, cuya declaración rola a fojas 6666, Claudia González, cuya declaración rola a fojas 6693, y Alexander Galetovic, cuya declaración rola a fojas 6885.

6.4 La prueba testimonial presentada por Cencosud corresponde a los testigos María Buzada, cuya declaración rola a fojas 4.097, Rodrigo Hurtado de Mendoza, cuya declaración rola a fojas 6979 y Carlos Noton, cuya declaración rola a fojas 7037.

6.5 La prueba confesional allegada al proceso corresponde a la absolución de posiciones de Marcelo Gálvez, en representación de SMU S.A., que rola a fojas 1487; la absolución de posiciones de Jaime Soler, en representación de Cencosud S.A., que rola a fojas 1503; la absolución de posiciones de Horacio Barbeito, en representación de Walmart Chile S.A., que rola a fojas 1518.

6.6 Los informes presentados por la FNE son los siguientes: Informe económico de Aldo González, acompañado a fojas 8341; Informe en derecho de Michael Jacobs, acompañado a fojas 8506; Informe en derecho de Andrés Fuchs, acompañado a fojas 8527; Informe en derecho de Okeghene Odudu, acompañado a fojas 10090; Informe en derecho de Spencer Weber Waller, acompañado a fojas 10090.

6.7 Los informes presentados por Cencosud son los siguientes: Informe económico de Carlos Noton, acompañado a fojas 6876; Informe en derecho de Jonatan Valenzuela, acompañado a fojas 10852; e Informe económico de Alejandro Jadresic y Marcelo Villena, acompañado a fojas 10872.

6.8 Los informes presentados por SMU son los siguientes: Informe económico de Rómulo Chumacero, acompañado a fojas 5976; e Informe en derecho de Domingo Valdés, acompañado a fojas 9342.

6.9 Los informes presentados por Walmart son los siguientes: Informe en derecho de Héctor Basualto, acompañado a fojas 1459; Informe económico de Alexander Galetovich y Gonzalo Sanhueza, acompañado a fojas 6658; Informe económico de Alexander Galetovic y Claudio Montenegro, acompañado a fojas 6658; Informe en derecho de Rafael Allendesalazar, acompañado a fojas 7290;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Informe en derecho de Héctor Basualto, acompañado a fojas 8612; e Informe en derecho de José Silva, acompañado a fojas 8846.

6.10 Las exhibiciones solicitadas por SMU rolan: a fojas 701: de la FNE, solicitada a fojas 682; a fojas 1174: de Cencosud, solicitada a fojas 1058; a fojas 1228: de Walmart Chile S.A., solicitada a fojas 1058; a fojas 1408: de Cencosud, solicitada a fojas 1058; a fojas 2391: de Walmart Chile S.A., solicitada a fojas 1058; a fojas 2831: de Agrosuper Comercializadora de Alimentos Ltda., solicitada a fojas 1120; A fojas 2834: de Ariztía Comercial Ltda. y Empresas Ariztía S.A., solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; a fojas 2844: de Agrícola Don Pollo Limitada, solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; a fojas 5306: de Cencosud, solicitada a fojas 1058; a fojas 5500: de Cencosud, solicitada a fojas 1136; a fojas 5504: de Walmart Chile S.A., solicitada por SMU a fojas 1136; a fojas 5681: de Agrosuper S.A. y Agrosuper Comercializadora de Alimentos Ltda., solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; y a fojas 5684: de Agrícola Don Pollo Limitada, solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente.

6.11 Las exhibiciones solicitadas por Cencosud rolan: a fojas 1221: de la FNE, solicitada a fojas 1095; a fojas 1374: de SMU S.A., solicitada a fojas 1160; a fojas 2834: de Ariztía Comercial Ltda. y Empresas Ariztía S.A., solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; a fojas 2844: de Agrícola Don Pollo Limitada, solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; a fojas 5407: de SMU S.A., solicitada a fojas 1160; a fojas 5612: de Omnicrom Media Group Chile S.A., I-Group Comunicación Publicitaria Limitada, GroupM Chile S.A.C., MEC Chile SPA, MMS Communications Chile S.A., Havas Media Chile S.A., PHD Chile S.A. y Universal McCann Servicios de Medios Limitada, solicitada a fojas 1168; a fojas 5681: de Agrosuper S.A. y Agrosuper Comercializadora de Alimentos Ltda., solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente; y a fojas 5684: de Agrícola Don Pollo Limitada, solicitada por SMU y Cencosud a fojas 1120 y 1152, respectivamente.

6.12 Otra prueba documental de la FNE: a fojas 15: evidencia incautada (NUE 1598271, 1598278, 1598243, 1598277, 1598279, 1601202, 1598248, 1598381, 1598246, 1598247, 1598388, 1598266, 1598267, 1598261, 1598262, 1598263 y 1598264); a fojas 15: nueve correos electrónicos; a fojas 153: 146 correos o cadenas de correos electrónicos; a fojas 701: expediente de investigación FNE Rol N° 1952-11; a fojas 915 y 1112: documentos electrónicos correspondientes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al expediente de investigación FNE Rol N° 1952-11; a fojas 1010: 141 correos o cadenas de correos electrónicos; a fojas 1112: 125 documentos contenidos en los tomos II, IV, VII, XII, XIII, XIV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII y XXXIII del expediente de investigación Rol N° 1952-2011; a fojas 1418: 49 CD o pendrives contenidos en los tomos I, II, IV, VII, VIII, XII, XIII, XIV, XXIX, XXXII y XXXIII del expediente de investigación Rol N° 1952-2011; a fojas 8590: 24 correos o cadenas de correos electrónicos.

6.13 Otra prueba documental de Cencosud: a fojas 500: 6 correos electrónicos; a fojas 1264: percepción de 25 documentos o conjunto de documentos contenidos en los tomos II, IV, XIII, XXIX, XXX y XXXII del expediente de investigación Rol N° 1952-2011; a fojas 1266: diez correos electrónicos; a fojas 10232: acuerdos comerciales celebrados por Cencosud y proveedores de carne de pollo fresca; a fojas 10392: actas notariales, correos y cadenas de correos electrónicos entre ejecutivos de Cencosud; a fojas 10629: copias de los documentos “Caso pollos”; a fojas 10783: documentos del programa de cumplimiento empleado por Cencosud; y a fojas 10805: Declaración de Matías Blas Pascual y Christian Melzer Hermosilla.

6.14 Otra prueba documental de SMU: a fojas 9525: documentos relativos al programa de cumplimiento; a fojas 9892: documentos relativos a la estructura, características y funcionamiento del mercado relevante objeto del requerimiento; a fojas 9998: documentos que dan cuenta de la relación comercial habitual entre proveedores y las cadenas de supermercados; a fojas 10184: documentos relativos a precios de venta a público de la carne de pollo fresca; a fojas 11971: documentos relativos al proceso de formación de carne de pollo fresca; y a fojas 12031: documentos electrónicos que objeto de la percepción realizada el día 15 de diciembre.

6.15 Otra prueba documental de Walmart: A fojas 222: Anexo Confidencial N°1; a fojas 1989: 14 impresiones de documentos .doc y .ppt.; a fojas 2131: ocho correos electrónicos certificados ante notario; a fojas 2375: 7 correos electrónicos y sus adjuntos, certificados ante notario; a fojas 2822: 40 documentos certificados ante notario. Entre ellos, archivos .pdf, .ppt, .doc, imágenes y correos; a fojas 4346: 32 impresiones de documentos .pdf y .pptx.; a fojas 6462: tres actas notariales que contienen correos electrónicos y sus adjuntos, impresión de archivos .docx y otros documentos internos de Walmart; a fojas 7750: seis documentos públicos de la FNE; a fojas 8134: ocho actas notariales y 23 documentos internos; a fojas 8370: tres anexos con documentos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

internos y 7 actas de directorio; a fojas 9245: tres actas notariales que contienen correos electrónicos y sus adjuntos, impresión de archivos .docx y otros documentos internos de Walmart; a fojas 222: anexo confidencial N°1; a fojas 1989: 14 impresiones de documentos .doc y .ppt.; a fojas 2131: ocho correos electrónicos certificados ante notario; a fojas 2375: siete correos electrónicos y sus adjuntos, certificados ante notario; a fojas 2822: 40 documentos certificados ante notario, entre los cuales se encuentran archivos .pdf, .ppt, .doc, imágenes y correos; a fojas 4346: 32 impresiones de documentos .pdf y .pptx.; a fojas 6462: tres actas notariales que contienen correos electrónicos y sus adjuntos, impresión de archivos .docx y otros documentos internos de Walmart; a fojas 7750: seis documentos públicos de la FNE; a fojas 8134: ocho actas notariales y 23 documentos internos; a fojas 8370: tres anexos con documentos internos y 7 actas de directorio; y a fojas 9245: tres actas notariales que contienen correos electrónicos y sus adjuntos, impresión de archivos .docx y otros documentos internos de Walmart.

7. Las observaciones a la prueba rolan a fojas 12041, de Walmart; a fojas 12301, de SMU; a fojas 12650, de Cencosud; y a fojas 12750, de la FNE.

8. A fojas 8.274 se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

9. La vista de la causa se efectuó en audiencia de fecha 19 de diciembre de 2017, según consta en el certificado que rola a fojas 13.349.

10. Finalmente, a fojas 13.411 ODECU solicitó ser aceptado como tercero coadyuvante en el proceso, siendo aceptado a fojas 13.433. A fojas 13.445 se designó procurador común para ODECU y CONADECUS, los dos terceros coadyuvantes de la causa.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según ha sido descrito en la parte expositiva, la FNE ha acusado a las tres principales cadenas supermercadistas del país –Walmart, Cencosud y SMU– de acordar un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en supermercados al menos entre los años 2008 a 2011, conducta que es contraria a lo dispuesto en el artículo 3º incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211. Este acuerdo o práctica concertada (términos que son utilizados de manera indistinta en el requerimiento) habría sido implementado a través de lo que la Fiscalía denomina una “regla” de actuación, en la cual participaban

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

también los proveedores del producto mencionado y cuya formulación detallada es descrita en la sección primera;

Segundo: Que todas las requeridas niegan por completo la acusación de la Fiscalía. En términos generales, sus defensas están basadas en algunos argumentos comunes –siendo los principales tres: que los acuerdos serían en realidad una restricción vertical impuesta por los proveedores de pollo, que la conducta se encontraría prescrita y que las empresas contarían con programas de cumplimiento que evitarían el tipo de conductas como la acusada por la FNE– y otros de carácter particular a cada una de ellas. Todas estas defensas serán tratadas más adelante. Asimismo, las requeridas han planteado algunos aspectos de derecho relativos a la conducta ilícita imputada, al estándar de convicción, a la carga de la prueba y al tipo de prueba aplicables en esta sede, los que también serán tratados en los considerandos correspondientes de la presente sentencia;

Tercero: Que, como se verá, en la forma en que ha sido planteada, la disputa, más que fáctica (aunque también existe alguna discusión de esta índole), se centra en la calificación jurídica de las conductas desplegadas por las requeridas en su relación con los proveedores. Al respecto, del análisis de la prueba y de los antecedentes del proceso, hemos arribado a la convicción de que las tres cadenas incurrieron efectivamente en la conducta acusada por la Fiscalía;

Cuarto: Que, en términos generales, la conducta desplegada por las cadenas consistió en la mantención de un precio mínimo de reventa del pollo fresco, en el entendido que las demás cadenas también actuarían de la misma forma, y que cualquier conducta distinta podría ser “sancionada”, en la forma que se explica más adelante;

Quinto: Que, como se observa, la conducta de las requeridas no configura lo que en la jerga habitual de libre competencia se denomina un “cartel duro”. Sin embargo, constituye de todos modos un acuerdo o práctica concertada que afecta directamente la competencia y es, por tanto, meritoria de sanción bajo el D.L. N° 211, en tanto permitió a las requeridas actuar de manera coordinada (no independiente). La actuación de las cadenas supermercadistas, como ha sido demostrado en el presente caso, es inconsistente con decisiones tomadas de manera independiente o meramente paralela y es, por tanto, reprochable desde la perspectiva de la protección de la libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexto: Que en lo sucesivo expondremos, primero, la acusación de la Fiscalía con mayor detalle (sección 1). Luego, la sección 2 está destinada a aclarar algunas cuestiones generales importantes que hemos tenido en consideración al momento de fallar. Algunas de ellas son cuestiones de derecho (2.1), mientras que otras se refieren a especificidades del producto concernido (2.2) y de la industria supermercadista en general (2.3). En la sección 3, después de presentar algunas ideas generales respecto a la forma en que hemos realizado la valoración (3.1), presentamos la prueba relativa a la conducta anticompetitiva desplegada por cada una de las tres cadenas (3.2 a 3.4) y una conclusión preliminar (3.5). Las dos secciones finales están destinadas, respectivamente, a tratar la defensa de prescripción presentada por las requeridas (sección 4) y las sanciones y medidas que impondremos en el presente caso (sección 5);

1. La acusación: un acuerdo del tipo *hub & spoke*

Séptimo: Que, como hemos señalado, la acusación consiste en que las cadenas requeridas habrían acordado un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en supermercados al menos entre los años 2008 a 2011. Tal como explica la FNE en su escrito de observaciones a la prueba, a fojas 12.795, lo acusado es una forma concreta de actuación: la observación de una “regla” entre las requeridas para mantener el precio mínimo, que fue exigida de un determinado modo entre las cadenas;

Octavo: Que, como se desprende de lo señalado, la base o presupuesto del acuerdo que configuraría la conducta acusada está constituida por dos elementos: la existencia de una “regla” o modo de comportamiento y la observancia (voluntaria) de la misma por las cadenas requeridas;

Noveno: Que en lo que respecta al primer elemento, la existencia de la regla, el requerimiento es claro en sostener que “[l]os antecedentes de la investigación evidencian la existencia de una regla que fue aplicada entre las principales cadenas supermercadistas del país (dentro de ellas las Requeridas) y los proveedores comunes de pollo fresco” (fojas 19). La FNE precisa que “el origen de esta regla no es claro, ni formó parte de los acuerdos comerciales que anualmente suscribían proveedores y supermercados. Sin embargo, las comunicaciones entre los encargados de compras de las Cadenas Requeridas y sus contrapartes en las empresas proveedoras de pollo, muestran su operación cotidiana en la industria” (fojas 19);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo: Que la regla de comportamiento habría consistido en el establecimiento de un precio mínimo para el pollo fresco: dicho precio no podía ser inferior a cierta medida común a todas las cadenas, medida que era “fijada” por los proveedores a través de la aplicación de una restricción vertical *por separado* a cada una de ellas;

Undécimo: Que, sin embargo, la formulación de la regla no es unívoca en el requerimiento. Como han expuesto las partes, existen en él diversas denominaciones ligeramente diferentes. Por ejemplo, mientras a fojas 16 se describe como el acuerdo de no vender por sobre el “*precio de lista mayorista*”, a fojas 17 se indica que es vender sobre “*su costo de adquisición mayorista*”, y a fojas 19 como vender sobre “*el precio de lista mayorista de los mismos, más IVA*”. Cada una de estas definiciones son, en los hechos, distintas entre sí; lo cual, por cierto, debe ser reprochado al ente acusador. No obstante, en nuestro entender, el núcleo de la acusación no se ha visto afectado, por lo que la conducta referida es determinada y ha permitido de todos modos que las partes ejerzan completa y adecuadamente su derecho a defensa durante el proceso. Por lo mismo, a la FNE le resultaría suficiente probar, en los hechos, la existencia de cualquiera de las formulaciones;

Duodécimo: Que, con todo, como se verá, el análisis de las declaraciones testimoniales y de los correos electrónicos acompañados al proceso (por ejemplo, los mencionados en el considerando 95) permite concluir que la regla de comportamiento existente al menos durante el período acusado consistió en que el precio minorista del pollo fresco no podía ser menor al precio de lista mayorista más IVA;

Decimotercero: Que, en línea con lo que explica la FNE en su requerimiento, debe notarse también que el precio mínimo que constituía la regla no es el costo marginal que enfrentan los supermercados en la provisión de pollo fresco. Esto, porque existen componentes adicionales al precio, tales como pagos (retroactivos) por concepto de *rappel* o por metas, que llevan a que, en teoría, una venta con margen frontal negativo no importe necesariamente una pérdida económica (la existencia de tales pagos retroactivos se encuentra acreditada en el proceso, por ejemplo, a partir de las declaraciones testimoniales de Rodrigo Hurtado, de Cencosud, a fojas 7.122, y de Juan Pablo Vega, de SMU, a fojas 4.019). El hecho que el precio focal dado por la regla fuese mayor que el costo marginal implica que tal regla no puede ser interpretada como una resultante de la simple racionalidad económica o buena administración, como han hecho ver

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

algunas de las partes requeridas. Esto se complementa, por lo demás, por lo expuesto en el considerando 53;

Decimocuarto: Que, como se observa, la regla de comportamiento no es más que una denominada “restricción vertical”. En este sentido, debe recordarse que la mera utilización de acuerdos de tipo vertical entre distribuidores y proveedores, incluso si esos acuerdos poseen términos idénticos o similares, o si los proveedores son comunes, no constituye necesariamente una conducta reprochable en esta sede. Como se ha declarado en la jurisprudencia (Sentencia N° 57/2007) y en el derecho comparado en distintas ocasiones, el paralelismo consciente normalmente no es reprochable desde la perspectiva del derecho de la competencia;

Decimoquinto: Que lo relevante consiste, entonces, en establecer cuándo un acuerdo meramente vertical (es decir, entre firmas que participan en diferentes niveles de una cadena de distribución), que puede ser legal o contrario a derecho dependiendo de las circunstancias, pasa a configurar uno de tipo horizontal (es decir, entre competidores), de naturaleza ilegal. Para ello se requiere acudir a elementos adicionales que permitan inferir una coordinación horizontal. Como se ha sostenido en el derecho comparado, la *“evidencia circunstancial (plus factors) pueden ser usados para establecer la existencia del anillo, y la coordinación vertical es un aspecto crítico de esa evidencia circunstancial [...] las cortes han desarrollado un estándar de inferencia que permite acreditar la existencia de un anillo a partir de la coordinación vertical”* (Barach Orbach, “Hub-and-Spoke Conspiracies”, *The Antitrust Source*, abril 2016, p. 4);

Decimosexto: Que a esos factores adicionales que materializan el acuerdo horizontal hace alusión el requerimiento cuando se refiere al segundo elemento mencionado en el considerando séptimo, esto es, la observancia de la regla de comportamiento. De acuerdo a la FNE, cada requerida la habría aplicado *en el entendido* que las demás actuaban de la misma forma. En otras palabras, habría existido un curso de acción común consentido entre los rivales. Para estos efectos, sostiene la FNE, *“[l]as requeridas monitorearon constantemente los precios de venta a público de la carne de pollo fresca, comparándolos con las salas definidas como competencia relevante”* (fojas 20) y *“Con esa información, el área comercial de las Cadenas Requeridas debía realizar gestiones con sus proveedores comunes de carne de pollo, consistentes en dirigirles los reclamos cuando una cadena competidora estaba vendiendo al público bajo el costo”* (fojas 21). Es decir, la mantención del precio mínimo de pollo fresco por cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cadena estaba supeditada a una exigencia a los proveedores de que la misma sería aplicada por las demás;

Decimoséptimo: Que a pesar de que la FNE no utiliza una denominación doctrinaria específica para la conducta acusada, de su tenor se desprende que se trata de un acuerdo colusorio conocido como “*hub & spoke*”, es decir, una situación en que una firma (el “*hub*” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “*spokes*” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas. La doctrina suele acudir a la figura metafórica de una rueda de bicicleta para ilustrar esta situación. En el presente caso, los rayos son las reglas de comportamiento para cada cadena requerida y el centro serían los proveedores de pollo fresco. (Nótese que, aunque en teoría pueden existir múltiples centros, para efectos del análisis del presente caso puede considerarse que se trata de un centro único, atendido que entre los tres mayores productores de pollo fresco del mercado chileno existía un acuerdo de actuación conjunta – un cartel– a la época de los hechos imputados, sancionado mediante Sentencia N° 139/2014, ratificada luego por la Excma. Corte Suprema; hecho que no ha sido controvertido en la presente causa);

Decimooctavo: Que la FNE no ha requerido al “centro” del acuerdo, es decir, a los proveedores de pollo fresco, por lo que, independiente de lo que se señale respecto de su actuación, estos no pueden ser considerados responsables en este caso. Asimismo, tampoco ha sido cuestionada ni la existencia ni la legalidad de los acuerdos verticales entre dichos proveedores y las cadenas de supermercados, en el evento que se estime que no existió un acuerdo horizontal entre las requeridas. Por tanto, el único pronunciamiento de esta sentencia es acerca de la eventual existencia de un acuerdo horizontal entre las requeridas. Dicho de otro modo: nuestro análisis se centró en determinar si efectivamente las cadenas actuaron en el entendido que las demás actuarían del mismo modo;

Decimonoveno: Que no existen antecedentes jurisprudenciales en Chile relativos a una colusión del tipo “*hub & spoke*”. Por esta razón, la jurisprudencia no ha especificado cuáles serían los requisitos que deben cumplirse para configurar una conducta de este tipo o, en otras palabras –y reiterando lo señalado en el considerando 15– para establecer cuándo la mera verticalidad de una serie de acuerdos da lugar a uno de tipo horizontal. En contraste, en el derecho comparado sí existen casos que han intentado establecer los requisitos de la conducta en comento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo: Que en el derecho de los Estados Unidos, el caso seminal es *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (306 U.S. 208 [1939]), del cual emana el requisito general de que un acuerdo horizontal puede ser inferido cuando todos sus participantes aceptan ciertas condiciones aunque estas últimas no necesariamente favorezcan el interés independiente de cada uno de ellos, es decir, cuando la conducta adquiere sentido sólo si los demás la ejecutan. Según da cuenta el informe acompañado a fojas 10.016, varios casos posteriores, con algunos matices dependiendo de las circunstancias concretas, han ratificado en líneas generales esta doctrina;

Vigésimo primero: Que los requisitos más detallados fueron establecidos en *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* (465 U.S. 752, 764 [1984]), fallado por la Corte Suprema de dicho país, en el cual se señaló que la evidencia debe mostrar que las partes tenían “unidad de propósito” (*unity of purpose*), o un “diseño y entendimiento común” (*common design and understanding*), o un “encuentro de mentes” (*meeting of the minds*). Las partes del proceso son conocedoras de estos requisitos, según dan cuenta las presentaciones de fojas 222 (Walmart), 500 (Cencosud) y 582 (SMU);

Vigésimo segundo: Que, por su parte, en el derecho europeo también se han conocido casos relacionados con esta práctica. Sin embargo, su estructura y requisitos han sido algo diferentes a los exigidos en el derecho norteamericano. Ellos se refieren, en esencia, a un problema de intercambio informacional intermediado por un tercero, conocido como *hub & spoke* de tipo “ABC” (véase, por ejemplo, la sentencia del *Competition Appeal Tribunal* inglés en *Tesco Stores Ltd v Office of Fair Trading* [2012] CAT 31). Tanto Walmart, en su contestación (por ejemplo, a fojas 222) y en sus observaciones a la prueba (por ejemplo, a fojas 12.060), como el informe en derecho de Rafael Allendesalazar, que rola a fojas 7.195, se refieren centralmente a esta línea jurisprudencial de casos *hub & spoke*;

Vigésimo tercero: Que, aun cuando se trata probablemente del tipo de acuerdos *hub & spoke* más común (véase, por ejemplo, el trabajo de Joseph Harrington, Jr. y Patrick Harker: “*How Do Hub-and Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies*”, working paper, 2018, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3238244>), ella no es la única forma que puede adoptar este tipo de acuerdo. Más importante aún, en el caso concreto en parte alguna de su requerimiento la FNE hace referencia a un intercambio informacional del tipo ABC como base de su acusación, posición que se ve refrendada por lo señalado en su reposición de fojas 889, la cual fue acogida y resultó en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modificación del auto de prueba original y la dictación del definitivo de fojas 1.038. Atendida, entonces, su irrelevancia para la presente disputa, es innecesario referirse a los casos europeos que dan cuenta de acuerdos *hub & spoke* del tipo ABC y a los requisitos establecidos en ellos;

Vigésimo cuarto: Que, atendido todo lo señalado y reiterando, lo relevante en el presente caso es establecer, del conjunto de pruebas aportadas al proceso, si los acuerdos meramente verticales existentes entre las requeridas y los proveedores de pollo fresco tuvieron un elemento común que los “horizontalizó”; en particular, como hemos indicado, si cada cadena cumplía su respectivo acuerdo en el entendido que las demás así también lo harían y exigía tal cumplimiento por estas últimas;

2. Cuestiones previas

Vigésimo quinto: Que, ante todo, la forma en que ha sido planteado el requerimiento ha dado lugar a algunas cuestiones que es necesario y conveniente dilucidar de forma previa a analizar el fondo de la acusación. Como hemos adelantado, dos de ellas son de derecho (2.1); otras se refieren a ciertos aspectos relativos al producto concernido en la acusación (pollo fresco) (2.2); y, finalmente, otras dicen relación con el funcionamiento de la industria supermercadista (2.3);

2.1. Cuestiones de derecho

Vigésimo sexto: Que, en primer término, el requerimiento señala que la conducta desplegada por las cadenas infringiría tanto el inciso primero del artículo 3º del D.L. N° 211 como su letra a). A este respecto, se ha planteado si la infracción al inciso primero del artículo 3º corresponde a una infracción separada de aquellas establecidas en “las letras” del inciso segundo, lo que ha llevado a al menos una de las requeridas a formalizar sus defensas sobre la base de requisitos separados para uno y otro supuesto (los que, en su entender, por cierto, no se cumplirían en el presente caso). Así lo alega explícitamente SMU en su contestación de fojas 582, específicamente a fojas 642 y siguientes;

Vigésimo séptimo: Que el artículo 3º, letra a), del D.L. N° 211 señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *“los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

afectar el resultado de procesos de licitación”. Esta disposición no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que “ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”;

Vigésimo octavo: Que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211 es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 141/2014). De aquí que no existan requisitos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria;

Vigésimo noveno: Que una segunda cuestión ha sido planteada tanto por SMU, en su contestación (a fojas 582) y en sus observaciones a la prueba (a fojas 12.301), como por Walmart, en su contestación (a fojas 222) y en sus observaciones a la prueba (a fojas 12.041): la FNE estaría acusando “indistintamente” un acuerdo y una práctica concertada, términos que, sin embargo, no serían similares en nuestra legislación. SMU procede entonces a describir los que serían los requisitos que se deben cumplir para estar en presencia de una y otra conducta (fojas 642). Walmart, por su parte, distingue entre ambos conceptos y luego identifica los requisitos para la configuración de lo segundo (fojas 317 y 318);

Trigésimo: Que la diferencia entre un acuerdo y una práctica concertada tiene sus orígenes en el que actualmente es el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU). En Europa, las prácticas concertadas han sido definidas como *“coordinación entre agentes económicos mediante la cual, sin haber alcanzado el estado de concluir un acuerdo formal, han sustituido con conocimiento los riesgos de la competencia por la cooperación práctica. Una práctica concertada puede estar constituida por contactos directos o indirectos entre los agentes cuya intención o efecto es influenciar la conducta del mercado o revelar a los competidores los comportamientos que se pretenden desplegar en el futuro”* (Concurrences, “Glosario de términos de competencia”, disponible en <https://www.concurrences.com/en/glossary-of-competition-terms/Concerted-Practice>, visitado el 4 de enero de 2018, traducción libre). Atendido esto, la anterior agencia de competencia del Reino Unido, el OFT (hoy CMA), indicaba

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que *“la diferencia central [con un acuerdo] es que una práctica concertada puede existir allí donde hay cooperación informal sin ningún acuerdo o decisión formal”*, aunque reconoce que *“el límite entre los dos conceptos es impreciso”* (OFT, *“Agreements and Concerted Practices”*, diciembre 2004, para. 2.11, visitado el 18 de febrero de 2019, traducción libre);

Trigésimo primero: Que la distinción, sin embargo, resulta hoy injustificada y superada. Tanto en el derecho norteamericano, desde el citado caso *Monsanto* (*supra*, considerando 21), como en el europeo, desde *Asnef-Equifax* (Caso C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, [2006] ECR I-11125, ¶ 32), la jurisprudencia se enfoca, más que en la denominación formal, en cubrir las distintas formas de colusión;

Trigésimo segundo: Que la doctrina ha resumido lo anterior en los siguientes términos: *“en la jurisprudencia de los Estados Unidos, los términos ‘acuerdo’ y ‘acción concertada’ son generalmente usados indistintamente para hacer referencia al tipo de decisión conjunta cubierta por la sección 1 de la Ley Sherman, a diferencia del tipo de decisión separada cubierta solo por la sección de la Sherman Act. De manera similar, el artículo 101 TFEU cubre ‘acuerdos’ y ‘prácticas concertadas’, siendo la última diseñada para prevenir a las firmas de evadir el artículo 101 por la vía de coludirse por medios que pueden no involucrar un acuerdo per se, pero que sin embargo contiene un elemento de cooperación anticompetitiva. La Comisión no requiere distinguir entre ambos conceptos, sino que simplemente puede encontrar ‘un acuerdo y/o práctica concertada’. La importancia del concepto de una práctica concertada no es su diferenciación de un acuerdo, sino del comportamiento paralelo que no infringe las normas de competencia”* (E. Elhauge y D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, 2ª. ed., 2011, p. 842; traducción nuestra. Las notas al pie con citas a la jurisprudencia han sido omitidas);

Trigésimo tercero: Que en el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional (por ejemplo, Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 524 y ss.). De igual modo, en estos mismos autos Héctor Hernández, en su informe acompañado por Walmart a fojas 8912, indica que *“en este informe no se hará, en principio, distinción entre acuerdo y práctica concertada (muchas veces se hablará simplemente de ‘colusión’), sobre todo considerando que la legislación chilena ha procedido expresamente a la equiparación práctica de ambas categorías desde el año 2003”* (fojas 8.878);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo cuarto: Que, por lo demás, ha sido fallado consistentemente en esta sede (por ejemplo, en la Sentencia N° 145/2015) que en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;

Trigésimo quinto: Que, en fin, la falta de asidero de la diferenciación entre acuerdos y prácticas concertadas se ve reforzada por el hecho que, en nuestro derecho, el texto legal siempre ha tenido la amplitud suficiente como para cubrir toda clase de prácticas. En efecto, el inciso primero del artículo 3º del D.L. N° 211, que constituye la norma general que da sustento a lo señalado ejemplarmente en las “letras” del inciso segundo, utiliza una terminología amplísima que no ha sufrido variaciones a pesar de los cambios de redacción que han sufrido estas últimas;

Trigésimo sexto: Que, por todo lo señalado, en lo sucesivo se continuará utilizando el vocablo “acuerdo” para incluir sus distintas manifestaciones, es decir, comprendiendo también las denominadas “prácticas concertadas”, como distinto del comportamiento paralelo o de uno interdependiente propio de una industria oligopólica;

2.2. Cuestiones relevantes relativas al funcionamiento de la industria supermercadista

Trigésimo séptimo: Que un segundo aspecto general que debe ser aclarado en forma previa dice relación con el funcionamiento de la industria supermercadista, el cual presenta ciertas particularidades relevantes de considerar. Ante todo, los precios regulares en el mercado minorista (es decir, aguas abajo) son fijados por cada empresa, teniendo en consideración, principalmente, objetivos de “posicionamiento” respecto a su competencia (es decir, comparándose con ella) y de margen. El posicionamiento no se mide solo en forma individual (esto es, comparando uno a uno los precios de cada bien),

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sino a nivel de “canastas”. Como se desprende de lo explicado en la Sentencia N° 147/2015, la idea subyacente es que el precio promedio de un conjunto de bienes esté dentro de un determinado rango previamente fijado en función del precio promedio de la misma canasta comercializada por la competencia en una comuna de referencia. Los objetivos de márgenes, en tanto, se determinan a nivel de categorías de productos;

Trigésimo octavo: Que lo anterior se desprende, por ejemplo, de la declaración testimonial de Daniela Cañón, de Walmart, rolante a fojas 4.138 del cuaderno principal, quien señaló que *“El posicionamiento es a ítem. Sin embargo, nosotros lo que velamos es por la canasta, por lo tanto ahí nosotros lo que buscamos es que la canasta total tenga un Price gap. Ahora si fuese tan lineal, ítem a ítem, no necesitaríamos un equipo porque podríamos hacerlo vía cien por ciento algoritmo, entonces tomo el precio de la competencia, le pongo el gap y lo fijo, sin embargo, el objetivo nuestro es que la canasta al cliente siempre le salga más barata, ese es nuestro objetivo, y por eso buscamos con tanta agresividad ser los más competitivos, porque el, la motivación es que ojalá que ninguna compra le salga más barata en otra parte a un consumidor”* (fojas 4.151). En sentido similar, Juan Pablo Vega, de SMU, a fojas 4.019 del cuaderno principal, señaló que *“El objetivo era un objetivo general, un objetivo general de posicionamiento y margen, lo que pudiera pasar con un producto en particular no había una regla definida, las reglas eran para los, para las categorías completas o las subcategorías”* (fojas 4.051). Por último, Rodrigo Hurtado, *product manager* de vacuno desde 2012 a 2013 en Cencosud y Gerente de Negocios de Carne a partir de 2013 en la misma empresa, a fojas 7.122 del cuaderno principal, indicó que *“Nosotros definimos los precios de distinta forma, o sea, dependiendo del costo que nos dé, del margen objetivo que tengo y de los precios de la competencia”* (fojas 7.131);

Trigésimo noveno: Que, asimismo, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de Julio Southerland (a fojas 6.487), Juan Pablo Vega (a fojas 4.019) y Daniela Cañón (a fojas 4.138), el posicionamiento se hace utilizando tomas de precio ejecutadas por empresas externas y también con tomas manuales de precios en el caso de productos que se venden a granel, como muchos de los asociados al presente caso;

Cuadragésimo: Que el proceso interno a través del cual los supermercados fijaban los precios de sus productos para los clientes finales fue cambiando a través del tiempo. La prueba del proceso muestra que en las tres requeridas tal función fue progresivamente “quitada” del área comercial dedicada directamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a la compra de los productos, para ser “entregada” a otra dedicada específicamente a dicho tema, usualmente denominada área de *pricing*. Sin embargo, como se verá más adelante con mayor detalle, durante la época de la conducta acusada (años 2008-2011) los encargados de *pricing* nunca fueron dotados de plena autonomía para fijar los precios promocionales, quedando tal tarea encargada principalmente a los compradores y sus superiores;

Cuadragésimo primero: Que para efectos de establecer los precios finales, es conveniente tener en consideración que, al menos en el caso del pollo fresco y aunque la estructura corporativa y la forma de funcionamiento de una cadena a otra, la prueba aportada al expediente da cuenta que en todas ellas la relación comercial con los proveedores se canalizaba fundamentalmente a través de una relación bilateral entre ejecutivos. Por parte de cada proveedor existía un *Key Account Manager* (KAM), quien estaba encargado de gestionar una determinada “cuenta” a la que atiende el respectivo proveedor; siendo cada requerida una “cuenta” distinta y, por tanto, atendida por un KAM diferente dentro de cada compañía proveedora. A su vez, por el lado de las cadenas de supermercados, existían uno o más compradores de carnes blancas, quienes se encargaban de gestionar la compra del pollo fresco y solían pertenecer a un área comercial más extensa dedicada a la compra de distintos tipos de carnes. En términos generales, la relación comercial diaria se daba entre estos agentes, aunque, como se mostrará, en muchas situaciones solían intervenir o al menos estar plenamente informados los superiores jerárquicos de cada uno de estos ejecutivos;

Cuadragésimo segundo: Que, según se desprende también de la evidencia del proceso (por ejemplo, del correo electrónico analizado en el considerando 149), la relación comercial entre los supermercados y los productores de pollo fresco incluía reuniones presenciales en forma frecuente. De este aspecto, además, dan cuenta diversos testigos. Por ejemplo, Francisco Noguera, ejecutivo de Agrosuper, cuya transcripción de su declaración rola a fojas 5.721 bis del cuaderno principal, señaló que *“Son las tres instancias. Teléfono, mail y reuniones. Siempre hay reuniones de trabajo, siempre el volumen de venta que se maneja es muy relevante pa’ la cadena Agrosuper”* (fojas 5.856). Pablo González, ex ejecutivo de Cencosud y SMU, cuya transcripción de su declaración rola a fojas 7.385 del cuaderno principal, confirmó lo anterior al declarar que *“uno trabaja mucho con email. También teníamos las reuniones semanales o quincenales”* (fojas 7.411). Lo mismo hizo Luis Zamorano, ejecutivo de Walmart, cuya declaración testimonial rola a fojas 7.487 del cuaderno

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

principal, quien declaró *“Si, también se reforzaba ese tema. Teníamos reuniones semanales con los proveedores”* (fojas 7.594);

2.3 Algunas precisiones respecto del producto concernido

Cuadragésimo tercero: Que, finalmente, también resulta relevante describir, de manera previa a establecer la existencia de la ilicitud, algunos aspectos asociados al producto relacionado con el requerimiento (esto es, el pollo fresco), los que resultan de utilidad tanto para analizar la prueba acompañada al proceso como para comprender de mejor forma la conducta acusada;

Cuadragésimo cuarto: Que, primero, el pollo fresco es un producto de rápida perecibilidad, cuya duración es de sólo 12 días y que, por lo mismo, es aceptado por los supermercados hasta unos pocos días después de la faena;

Cuadragésimo quinto: Que así lo clarificó, por ejemplo, Rodrigo Hurtado, *product manager* de vacuno desde 2012 y Gerente de Negocios de Carnes desde 2013 en Cencosud, en su declaración testimonial cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal. Sostuvo que el pollo fresco es *“un producto de altísima pericibilidad, lejos los más perecibles después de las frutas y verduras de lo que tenemos en supermercado. Es un producto que dura 12 días, es un producto que nosotros tenemos muy, muy pocos días de venta, nosotros dada nuestra política de calidad de Cencosud para ambas cadenas, nosotros retiramos nuestros productos con un 50% de vida útil”* (fojas 7133), a lo cual luego agregó que *“De la vida útil, de la vida útil del producto. Si tiene 12 días nosotros lo retiramos a 6. Hay toda una política detrás del porqué eso, pero es el sello Cencosud, que eso no lo tranzamos. Y generalmente nos entregan, dependiendo de la zona, nos entregan dos, tres días si es Región Metropolitana y Quinta Región, y con cuatro días de producido si es en los extremos. Por lo tanto, uno puede deducir fácilmente que nos quedan 2 días en extremo y 3 días en Santiago para poder vender este producto”* (fojas 7.133). En sentido similar, Cristián Tirado, ejecutivo de Ariztía, cuya declaración testimonial se encuentra transcrita a fojas 7041 del cuaderno principal, señaló que *“Pollo y pavo son muy similares, producto que dura 12 días desde el momento que se faena”* (fojas 7.050);

Cuadragésimo sexto: Que, además, tal como se describió en la Sentencia N° 139/2014 (considerando 198°), la oferta de pollo fresco está fija en el corto plazo. En particular, *“el ciclo productivo de los pollos comprende veintiún días de incubación y cuarenta y cinco días de engorda”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo séptimo: Que la imposibilidad de aumentar la oferta en el corto plazo es confirmada por la declaración de Rodrigo Hurtado, cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal, quien sostuvo lo siguiente: *“A ver, yendo un poquito más atrás, aguas, atrás, desde la producción, crear pollos, desde el conocimiento que tengo, crear pollos no es llegar y poner más pollos, crear pollos es... se crean en planteles, tengo entendido que son 32 días los que se demoran, para aumentar la disponibilidad y la oferta en un país”* (fojas 7.134);

Cuadragésimo octavo: Que esta característica de la oferta de pollo fresco es altamente relevante en el presente caso, por cuanto implica que los productores y supermercados no pueden reaccionar con rapidez cuando enfrentan *shocks* positivos de demanda, lo que, a su vez, conlleva un riesgo de que se produzcan quiebres de inventario mayor al observado en otros productos vendidos por los supermercados;

Cuadragésimo noveno: Que ambas características antes mencionadas (la corta duración y el carácter fijo de la oferta), consideradas en conjunto, tienen como corolario que el abastecimiento mayorista de pollo fresco sea más irregular que en otros productos y que el porcentaje de cumplimiento de los pedidos de los supermercados por parte de los proveedores (conocido en la industria como *fill rate*) sea también menor al de otros productos;

Quincuagésimo: Que lo anterior fue confirmado en el proceso por Juan Pablo Vega, Gerente General de SMU entre los años 2008 y 2012, cuya declaración testimonial rola a fojas 4.019 del cuaderno principal, quien señaló lo siguiente: *“Pasa además que en la categoría pollos tiene sus características particulares. Una que es de alta perecibilidad, cierto, los productos vencen rápido. Y segundo, es una categoría que tiene un bajo nivel de servicio, bajo fill rate. De los pollos que compro, me llega un porcentaje que no es el 100, sino menor”* (fojas 4.054); y por Sebastián Matte, gerente de perecibles de SMU entre 1996 y 2015, cuya declaración testimonial rola a fojas 4186 bis del cuaderno principal, quien indicó que *“Históricamente, con los grandes proveedores, ha sido el gran tema, porque fuera de negociar precios, descuentos, productos nuevos, el gran tema es que me atiendan, que lleguen con los productos, y normalmente en SMU habíamos visto nosotros que los niveles de servicio de los proveedores son bajísimos. O sea, si yo le pido 100 y me entrega 70 o 80, o sea eso habla de un 70 o 80% de niveles de servicio es malísimo”* (fojas 4.227);

Quincuagésimo primero: Que, en segundo término, la evidencia del proceso muestra que en el mercado aguas abajo no se vendía pollo fresco importado, sino sólo producto de origen extranjero en formatos congelados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, en general, aunque existe alguna variación en el tiempo, el pollo congelado no representaba una porción relevante de las ventas de pollo;

Quincuagésimo segundo: Que lo anterior se desprende de las declaraciones testimoniales de los siguientes ejecutivos: (i) Juan Pablo Vega, de SMU, cuya transcripción rola a fojas 4.019 del cuaderno principal, quien señala *“Y en la época que estuve en SMU nunca pudimos importar pollo fresco desde Argentina o de ninguna otra parte. Si podía importarse pollo congelado, lo tratamos de empujar muchísimo a través de precio, exhibiciones en las góndolas de productos refrigerados, pero el público no se lo llevaba, así de simple. Así que nunca tuvimos mucho éxito con el pollo congelado”* (fojas 4.041); (ii) Pablo González, administrador de carnes rojas en SMU desde 2009 hasta 2011, jefe de área carnes desde 2011 a 2012 y subgerente del área en esta última empresa a partir de 2012, cuya transcripción rola a fojas 7.385 del cuaderno principal, quien se refirió a las importaciones de pollo sosteniendo *“No, por el volumen, no el volumen de pollo es, se hace, pero es bajo, es todo congelado, tiene otro, a percepción del cliente tiene, es otro tipo de producto. El cliente diferencia mucho entre el producto congelado y el fresco, puedo tener el mismo producto y el cliente va a preferir el fresco”* (fojas 7.397); y (iii) Joseba Loroño, Gerente Negocios de Carnes de Cencosud desde 2009 a 2013, cuya transcripción rola a fojas 1.519 del cuaderno principal, quien señaló *“Y nosotros intentamos bajar la concentración importando desde Argentina. Pero lo que se puede importar de pollo es congelado, no se puede importar pollos frescos por, eh, por la perecibilidad del producto. Entonces la penetración del pollo congelado es muy baja, entonces nos costó mucho poder bajar la concentración de estos proveedores”* (fojas 1.539);

Quincuagésimo tercero: Que, finalmente y tal como se ha indicado en otros casos (véase Sentencia N° 119/2012), es relevante considerar la importancia del pollo fresco para los clientes de los supermercados, contando su demanda con una alta elasticidad o sensibilidad respecto al precio. Se trata de un producto reconocido transversalmente como un producto “gancho” o “generador de tráfico”, los que en la señalada Sentencia N° 119 fueron definidos como aquellos *“que los actores del mercado minorista podrían estar dispuestos a vender bajo costo para así atraer clientes a sus locales y aumentar las ventas de otros de su amplia gama de productos ofertados”* (considerando 42). De aquí su denominación también como *loss leading product*. Dada esta característica, el pollo fresco es un producto clave para el negocio de los supermercados, porque al tener un precio especialmente atractivo en un local en particular, generalmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a consecuencia de una promoción, incentiva a los consumidores a acudir a dicho local a realizar sus compras de ese y otros bienes;

Quincuagésimo cuarto: Que lo anterior se puede desprender, por ejemplo, de las declaraciones de Rodrigo Hurtado, de Cencosud, cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal, quien señaló que “*Es importante mencionar que la categoría pollos está definida con un rol de generador de tráfico de supermercados, el género de tráfico es que, es una categoría que un cliente ante una oferta que ve en cualquier medio masivo se levanta y va especialmente al supermercado por esa oferta, que no muchas categorías la tienen*” (fojas 7.128). De modo similar, Daniela Cañón, de Walmart, cuya declaración rola a fojas 4.138 del cuaderno principal, sostuvo que “*si usted se fija los jueves en la noche, en la televisión, se repleta de, el pollo, desde mañana a domingo, el pollo, la carne, el guachalomo sobrecostillas, el detergente, todos los productos de alto volumen, porque obviamente a la gente, esos son los productos que generan tráfico*” (fojas 4.159). Finalmente, Sebastián Matte, de SMU, cuya declaración se encuentra a fojas 4.186 bis del cuaderno principal, afirmó “*yo sé que cuando activo un trutro o una pechuga voy a llamar a mucha gente que es lo que busco, o sea, lo que busco yo es que un cliente en vez de irse a un local de mi competencia, se venga a Unimarc el fin de semana a comprar y fuera de comprar el pollo, en el fondo compre el resto de los productos*” (fojas 4.246);

Quincuagésimo quinto: Que la característica de *loss leading* es importante en el presente caso. Del análisis de los antecedentes es posible desprender que la práctica acusada sólo tuvo relevancia en los precios promocionales. Ello por cuanto, tal como se desprende de las declaraciones los testigos Sebastián Matte, de SMU (a fojas 4.186 bis), y Julio Southerland, de Walmart (a fojas 6.487), y consistente con lo que se detalla en el considerando 132, cuando habían precios normales los márgenes por venta del producto eran positivos, acercándose a cero (que era el límite impuesto por la regla de comportamiento) sólo con precios promocionales;

Quincuagésimo sexto: Que, al respecto, cabe mencionar que existe en el proceso cierta controversia acerca del tipo de promociones que habría sido afectado por las conductas: si tanto las promociones comunicadas (esto es, aquellas que se planifican con antelación por las cadenas, sea a nivel nacional o local y, por tanto, se contienen en volantes o avisos) como las no comunicadas (esto es, aquellas que no tenían una planificación previa y surgían de necesidades particulares); o sólo las primeras. Si bien existen declaraciones de ejecutivos en este último sentido, la evidencia documental da cuenta que parece

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

haberse afectado ambos, por lo que en lo sucesivo no se hará distinción respecto del tipo de promociones a las que alcanzó la regla;

Quincuagésimo séptimo: Que, en suma, el hecho de que el pollo fresco sea un producto “gancho” es un aspecto particularmente relevante para el análisis del presente caso, porque revela un aspecto central del funcionamiento de las cadenas de supermercado. Significa que cada una de ellas no toma sus decisiones comerciales respecto de este producto de manera independiente de los demás que ofrece (esto es, con el sólo objetivo de rentabilizar su venta), sino que lo hace con el propósito de generar una efecto o externalidad sobre las ventas de otros productos. Considerar esta racionalidad económica, distinta de muchos otros productos, resulta fundamental para comprender la forma de proceder de las cadenas;

Quincuagésimo octavo: Que, en este contexto, aunque la FNE señala en su requerimiento que el mercado relevante del producto correspondería al de la *“comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales”* (fojas 26) y que, dado que las cadenas habrían observado y exigido la aplicación de la “regla” a nivel nacional, el mercado geográfico también tendría tal extensión (fojas 27), las requeridas han controvertido ciertos aspectos vinculados a estos puntos;

Quincuagésimo noveno: Que Cencosud destaca en su contestación que el requerimiento no ha hecho referencia alguna al mercado aguas arriba, el que define como el de *“producción, distribución y comercialización de carne de pollo fresco”* (fojas 515) y cuyas principales características serían que es altamente concentrado, que el mayor poder negociador lo tienen los productores y que estos fueron sancionados por implementar un cartel. Respecto del mercado aguas abajo, en cambio, coincide con la FNE, señalando que sería un mercado en evolución con diversidad de formatos, que Cencosud participaría con sus marcas Jumbo y Santa Isabel, y que en ciertas zonas geográficas el canal tradicional ejercería un rol disciplinador;

Sexagésimo: Que, sin embargo, la mayor discrepancia de Cencosud sobre el mercado relevante definido por la FNE se da respecto de su dimensión geográfica. Así, señala que la jurisprudencia de este Tribunal ha definido anteriormente que el mercado supermercadista *“es fundamentalmente local, ya que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados, en ella insertos, serán considerados por los consumidores como sustitutos cercanos”* (fojas 521) y que el mercado geográfico está determinado *“por la distancia que, para el consumidor, resulte razonable desplazarse para*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

realizar compras” (fojas 521). Agrega que sus locales están organizados en *clusters* con distintas estrategias comerciales, debiendo considerarse las particularidades locales para evaluar la conducta imputada y sus efectos;

Sexagésimo primero: Que, por su parte, SMU realiza observaciones similares a las hechas por Cencosud, señalando que la FNE no ha considerado el mercado conexo existente aguas arriba y que la competencia entre supermercados, aguas abajo, sería eminentemente local, lo que definiría múltiples mercados relevantes paralelos e independientes. A lo anterior agrega que es importante analizar la evolución del mercado relevante, aspecto que sería especialmente importante para SMU dados los cambios estructurales de los que fue objeto durante el período acusado por la FNE, destacando la baja participación que habría tenido su antecesor legal (esto es, la cadena Unimarc) al año 2006;

Sexagésimo segundo: Que, en fin y de manera similar a las otras requeridas, Walmart afirma que la competencia entre supermercados ocurre en un radio delimitado por el área de influencia de cada sala de ventas y que las prácticas comerciales pueden variar entre distintas zonas. Respecto al mercado relevante del producto, comparte en términos generales lo señalado por la FNE, pero señala que se debe agregar al pollo congelado importado como parte del mercado relevante, aun cuando sea considerado sólo como sustituto imperfecto, y que, además, la FNE debió haber considerado en su análisis el mercado conexo aguas arriba. Sobre este punto, Walmart agrega que es incorrecto definir el mercado relevante únicamente a partir de la acusación que da origen al caso, como lo hizo la FNE, atendido que el esfuerzo que habría hecho para viabilizar la importación de pollo congelado sería inconsistente con la teoría del caso planteada en el requerimiento, porque las importaciones canibalizarían las rentas colusorias producidas por la práctica acusada;

Sexagésimo tercero: Que, sobre el particular, es dable reiterar que aunque los posibles efectos de la conducta acusada recaen en los consumidores finales (es decir, en el mercado de la venta minorista de pollo fresco), la conducta acusada se construye a partir de restricciones verticales paralelas que comprenden tanto el mercado aguas abajo como el mercado aguas arriba de la producción y comercialización mayorista de pollo fresco. En tal sentido, era esperable que la FNE realizara un análisis al menos somero del mercado aguas arriba, ya que sus características tienen implicancias para el análisis de la conducta requerida. Sin embargo, su ausencia no invalida en modo alguno la acusación, pues no es esencial a ella (sin perjuicio de lo aclarado respecto del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

funcionamiento de la industria), ni justifica ampliar la definición del mercado relevante del producto (aun cuando el pollo congelado importado pueda efectivamente haber tenido algún grado de sustitución con el pollo fresco a la época del requerimiento);

Sexagésimo cuarto: Que en cuanto al ámbito geográfico, es indudable que es nacional y no local, pues la acusación no dice relación directa con la competencia a través de canastas de productos (como fue lo relevante, por ejemplo, en el caso de la Sentencia N° 147/2015), sino con el acuerdo que se habría adoptado a nivel central por cada una de las requeridas para aplicar un precio mínimo de venta en uno de ellos de manera específica. Esta definición – nacional– es, además, consistente con lo señalado en la Sentencia N° 119/2012 (considerando 39), caso que presentaba características similares en su dimensión geográfica;

3. La prueba de la conducta acusada

Sexagésimo quinto: Que precisadas las cuestiones preliminares, corresponde ahora mostrar cómo, a nuestro juicio, el núcleo de la acusación de la Fiscalía ha sido acreditado durante el proceso;

Sexagésimo sexto: Que, cabe recordar, para probar la acusación de la FNE se debe establecer: (i) la existencia de una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender pollo fresco a no menos del precio de lista más IVA (u otra formulación similar); y (ii) que esta regla era observada, y su aplicación exigida, por cada una de las cadenas;

Sexagésimo séptimo: Que la prueba detallada a continuación da cuenta de que ambos elementos estuvieron presentes en el actuar de cada una de las cadenas de supermercados al momento de adoptar sus decisiones de precios promocionales. Es decir, su actuar no fue individual, como se espera de una situación competitiva, y fue más allá de la mera interdependencia estratégica propia de un mercado oligopólico;

3.1. Aspectos generales de la valoración

Sexagésimo octavo: Que, en el presente caso y atendida la naturaleza del acuerdo, la conducta acusada se infiere de la actuación de las partes, la cual fue materializada en comunicaciones entre cada una de ellas y los proveedores, principalmente a través de correos electrónicos. Estos últimos se refieren específicamente al producto pollo fresco, aunque existen otros referidos a productos diferentes comercializados por los supermercados (los que no fueron

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objeto de la acusación). Además, la materialización de la conducta también se desprende de las declaraciones testimoniales prestadas durante el proceso y de las interrogaciones a diversos ejecutivos efectuadas por la Fiscalía;

Sexagésimo noveno: Que, evidentemente, toda la prueba relativa a productos distintos del pollo fresco sólo puede ser considerada como indiciaria de un eventual acuerdo en el presente caso. Como correctamente sostiene el informe de Andrés Fuchs, acompañado a fojas 8.527 del cuaderno principal, no existe impedimento legal para que tal evidencia sea admitida y valorada en el proceso, sin que ello implique una afectación al principio de congruencia;

Septuagésimo: Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica;

Septuagésimo primero: Que esta es también la forma en que se analiza la prueba en el derecho comparado, según dan cuenta los informes de Okeghene Odudu, de fojas 10.002, y de Spencer Weber Waller, de fojas 10.016. En el derecho norteamericano, el caso seminal es *Matsushita (Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 587 [1986])*; en Europa, *Dyestuffs (Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68)*. La jurisprudencia de otros países también aplica la misma mirada. Como ha sintetizado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “*el enfoque holístico es preferible que requerir que cada ítem de evidencia circunstancial sea vinculado a un acuerdo específico*” (*Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, p.9, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>, última visita: 22.02.19). Lo relevante para determinar una infracción es, entonces, otorgarle a la prueba un efecto acumulativo y no considerar cada antecedente de manera separada;

Septuagésimo segundo: Que, por lo anterior, si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, es el conjunto de ellas y de las declaraciones prestadas ante este Tribunal y ante la FNE el que permite, en este caso, arribar a la conclusión señalada de que las cadenas infringieron el D.L. N° 211 en la forma indicada por la FNE en su requerimiento. Al respecto, debe recordarse que el estándar probatorio en la materia no exige que no exista una explicación alternativa, sino que el conjunto de la prueba lleve a concluir la hipótesis de colusión;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo tercero: Que, como se verá, las posiciones de las cadenas difieren en lo que respecta a la existencia de la regla de comportamiento. Mientras Walmart la niega de manera absoluta, SMU indica que los proveedores intentaron imponer ciertas condiciones de venta a precio mínimo, aunque niega que dicha acción sea una “regla” en la forma que indica la FNE. Cencosud, finalmente, también sostiene que son los proveedores quienes impusieron condiciones, y denomina expresamente como “regla” a este comportamiento. Atendidas estas diferencias y para efectos de claridad en la exposición, la prueba será detallada de manera separada para cada una de las tres requeridas;

Septuagésimo cuarto: Que, como hemos adelantado, independiente de su posición respecto de la regla de comportamiento, las tres cadenas niegan el componente horizontal de la acusación;

Septuagésimo quinto: Que, finalmente, en el análisis que sigue, en línea con lo realizado en otras sentencias previas de esta magistratura (por ejemplo, en la Sentencia N° 160/2017) y con la práctica en el derecho comparado, en particular de la Corte Europea de Justicia, la prueba documental ha sido transcrita de las versiones públicas acompañadas al expediente para efectos de resguardar la confidencialidad o reserva de ciertos instrumentos decretada en el proceso. Lo anterior por cuanto esas versiones públicas constituyen antecedentes suficientes para fallar esta causa y, en consecuencia, no ha sido necesario ejercer la atribución contemplada en el artículo 22 inciso décimo del D.L. N° 211, consistente en decretar el término de la reserva o confidencialidad de dichos documentos. En lo sucesivo, entonces, la información tachada en dichas versiones aparece con el símbolo “[X]” o con la expresión “[Ejecutivo de XX]”, de modo de garantizar que la confidencialidad sea compatible con los eventuales derechos que deseen hacer valer las partes;

3.2. La observancia de la regla por parte de Cencosud

Septuagésimo sexto: Que, frente a la acusación de la FNE, Cencosud planteó primero una defensa de carácter procesal y luego, de manera subsidiaria, otras relativas al fondo de la acción deducida;

Septuagésimo séptimo: Que en lo que respecta a la defensa procesal, alegó que Cencosud S.A. (la empresa requerida en estos autos), carecía de legitimación pasiva (fojas 507), afirmando que el verdadero legitimado pasivo de la acción debía ser su filial Cencosud Retail S.A, pues es esta última la que *“tiene a su cargo la explotación, gestión y administración de los supermercados”* (fojas 509);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo octavo: Que, respecto de esta materia, en Sentencia N° 154/2016 (considerando 8º) se sostuvo que *“la legitimación pasiva debe entenderse como la ‘aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de la acción, y por consiguiente, del poder jurisdiccional, y necesariamente tiene que ver con el contenido de la relación jurídica material en que la parte incoada efectiva y realmente participó’ (Sentencia N° 131/2013). Por consiguiente, para resolver las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las demandadas se debe analizar si éstas se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas [...].”*;

Septuagésimo noveno: Que, entonces, desde el punto de vista de la libre competencia, lo relevante para evaluar una excepción de falta de legitimación pasiva es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Así, si las decisiones son adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial, la responsabilidad por los hechos ejecutados puede atribuirse a la matriz de dicho grupo (véase, en este sentido, las Sentencias N° 139/2014, 103/2010 y 154/2016);

Octogésimo: Que existen en autos diversos elementos que permiten concluir que, para efectos de resolver este caso, Cencosud puede ser considerada como una sola unidad económica que incluye a su matriz;

Octogésimo primero: Que, primero, ambas entidades poseen unidad de dirección. Ello se demuestra no sólo por el hecho de que la propiedad ampliamente mayoritaria de Cencosud Retail S.A. pertenece a Cencosud S.A., sino también por lo declarado por el propio gerente general de Cencosud S.A., Jaime Soler Botinelli, cuya transcripción rola a fojas 3.852 del cuaderno principal, afirmando ser *“responsable de cada una de las divisiones de la Compañía a lo largo de los cinco países”*, lo que *“implica liderar, supervisar y dirigir cada una de sus unidades de negocios en los cinco países donde actualmente participamos”* [...], siendo él *“el líder y el jefe de los gerentes generales de las diferentes divisiones a lo largo del país”* (fojas 3.853). Por lo demás, como bien hace notar la FNE a fojas 13.055, la matriz y la filial comparten una serie de ejecutivos centrales comunes, cuestión que no ha sido desmentida por Cencosud;

Octogésimo segundo: Que, enseguida, el mismo absolvente ratificó que el negocio supermercadista es el rubro principal de Cencosud y que sus principales ingresos provienen de él: *“el negocio de supermercadismo es el corazón de la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Compañía, por ende, es el negocio más importante, y más menos asciende al 70% de las ventas totales de la Compañía a lo largo de la región” (fojas 3.868). Esto se confirma circunstancialmente por el hecho que Cencosud S.A. ha actuado en numerosas ocasiones en esta sede defendiéndose directamente en casos asociados el rubro supermercadista (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 159/2017 y la Resolución N° 43/2012);

Octogésimo tercero: Que, finalmente, Cencosud no ha acreditado en estos autos (correspondiéndole hacerlo) que ambas sociedades son administradas de manera independiente;

Octogésimo cuarto: Que por todo lo señalado, la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Cencosud no será acogida;

Octogésimo quinto: Que, en lo que respecta ahora al fondo de la acción deducida, en primer término Cencosud, a diferencia de las otras dos cadenas requeridas, no niega la existencia de una regla de comportamiento, sino que basa su defensa principalmente en que tal restricción vertical le habría sido impuesta por las empresas productoras de pollo fresco, pero que, sin embargo, no le habría dado cumplimiento;

Octogésimo sexto: Que lo anterior lo expone en diversas partes de su contestación, como por ejemplo cuando señala que *“un correcto análisis del mercado relevante, que incluye una revisión del mercado de la provisión de carne de pollo (aguas arriba) y el mercado supermercadista (aguas abajo), dan cuenta que la regla consistente en un precio mínimo de venta del pollo fresco, no es el reflejo de un acuerdo o práctica concertada entre Cencosud y las demás Cadenas Requeridas, sino más bien una restricción impuesta por los Proveedores Relevantes, que configura una imposición de precio mínimo de reventa”* (fojas 504). En sentido análogo, sostiene que *“la regla descrita por la FNE en su Requerimiento siempre fue entendida por Cencosud como una restricción histórica impuesta por los Proveedores Relevantes, en el marco de las promociones de determinados productos. // La estrategia general de precios de Cencosud ha sido y sigue siendo vender sobre sus costos, por lo que no existía mayor molestia en la imposición por parte de los Proveedores Relevantes de una regla como la descrita. Sin embargo, cuando fue preciso para Cencosud vender ciertos productos bajo el Precio de Lista –dentro de los cuales se encontraba la carne de pollo fresco- ya sea porque se requería una estrategia más agresiva en dicha categoría para generar venta o porque se estaba perdiendo competitividad, Cencosud no respetó la regla impuesta por los Proveedores Relevantes asumiendo el riesgo de corte de despacho”* (fojas 542);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo séptimo: Que, sin embargo, existe evidencia suficiente en autos tanto para dar por acreditada la adhesión de Cencosud a la regla de comportamiento, como también para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados también aplicaban una similar;

Octogésimo octavo: Que, previo al análisis y para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente aclarar quienes eran los principales ejecutivos y ex ejecutivos de Cencosud y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

- (i) Joseba Loroño, analista de control de gestión en Cencosud desde 2004 a 2006, jefe de producto de carnes rojas en Cencosud desde 2006 a 2007, subgerente de administración y finanzas en Eurofashion (filial de Cencosud) desde 2007 al 2009, Gerente Negocios de Carnes de Cencosud desde 2009 al 2013 y Gerente de Negocios de Proyecto Perecibles en Cencosud desde 2013 a 2014;
- (ii) Pablo González, *trainee* en área de logística en Cencosud desde 2006 al 2007/2008 y luego Product Manager de Carnes Rojas en Cencosud hasta agosto de 2009. Luego de ello, pasa a trabajar en SMU;
- (iii) Alfredo Calvo, Jefe de Producto de Pollos en Cencosud entre 2008 y 2012;
- (iv) Jorge Kuncar, trabajador de Cencosud entre 2007 y 2010, como Product Manager de Carnes Blancas primero y luego como Gerente de Negocios de Cuidado del Hogar y Personal;

Octogésimo noveno: Que, en primer término, el siguiente correo electrónico no sólo contradice la supuesta imposición de la regla de comportamiento por parte del proveedor, sino que, además, descarta que la restricción vertical tuviese un carácter bilateral, esto es, exclusivamente con Cencosud y no con sus competidores:

"Victor, no voy a polemizar contigo. Es un acuerdo que se llegó en conjunto hace más de 2 años y en teoría iba a ser implantado [SIC] con el resto de los retails. Los tiempo [SIC] cambian y si quieren cambiar el acuerdo, lo podemos hacer. Lo revisamos hoy en nuestra reunión".

- Correo de Joseba Loroño (Cencosud) a Victor Velázquez (Agrosuper) y Pablo González (Cencosud), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper), de fecha 7 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

julio de 2009, que rola a fojas 64 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo: Que este correo electrónico pone término a una cadena que tiene como tema principal un catálogo de cerdos del supermercado Lider, pero que hace referencia también a precios bajo el costo en pollo fresco, respecto de los cuales se habría vulnerado la regla (es decir, no se habría respetado el precio mínimo). El primer correo fue enviado a Agrosuper por el ejecutivo de Cencosud, señalándole que *“como empresa hemos sido bastante respetuosos con la postura de no salir bajo el costo, pero se hace difícil cuando vemos que nuestra competencia cada vez más seguido realiza este tipo de acciones”*. Tal comunicación es contestada por Víctor Velásquez de Agrosuper, señalando que *“ustedes desde hace ya un par de semanas que han estado vulnerando los precios bajo costo”*, entregando junto a ello ejemplos de tal vulneración, entre otros, algunos relativos al pollo fresco. En este contexto, el correo presentado en el considerando anterior es un importante indicio no sólo de que el cumplimiento de la regla se exigía entre los supermercados, sino también de que su acatamiento estaba supeditado al cumplimiento por parte de los demás competidores aguas abajo;

Nonagésimo primero: Que, enseguida, el carácter horizontal de las prácticas acusadas –esto es, que la “regla” era observada por Cencosud en el entendido que las demás cadenas actuarían de la misma forma– se aprecia también en los siguientes dos extractos de declaraciones testimoniales prestadas durante el proceso: el primero, de un ejecutivo de Cencosud (quien es, además, la persona que envió el correo electrónico indicado en el considerando 89) y el segundo, de un ejecutivo de Ariztía:

[Extracto 1] Joseba Loroño: *“Lo que él [el ejecutivo del productor de pollo fresco] me decía a mí era que la pasada era igual para todos que también ellos le iban a cortar los despachos o no ofrecer productos atractivos a futuro”*.

- Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 91, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

[Extracto 2] Abogado FNE [mostrándole un correo electrónico al declarante]: *“En la frase final, cuando señala que ‘lo ha hablado con todas las cadenas y seguirá reforzando’, si lo recuerda, con qué cadenas era que había hablado y qué es lo que había hablado, digamos, en el fondo”*.

Cristián Tirado: *“Eh, en general hablé con Cencosud y con SMU, particularmente. Algo... o sea, lo que había hablado con”*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Supermercados del Sur, que estaba acá, y en algún minuto con Tottus, tuvo que haber sido”.

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía), página 53, acompañada por la FNE a fojas 7041.

Nonagésimo segundo: Que, reiterando, un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplieran la regla de comportamiento (esto es, que respetaran el precio mínimo) se puede concluir que ésta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo. Así, en el siguiente correo electrónico de Cencosud a un proveedor se puede apreciar la existencia y observancia de la regla por parte de la cadena:

"Cristián/Miguel, hace ya un tiempo les estamos informando que el precio del pollo entero se esta [SIC] prostituyendo en nuestra competencia. Les envío adjunto situaciones actuales de Lider Belloto y Lider Talca. [...] Señores, necesito saber de manera formal cual es la estrategia de precios de venta a público que ustedes manejan en este producto, ya que históricamente la banda de precio estaba fijada en todo el mercado. Esperamos una respuesta concreta y no solo buenas intenciones, ya que de acuerdo a ésta nosotros modificaremos nuestra estrategia en forma definitiva en cuanto al posicionamiento en este formato de producto".

- Correo electrónico de Jorge Kuncar (Cencosud) a Cristián Tirado (Ariztía) y Miguel Villabona (Ariztía) de fecha 10 de marzo de 2009, contenido en el archivo "Adjunto 2 Sin asunto" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Nonagésimo tercero: Que el correo electrónico antes citado es particularmente relevante por diversas razones. Primero, porque emana de un ejecutivo de Cencosud y está dirigido a sus respectivas contrapartes en las empresas productoras de pollo fresco. Segundo, porque reconoce la existencia de una "banda de precios" histórica que no se aplicaba sólo a Cencosud, sino también a sus competidores. Tercero, porque el motivo del correo es una queja respecto a la actuación comercial de su competidor Walmart, en parte responsabilizando de ello a los receptores del correo. Y cuarto, porque en la comunicación se explicita que se espera de los productores una "respuesta concreta y no sólo buenas intenciones", lo que permite concluir razonablemente que el objetivo era influir en las decisiones comerciales de su competidor a través de los proveedores de pollo fresco;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo cuarto: Que la naturaleza horizontal de la conducta se ve reforzada por las comunicaciones verticales en que, como en el correo anterior, pero ahora de modo más explícito, Cencosud buscaba algún tipo de represalia o llamado de atención hacia sus competidores. Estas comunicaciones y su contenido fueron reconocidas tanto por parte de Joseba Loroño, ex ejecutivo de Cencosud, como también por Cristián Tirado, ex trabajador de Ariztía:

[1] *Joseba Loroño: “[...] y si yo veía que o cualquiera de los locales veían que la competencia salía bajo el costo tanto el jefe de producto como yo le reclamaba en el fondo de que no estaban siendo igualitarias las condiciones.”*

- Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 80, acompañada por la FNE a fojas 1622.

[2] *Abogado FNE [preguntando al declarante acerca de un correo electrónico enviado desde Cencosud]: “En el segundo párrafo de esa comunicación señala que ‘la semana pasada salieron bajo costo con el trutro entero con Unimarc y no recibí las explicaciones ni las medidas que se tomaron, sino que lo verían con la cadena’. ¿Qué tipo de explicaciones o qué tipo de medidas eran las que se le solicitaban junto con ese reclamo?”*

Cristián Tirado (AR): “Llamadas, y básicamente como dije antes él quería que igualáramos las condiciones que él creía que tenían en cuanto a descuento. A nuestra negativa, porque no estábamos dispuestos a dar esos descuentos, él pedía muchas veces que bloqueáramos los despachos como medida eh que no entregáramos los descuentos, que era una cosa que no hacíamos, y dos que los bloqueáramos, y tres que habláramos con ellos. Alguna de esas medidas está preguntando”.

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía) página 55, acompañada por la FNE a fojas 7119.

[3] *Abogado FNE: “(...) ¿Qué se persigue al solicitar al solicitar el corte de despacho a la cadena que incurrió en este precio bajo costo?”*

Cristián Tirado (AR): “Que no logre... o sea, que suba el precio.”.

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía) página 56, acompañada por la FNE a fojas 7.119.

Nonagésimo quinto: Que, a mayor abundamiento, existe evidencia de que lo deseado era la búsqueda de un acuerdo formal y transversal a las distintas cadenas de supermercados, según se observa en los siguientes correos electrónicos de un ejecutivo de Cencosud a uno de Agrosuper:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

[1] *"Según lo conversado, vamos con oferta en trutro la próxima semana con los siguientes acuerdos: (...) 5.- Precio sobre el costo \$1.416 (...) Daniel, habíamos llegado a acuerdo y tú me aseguraste que el mercado estaba igualado en criterios arriba de costo. Hoy aparece publicado southern cross en el sur con trutro entero bajo costo. Es lo mismo que nos sucedió durante el 2009 y que llevamos conversando varias semanas para corregir el 2010. Te pido tomar las medidas correctivas".*

- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "629.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] "(...)

d. Todas las ofertas comunicadas de manera masiva deben ir necesariamente sobre el precio lista del producto (precio sin descuento aplicado). Ejemplo: Si el precio lista de un producto es de \$1.000/kg y el descuento es de 30%, el precio mínimo publicado en la oferta masiva debe ser mayor o igual a \$1.000 + IVA. (...)

f. El acuerdo de precio de publicación mencionado en el punto d) debe ser respetado por todos los supermercados/hipermercados/mayoristas/tiendas de conveniencia/hard discount/otros en Chile.

g. En el caso de que la competencia señalada en el punto f) no cumpla el acuerdo señalado en el punto d), el proveedor asegura que el retail no tendrá producto exhibido en sus góndolas durante todo el período de oferta (...)

Daniel, espero realmente que esta nueva forma de comunicación comience a mejorar la relación. (...) Si bien lo hemos intentado otras oportunidades sin mayores resultados, estoy confiado que esta vez será diferente (...)"

- Correo de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 25 de febrero de 2010, contenido en el documento "635.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Nonagésimo sexto: Que, en relación con la anterior comunicación, el mismo ex ejecutivo de Cencosud, Joseba Loroño, afirma que el objetivo buscado era que sus competidores tuvieran las mismas restricciones verticales (intentando justificar ello en una supuesta imposición y en la búsqueda de no ser discriminados). Ello se desprende de su declaración testimonial:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Joseba Loroño: “Si. O sea, lo que digo ahí [refiriéndose a un correo electrónico que le fue mostrado por la FNE durante la declaración] es lo que he venido diciendo, que esta era una regla que venía de antes y que lo que yo estaba diciendo de la definición formal es que se igualaran las condiciones para todos mis competidores, ya, en el sentido de... ¿qué es lo que pongo ahí?... Le estoy pidiendo, que ya lo he dicho antes, es que quiero que se dicten las reglas en igualdad de condiciones, para todos, de manera formal, en el sentido de que a mi no me pidan cumplir cosas que al resto no se las piden, y eso es competir en igualdad de condiciones, a eso me refiero con una definición formal, a que no me la exijan solamente a mí”.

--Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 74, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Abogado FNE: “Y de qué forma, o si alguna vez le dijo que él hacía algo para tratar de establecer esta igualdad de condiciones que ustedes como cadena buscaban.”

Joseba Loroño: “Él en particular no lo puede hacer porque son KAM distintos, el KAM de Cencosud es distinto al KAM de Líder, ahora si ellos ponían en mail y en llamadas telefónicas que sí aplicaban esta norma para el resto también, lo cual como dije anteriormente, yo no sabía que esa práctica del proveedor era algo que no se podía hacer, entonces yo decía bueno si me lo impone a mi y se lo impone también al resto entonces estamos en igualdad de condiciones”.

--Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 79, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Nonagésimo séptimo: Que todos los aspectos referidos anteriormente, es decir, la existencia de la regla, el monitoreo por parte de los productores, las amenazas de corte de despacho y las peticiones de represalias entre los supermercados, pueden ser observadas también en la siguiente cadena de correos electrónicos entre ejecutivos de Cencosud y Agrosuper, de fecha 22 de Julio de 2010, rolante a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

“Joseba, El acuerdo es claro, no salir bajo el costo y un [X]% bajo el costo con tarjeta. En esta promoción querámoslo o no, estamos bajo el costo, [X]. Ahora bien hace algunas semanas atrás, semana del mundial de Chile, fuiste tu mismo el que me llamaste porque supiste que la cadena Tottus [X] y que eso era bajo el costo y que si lo hacían tu mismo ibas a partir con ofertas bajo el costo. Pues bien la cadena

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no salió bajo el costo, dado que la oferta se bajo dado el reclamo que yo realice al interior de AS por tu reclamo, es decir logramos que se cumpliera lo acordado".

- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), con copia a Alfredo Calvo (Cencosud) y otros, de fecha 22 de julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"[✂] Ahora Daniel tenemos un problema... ya están todos los avisos de TV y prensa hechos y ya no tenemos tiempo para cambiarlos... apóyame esta vez ya que fue un tema de desinformación y no por querer romper un acuerdo".

- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 22 de julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"Joseba, Tú sabes más que nadie como estamos trabajando respecto a no salir bajo el costo. Te voy a apoyar y despachar pero con la condición que te comprometas a que no van a seguir saliendo bajo el costo en adelante, yo es la última vez que me las juego por este tipo de situaciones".

- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 22 de Julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"Estoy de acuerdo contigo. Esta vez fue un accidente. Alfredo, NUNCA MAS salir bajo el costo, salvo previo acuerdo con Daniel. Gracias".

- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), con copia a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 22 de Julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo octavo: Que, intentando contextualizar esta evidencia, como hemos indicado, Cencosud sostiene que la regla de comportamiento fue impuesta por los productores de pollo fresco y que, por tanto, no existía base para acusar un acuerdo. Como prueba de ello, acompañan diversos correos electrónicos recibidos desde los productos, tres de los cuales se muestran a continuación de modo ejemplar:

[1] *"por favor quiero insistir en que estos precios no los coloquen a venta bajo costo".*

- Correo electrónico de Antonio Correa (Don Pollo) a Alfredo Calvo (Cencosud), con copia a Jorge Kuncar (Cencosud), de fecha 31 de julio de 2009, que rola a fojas 09 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"el p.v.p. [precio de venta a público] no puede ser menor que su costo en oferta con todo medio de pago".*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de Víctor Velásquez (Agrosuper) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 24 de abril de 2009, que rola a fojas 45 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *“Favor cuidar salir sobre costo (sin dsctos) incluso con tarjeta”.*

- Correo electrónico de Víctor Velásquez (Agrosuper) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 24 de abril de 2009, que rola a fojas 103 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo noveno: Que, sin embargo, las peticiones de los productores de pollo a los supermercados no solo pueden considerarse como evidencia de una imposición unilateral por parte de los proveedores, sino también como evidencia del monitoreo propio de un acuerdo como el acusado por la FNE, por lo que no constituyen prueba de la defensa planteada;

Centésimo: Que, luego, en línea con la defensa de Cencosud, el testigo Joseba Loroño, ex ejecutivo de esa cadena, señaló sistemáticamente en su declaración que la regla era una imposición de los productores de pollo. Por ejemplo, indicó:

“FNE: ¿Ustedes tenían el entendimiento de que ellos [los productores de pollo fresco] asumían que esto era una imposición, o un acuerdo con ustedes?”

Joseba Loroño: No, ellos sabían que era imposición”.

- Declaración testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 67, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Centésimo primero: Que, sin embargo, en esta materia la declaración del señor Loroño no es verosímil si se la considera en conjunto con los demás elementos de prueba del proceso. De hecho, ella no sólo es contradictoria en general con la prueba documental citada precedentemente, sino especialmente con correos electrónicos enviados por él mismo;

Centésimo segundo: Que en la misma línea de defensa, el informe económico de Carlos Noton, acompañado por Cencosud a fojas 6.876, realiza una comparación entre los márgenes de los productores de pollo y los márgenes del supermercado en la venta de tales productos, concluyendo que al ser menor el de este último, también lo sería su poder de negociación, lo cual sería un indicio de la aptitud de las empresas productoras de pollo para imponer en forma unilateral una regla como la indicada en el requerimiento;

Centésimo tercero: Que, sin embargo, la comparación directa de estos márgenes efectuada en el informe no utiliza los mismos datos para cada empresa, lo que dificulta arribar a una conclusión acerca de las diferencias en el poder de negociación de cada parte. En cualquier caso, este tipo de diferencias no puede ser considerado, en si mismo, como evidencia de que se ha impuesto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una determinada forma de actuación a la parte que se encuentra en una posición desmejorada;

Centésimo cuarto: Que Cencosud acompaña también, a fojas 10.872, un informe económico elaborado por Alejandro Jadresic y Marcelo Villena. Los autores señalan que el requerimiento tendría una deficiencia económica básica, al basarse en un precio mínimo que no permite cubrir los costos y que sería menor al precio competitivo de equilibrio. Sin embargo, esta argumentación no resulta pertinente en el presente caso, atendidas las estrategias de *pricing* utilizadas por las requeridas en el mercado aguas abajo y, en particular, el carácter de “generador de tráfico” del pollo fresco (que es reconocido en el propio informe). Los informantes agregan que en numerosos casos el pollo fresco se vendió por debajo del costo de adquisición, lo que se contrapone a la supuesta regla, tanto durante el período acusado como durante el año 2012. Ello es un indicio en contra de la eficacia del acuerdo, pero, como se señala en el considerando 169, no de su existencia. Asimismo, y al igual que el otro informe acompañado por Cencosud indicado en el considerando 102, afirman que el acuerdo sería poco plausible dado el cartel aguas arriba, ante lo cual cabe señalar las mismas aprensiones expuestas en el considerando 131. Luego señalan que, de haber existido la regla, esta pareciera haber sido impuesta por los proveedores de pollo, aunque no entregan antecedentes directos a este respecto. Finalmente, los autores hacen una comparación del período acusado y los años posteriores, la que no considerada los importantes cambios que ha sufrido la industria en los últimos, lo que hace imposible realizar inferencias a partir de los datos expuestos;

Centésimo quinto: Que atendido todo lo señalado, la defensa de Cencosud relativa a que la restricción vertical fue una imposición por parte de los proveedores no ha sido acreditada en el proceso;

Centésimo sexto: Que, por otra parte, como segunda línea de defensa, Cencosud también sostiene que no existe un correlato entre los correos electrónicos y la evidencia económica existente en el proceso. En particular, la prueba presentada a fojas 10.392, correspondiente a extractos de su propio sistema de gestión interna de precios, mostraría que los cambios de éstos que ocurrieron en la época posterior a los correos electrónicos acompañados por la FNE habrían estado programados con anterioridad. Un análisis en la misma línea se desarrolla en la sección 3 del ya mencionado informe económico de Carlos Noton. Estos análisis demostrarían, al menos respecto de Cencosud, que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

monitoreo del supuesto acuerdo no habría permitido corregir desvíos de corto plazo en los precios cobrados;

Centésimo séptimo: Que lo anterior es respaldado por distintas declaraciones testimoniales, las que son concordantes en cuanto a que no es posible cambiar un precio promocional durante su vigencia, tanto por reglas internas de la compañía, como también debido a los posibles problemas legales que ello podría implicar por aplicación de la normativa de protección al consumidor. En esta línea declaró, por ejemplo, Francisco Noguera, ex trabajador de Agrosuper entre 1990 y 2014: *“Si hay una publicación que dura cinco días, por darle un ejemplo, y al tercer día lo que yo le entrego no cubre... no puede subir el precio, porque está publicado. La gente ya iría a meterle un juicio por publicación falsa”* (fojas 5.828). Lo mismo ratificó Luis Zamorano, de Walmart, al señalar *“O sea, era como una norma tanto de DyS como de Walmart: el producto que está publicado y ya está en sala, con volantes impresos, con catálogos o que ya salieron en televisión, no se va a bajar por un error o por lo que sea, pero no se... no se va a cambiar el precio de venta”* (fojas 7.598);

Centésimo octavo: Que, sin embargo, esta defensa de Cencosud no es suficiente para desacreditar el acuerdo acusado por la FNE, por cuanto la posibilidad de corregir desvíos de corto plazo a través de un ajuste de precios no es una condición necesaria para dar por acreditado el acuerdo acusado;

Centésimo noveno: Que, además, es posible vislumbrar otros mecanismos con los cuales los productores de pollo fresco podían hacer cumplir la regla de comportamiento. La propia prueba aportada al proceso da cuenta de algunos de tales mecanismos, destacando entre ellos los cortes de despacho a las salas de venta de las requeridas. Ello se desprende, por ejemplo, de las declaraciones testimoniales prestadas por los siguientes testigos: (i) Sebastián Matte, de SMU, cuya transcripción rola a fojas 4186 bis, quien señala *“Sí, es que en algunas ocasiones, cuando nosotros salíamos con un producto bajo el costo, más de algún proveedor nos puede haber cortado los despachos de ese producto”* (fojas 4.272); (ii) Julio Southerland, de Walmart, cuya transcripción rola a fojas 6.487, quien sostiene *“Sí claro, sí. Si salíamos a un costo negativo, perdón con margen negativo, eh, el proveedor cortaba el despacho”* (fojas 6.537); y (iii) Joseba Loroño, de Cencosud, cuya transcripción rola a fojas 1.519, quien declaró *“Lo que él me decía a mí era que la pasada era igual para todos que también ellos le iban a cortar los despachos o no ofrecer productos atractivos a futuro”* (fojas 1.609);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo décimo: Que, de igual modo, las amenazas y compromisos de corte de despacho a los distintos supermercados se pueden observar también en varios correos electrónicos acompañados al proceso, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

[1] *“Personalmente llame hoy a todas nuestras sucursales y envié correo para instruir la no entrega de Pollo Entero por este tema, además que tampoco cuentan con stock suficiente para responder a esta presunta alza de demanda. Saludos.”*

- Correo electrónico de Miguel Villabona (Ariztía) a Carlos Tellería (Ariztía) y [Ejecutivo de SMU], con copia a Sebastián Matte (SMU), de fecha 28 de noviembre de 2009, que rola a fojas 108 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *“Nosotros le vamos a poner castigo a los que salgan bajo costo como te lo he mencionado”*

- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 29 de junio de 2010, que rola a fojas 206 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *“Respecto a Unimarc te comento que seguimos tal cual con las políticas bajo el costo, y Unimarc no tuvo despacho y fue severamente castigado al respecto dado que este tipo de acciones ya no está en juego para nosotros, por lo que pronto esta semana Unimarc sigue con problemas de despacho de parte nuestra por este tipo de situaciones”*

- Correo de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 4 de mayo de 2011, que rola a fojas 299 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *“Alfredo: Lamento tú decisión, pero desgraciadamente nosotros no tenemos nada que ver, es un problema de la cadena, no del proveedor. Es más se dio la orden de no despachar hasta que vuelva a precios normales”*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Don Pollo] a Alfredo Calvo (Cencosud), con copia a Antonio Correa (Don Pollo) de fecha 7 de junio de 2010, que rola a fojas 183 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[5] *“Vincent según las conversaciones con los proveedores, han cortado los despachos de pollo entero por salir a un precio bajo el costo. No sé qué tan real sea este tema, habría que verlo directamente en los locales de la competencia para ver si tienen pollo entero. En todo caso no se ha visto afectado nuestro nivel de servicio ni tampoco se ha visto una disminución en los kilos vendidos”.*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Walmart] y Julio Southerland (Walmart), de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[6] *“Daniel, ayer en la noche Tottus volvió a aparecer en TV con la publicación bajo costo con todo medio de pago. Si les hubieran cortado los despachos el viernes no publicarían el domingo en TV no te parece?”*

Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), con copia a Alfredo Calvo, de fecha 18 de Enero de 2010, contenido en el documento “632. Tottus tv_VP.pdf” del expediente de investigación de la FNE.

[7] *“Se cortaron los despachos??? No me sirve la buena intención de que no se vuelva a repetir. Si están publicados, se les debe cortar los despachos para que les afecte con los clientes, como le está pasando a mis locales”*

- Correo electrónico de Alfredo Calvo (Cencosud) a Cristián Tirado (Aritzía), con fecha 7 de junio de 2010, contenido en el documento “2. posible spam RV Pollo Entero a 990_VP” del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo undécimo: Que, en síntesis, la prueba analizada permite concluir que Cencosud fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Cencosud mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

3.3. La existencia y observancia de la regla por parte de SMU

Centésimo duodécimo: Que, tal como se adelantó en el considerando 73, la postura de SMU respecto de la acusación es más ambigua que la de Cencosud. En principio desconoce la existencia de la regla, indicando que ella se vincula más bien a un “comportamiento natural” del mercado, que consistiría en “vender sus productos sobre el costo de producción de los mismos” (fojas 592). Esto lo confirma luego en sus observaciones a la prueba de autos, de fojas 12.301, donde indica que *“nunca se supeditó a una inexistente regla”* (fojas 12.401) y que *“más allá de los defectos formales de la acusación y otras defensas de fondo, esta parte sostiene firmemente que no existe entre las cadenas la ‘regla’ que acusa la FNE, sino que para SMU es una regla básica de buena administración (no vender bajo el costo), nunca un elemento de coordinación con competidores a través de los proveedores”* (fojas 12.501);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimotercero: Que, sin embargo, SMU no controvierte que los proveedores de pollo al menos habrían intentado imponer ciertas condiciones comerciales de venta por sobre determinado nivel. Así, por ejemplo, indica en su contestación que *“Los proveedores tenían acuerdos de precios ‘aguas arriba’, y necesitaban que la situación no se desordenase ‘aguas abajo’, lo que intentaban mediante presiones, sin que haya existido coordinación con ni entre los supermercados”* (fojas 608). Asimismo, en sus observaciones a la prueba indica que *“[n]o es efectivo que las Cadenas solicitan a los productores de pollo su intervención para la aplicación de la supuesta regla; sino que fueron estos últimos los que presionaron a las cadenas para vender en determinados niveles de precios, para asegurar la estabilidad del cartel aguas arriba”* (fojas 12.312 y 12.313);

Centésimo decimocuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, existe suficiente prueba tanto para dar por acreditada la adhesión de SMU a una regla común, como también para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados participaban también de un esquema similar;

Centésimo decimoquinto: Que, tal como se hizo respecto de la primera requerida, previo al análisis y para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente mencionar a los principales ejecutivos y ex ejecutivos de SMU y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

- (i) Sebastián Matte, gerente de peregibles de SMU entre 1996 y 2015;
- (ii) Pablo González, *product manager* de carnes rojas en Cencosud hasta 2009, administrador de carnes rojas en SMU desde 2009 hasta 2011, jefe de área carnes desde 2011 a 2012 y subgerente del área en esta última empresa a partir de 2012;
- (iii) Ricardo Herrera, administrador de carnes blancas de SMU hasta marzo de 2010; y
- (iv) Rodrigo Cabrera, administrador de carnes blancas de SMU a partir de marzo de 2010;

Centésimo decimosexto: Que, en primer término, la participación en una conducta que iba más allá de una simple restricción vertical y adquirió características de un acuerdo horizontal se puede observar en la siguiente cadena de correos entre Pablo González, de SMU, y Francisco Noguera, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrosuper, de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

[1] *“Según lo conversado es de suma importancia respetar los acuerdos de no salir en ningún producto en la mega que este publicado en catálogo [SIC] y en sala bajo los costos de precios listas entregados con la finalidad de no generar desordenes en el mercado”.*

- Correo electrónico de Francisco Noguera (Agrosuper) a Pablo González (SMU) y [Ejecutivo de SMU], de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Según lo conversado encuentro que es importante lograr mantener la política de no salir bajo costo que finalmente, como tú dices, solo desordena el mercado. (...) Quedo a la espera respuesta de la propuesta conversada de compensación en caso que la competencia salga bajo costo"*

- Correo electrónico de Pablo González (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) y Sebastián Matte (SMU), de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"[...] la variable compensación no la puedo manejar solo queda la palabra y hacer respetar los acuerdos, al día de hoy por parte de tu competencia debiera ser efectivo y seguiremos insistiendo".*

- Correo electrónico de Francisco Noguera (Agrosuper) a Pablo González (SMU), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) y Sebastián Matte, de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo decimoséptimo: Que la comunicación anterior no deja lugar a dudas que SMU esperaba que Agrosuper tuviese injerencia en los precios de los otros supermercados, pidiéndole incluso que se hiciese responsable de posibles perjuicios que SMU pudiese sufrir en caso de no cumplir su rol fiscalizador. Tal comunicación, así como la respuesta por parte de Agrosuper, demuestran que la aplicación de la regla de comportamiento en el caso de SMU estaba condicionada a la existencia y aplicación de las otras reglas verticales del mercado;

Centésimo decimooctavo: Que, asimismo, de la anterior cadena de correos destaca el reconocimiento por parte del ejecutivo de SMU de que las ventas que no cumplen con la regla conllevan un “desorden” en el mercado, indicio adicional de que las reglas verticales existentes en el mercado eran vistas por las cadenas de supermercados como elementos que operaban a nivel conjunto y eran beneficiosas para todas ellas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimonoveno: Que el componente horizontal del esquema al que adhirió SMU puede observarse también en un correo posterior:

“Hola Rodrigo, te escribo para solicitar ayuda en un tema que hemos intentado regular hace tiempo y que los favorece a ustedes como Clientes. Desde hace unos 3 años que estamos intentando regularizar el precio de oferta de los productos Pollos y Pavos evitando vender bajo costo para que las cadenas NO entren en una guerra de precios. En este sentido te pido evitar vender Trutros Enteros Bajo Costo como pasó hoy en Bigger Concepción donde se ofreció el Trutro Entero Ariztía a \$1.490 (Precio Mínimo es \$1.270 + IVA = \$1.511).

La razón por la cual te pido es para lograr tranquilidad en el mercado y evitar que las propias cadenas entren en una guerra de precio que sólo provocará mermar sus ganancias.

Este tema lo he hablado con todas las cadenas y de ser necesario en algún caso especial, lo seguiré reforzando. Saludos,”

- Correo electrónico de Cristián Tirado (Ariztía) a Rodrigo Balbontín (SMU), de fecha 17 de febrero de 2011, que rola a fojas 11 del cuaderno principal, tomo I.

Centésimo vigésimo: Que el anterior correo, aun cuando es unidireccional desde un proveedor a SMU, resume la conducta durante la mayor parte del período acusado por la FNE, poniendo énfasis en los beneficios de un acuerdo para los supermercados y en que el esquema descrito no tenía una naturaleza bilateral, sino que era aplicado en forma amplia a las cadenas de supermercados;

Centésimo vigésimo primero: Que, según se ha visto en la sección primera y se reiteró en el considerando 92, un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplan la regla se puede concluir que esta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo. En este sentido, a continuación se transcriben algunos correos electrónico de o hacia SMU que involucran el cumplimiento de la regla de otras cadenas de supermercados:

[1] *"Ahora Sta Isabel esta [SIC] bajo el costo en el trutro entero. Acuenta vende bajo el costo, Sta Isabel lo siguió y ahora me piden a mí que los siga, así solo destruiremos el valor de la categoría. Que [SIC] haremos? Estas esperando que Sebastian Matte llame a Julio*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ferez [SIC] ?". [De acuerdo a la FNE, Sebastián Matte se desempeñaba entonces como gerente de perecibles de SMU, mientras que Julio Feres era el gerente de ventas nacionales de Agrosuper]

- Correo electrónico de Rodrigo Cabrera (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 18 de enero de 2011, que rola a fojas 287 del cuaderno de versiones pública de incautación de la FNE.

[2] "[Ejecutivo de SMU], como estas. Estamos revisando la problemática de precios entre locales en mitigación, Por otro lado tu fiscalización ES CLAVE en diciembre para caso como el de "Camiruaga". Es un supermercado? Es una carnicería? Favor cuando hayan precios bajo el costo sácales una foto y entrégnos la descripción y dirección del local para exigir al proveedor que les corte el despacho si no normalizan sus precios a precios competitivos. Dame urgente la información solicitada para que tomemos medidas hoy".

- Correo electrónico de [Ejecutivo del área comercial de SMU] a [Administrador de local en SMU], de fecha 12 de diciembre de 2011, que rola a fojas 350 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE. Subrayados en el original. Nótese que a pesar de que el emisor del correo era administrador de categoría cerdos, en el mensaje aparece una tabla donde hay un producto de pollo, por lo que no se trata de evidencia que pueda ser considerada meramente circunstancial;

[3] "A esto le baje [SIC] el perfil, pero preocúpate que no vuelva a suceder, no quiero ver a Tottus Bigger o la fama con precios bajo el costo. Atte."

- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a Carlos Tellería (Ariztía), de fecha 9 de diciembre de 2010, que rola a fojas 265 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] "Manuel, Claudia, el PVP del trutro entero informado es bajo el costo y eso no se puede hacer, si Bigger lo hizo el fin de semana pasado debieron informar para reclamar de inmediato, tienen una foto o una boleta para hacer el reclamo formal a Ariztia???, Cuando pase este tipo de problemas les solicito me informen ya que un mail con una semana de retraso no es muy efectivo"

- Correo electrónico de Rodrigo Cabrera (SMU) a [Ejecutivo de SMU] y [Ejecutivo de SMU], de fecha 18 de junio 2010, que rola a fojas 202 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo segundo: Que, enseguida, la siguiente cadena de correos (en la que se menciona a Bigger, una cadena que luego sería adquirida por SMU) es un indicio adicional acerca de los reclamos de SMU a los proveedores por las condiciones comerciales ofrecidas por las otras cadenas de supermercados en su venta a público. Aun cuando, considerada por sí sola, tal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicación podría llegar a ser consistente con la explicación alternativa según la cual tales reclamos eran para pedir mejores condiciones comerciales, en el contexto de la prueba ella es más bien interpretable en el sentido de ser una comunicación útil para respaldar los reclamos y el entendimiento que tenía SMU de que los otros supermercados también se regían por una regla similar a la propia:

[1] *“Rodrigo, Pablo... ofertas de Bigger. PLOP”.*

- Correo de [Ejecutivo de SMU] a Rodrigo Cabrera (SMU), con copia a Pablo González (SMU), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *“Algún comentario? (trutro entero Super bajo el costo de lista)”.*

- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper) y José Francisco Valdés (Agrosuper), con copia a Pablo González, de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *“Me puedes dar información para responder. Gracias”.*

- Correo de Francisco Noguera (Agrosuper) a [Ejecutivo de Agrosuper], de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *“Francisco, son \$[X] en una sola sala de Panguipulli. Atte.”*

- Correo de [Ejecutivo de Agrosuper] a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[5] *“Francisco, Necesito un descuento promocional atractivo para mi sala de Panguipulli. Semana 29: Trutro entero con un [X]% para Panguipulli ([X]% para el resto de la cadena)”.*

- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a José Francisco Valdés (Agrosuper), con copia a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 209 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[6] *“Rodrigo, no me pude conseguir ese descuento extra. Pero tenemos para toda la cadena un [X]% para la semana 29, lo que no está malo.”.*

- Correo de Francisco Noguera (Agrosuper) a Rodrigo Cabrera (SMU), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 209 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo tercero: Que la siguiente comunicación interna de SMU es un indicio adicional de que el proceso de fijación de precios de dicha cadena no era efectuado de manera independiente, como se esperaría en un ambiente competitivo. Como se observa, en ella, además de hacerse referencia a la relación entre precio de la competencia y costo, se hace una petición expresa de tomar acciones para no caer en una guerra de precios:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Ricardo, te envío comparativa de precios tomada Hoy a las 18:00 en Lider Punta Arenas y el diferencial de precio de este competidor supera el [%] frente a nuestros precios. Necesito que veas en especial el tema del precio del Pollo Entero, porque desde HOY están a público a \$1.190, lo que significa que están un [%] bajo nuestro precio de venta y \$[%] bajo nuestro costo bruto x Kilo

Al mismo tiempo, si revisas el archivo adjunto (el listado de los 80 productos con mayor venta para el proveedor en la zona- “Los Infaltables”), hay [%] productos en los que dicho competidor tiene precios fuertes, en los que no podemos competir. Te recuerdo que toda la mitad del 2009 y hasta abril de 2010 (antes del alza), ellos tuvieron el pollo entero a \$1.290, frente al \$1.499, precio nuestro

Por favor escalar este tema, ya que la idea NO es caer en una guerra de precios. Gracias”.

- Correo de Juan Pablo Norambuena (Gerente de Negocios Zona Austral de SMU) a Ricardo Herrera (SMU), con copia a Pablo González (SMU) y Sebastián Matte (SMU), de fecha 5 de mayo de 2010, que rola a fojas 170 del cuaderno de versiones pública de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo cuarto: Que el conocimiento de que la regla vertical operaba de la misma forma respecto de otras cadenas es reforzado por el hecho de que el comprador de carnes blancas de SMU, Pablo González, trabajó anteriormente en un cargo similar en el supermercado Cencosud. De hecho, el ejecutivo reconoció en su declaración testimonial que tal regla existía también para su competencia en el tiempo en que él se desempeñaba ahí:

“Pablo González (SMU): Yo lo que sí sabía es que cuando estuve en Cencosud se me pudo haber hecho el mismo requerimiento, por eso el proveedor menciona que yo sé como funciona.

Abogado FNE: A ver, si pudiera detenerse un poco en ese aspecto, cuando estuvo en Cencosud el mismo tipo de Requerimiento, ¿de qué tipo de requerimiento estamos hablando?

Pablo González (SMU): De no salir bajo el costo con un producto”

- Declaración testimonial de Pablo González (SMU), página 72, acompañada por la FNE a fojas 7.385.

Centésimo vigésimo quinto: Que la participación de SMU en el esquema común acusado por la FNE es respaldado por ejecutivos de los productores de pollo, tal como se ve a continuación de acuerdo con la declaración testimonial de Cristián Tirado, a fojas 7.041, KAM de Ariztía para Cencosud durante los años

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2005 a 2009 y luego Subgerente de Ventas del canal supermercados de Ariztía, entre los años 2009 y 2013:

Abogado FNE: “[sobre] Supermercados del Sur, señala que “hay un tema que han intentado regular hace tiempo y que favorecen a ustedes como cliente”. Si pudiera señalar qué es lo que quería manifestarle a la persona de Supermercados del Sur.”

Cristián Tirado (Ariztía): “Que hace tiempo eh me habían pedido hablar con las otras cadenas para no bajar el precio bajo el costo, el precio de lista más IVA”

[...]

Abogado FNE: “En la frase final, cuando señala que “lo ha hablado con todas las cadenas y seguirá reforzando”, si lo recuerda, con qué cadenas era que había hablado y qué es lo que había hablado, digamos, en el fondo.”

Cristián Tirado (Ariztía): “Eh, en general hablé con Cencosud y con SMU, particularmente. Algo... o sea, lo que había hablado con Supermercados del Sur, que estaba acá, y en algún minuto con Tottus, tuvo que haber sido”

[...]

Abogado FNE: “Don Cristián, usted hasta ahora nos ha señalado una cierta dinámica digamos, básicamente de acuerdo a los documentos exhibidos por ejecutivos o personas vinculados a la cadena Cencosud. En este caso, del análisis de la cadena, ¿usted podría decir en este caso de donde o de qué cadena surgió el reclamo?”

Cristián Tirado (Ariztía): “SMU”

[...]

Abogado FNE: “Lo que nos ha explicado a propósito de las otras relaciones y los reclamos que provenían de Cencosud, ¿es también aplicable respecto de reclamos de SMU o variaba en algo la dinámica de comunicaciones, de lo que pedían?”

Cristián Tirado (Ariztía): “Es similar. Era similar, la forma era la misma.”

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía), páginas 52 a 57, acompañada por la FNE a fojas 7.041.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo sexto: Que debe notarse que, aun cuando el ejecutivo de SMU Pablo González sostiene que la regla fue una imposición por parte de los productores de pollo fresco, él reconoce que ésta podía ser beneficiosa para la cadena al limitar la solicitud de descuentos por parte de sus competidores:

Abogado FNE: “(...) ¿En qué consiste esa política de no salir bajo el costo?”

Pablo González (SMU): “Esa era una política entre SMU y en este caso el proveedor Agrosuper, de tratar de no salir bajo el costo a una petición de él, para evitar desordenar el mercado. A mi tampoco me interesaba que todos los actores empezaran a pedir descuentos, porque a veces se los podían otorgar y me podían mejorar el precio que yo tenía publicado”.

- Declaración testimonial de Pablo González (SMU), página 68, acompañada por la FNE a fojas 7385.

Centésimo vigésimo séptimo: Que, en lo que respecta ahora a sus defensas, en primer término SMU señaló en su contestación que *“el comportamiento normal en toda actividad comercial de una empresa es vender sus productos sobre el costo de producción de los mismos”* (fojas 592), agregando en sus observaciones a la prueba que *“[l]a regla a que alude la FNE carece de todo sentido y razonabilidad económica, más aún cuando en SMU el margen de la categoría bordeaba el 20% sobre precio de adquisición”* (fojas 12.598);

Centésimo vigésimo octavo: Que, sin embargo, existen numerosos antecedentes para descartar ese argumento. En particular, de la prueba acompañada al expediente es posible concluir que: (i) la regla acusada por la FNE era relevante sólo para los precios promocionales, por lo que es consistente con márgenes altos para precios normales; (ii) los precios promocionales tenían como objetivo atraer clientes a los supermercados y que éstos compraran productos adicionales a los promocionados, por lo que sí podía ser rentable vender con un margen negativo; (iii) los objetivos de margen de los supermercados son a nivel de canastas de producto y no de productos en particular, por lo que es posible compensar márgenes menores en ciertos productos; y (iv) que el supuesto punto focal en el precio de lista mayorista no es el verdadero costo marginal que enfrentan los supermercados, principalmente debido a los descuentos, premios por objetivos y pagos retroactivos, por lo que existían márgenes positivos por debajo del precio asociado a la regla;

Centésimo vigésimo noveno: Que, en segundo lugar, diversos informes económicos presentados en autos han debatido acerca de si las conductas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acusadas tenían racionalidad económica desde la perspectiva de sus supuestos ejecutores y, especialmente, de los proveedores de pollo como supuestos facilitadores de la conducta;

Centésimo trigésimo: Que, en el caso de SMU, el informe económico elaborado por Rómulo Chumacero (acompañado a fojas 5.976) señala, en síntesis, que el esquema descrito por la FNE no sería consistente con una relación vertical donde los proveedores participan del acuerdo colusorio acreditado en la Sentencia N° 139/2014. Ello, principalmente, porque a un grupo de productores que toman decisiones en forma conjunta les convendría que sus distribuidores aguas abajo compitieran en la forma más intensa posible para evitar la doble marginalización, lo que no haría verosímil el que las empresas avícolas hubiesen facilitado la colusión por parte de los supermercados, como afirma la FNE. Asimismo, el informe señala que otra posibilidad es que los productores hayan utilizado los precios mínimos como un mecanismo de monitoreo para su acuerdo aguas arriba.

Centésimo trigésimo primero: Que, sin embargo, el informe en comento contiene una serie supuestos que hacen que sus conclusiones no sean aplicables al presente caso. Entre otras, el informe no considera: (i) la interrelación de la venta de pollo fresco con la del resto de los productos vendidos por los supermercados; (ii) que, como se ha señalado, el acuerdo acusado no es un cartel duro, sino que se refiere a la mantención de precios mínimos a través de una restricción vertical; (iii) que la oferta de pollo está fija en el corto plazo, según fue indicado en el considerando 46; (iv) que el pollo fresco no se puede almacenar y tiene una vida útil de menos de dos semanas, según se explicó en el considerando 44; (v) la importancia de los quiebres de inventario para productores y revendedores; y (vi) la relación multiproducto entre los productores de pollo y los supermercados;

Centésimo trigésimo segundo: Que, además, el informe analiza un caso “clásico” de un acuerdo de fijación de precio de venta minorista, que no se corresponde con el esquema de precio mínimo acusado por la FNE. Si consideramos que, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de Sebastián Matte (a fojas 4.186 bis), Julio Southerland (a fojas 6.487) y Juan Pablo Vega (a fojas 4.019) y la información de ventas acompañadas por las distintas requeridas, el margen promedio de la venta de pollo fresco era cercano al 25% y que la supuesta regla restringía sólo los márgenes negativos, resulta claro que el acuerdo requerido tenía como objetivo restringir una situación específica de la venta de pollo fresco y no la determinación de sus precios regulares, razón

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adicional para descartar las críticas teóricas del informe al caso planteado por la FNE;

Centésimo trigésimo tercero: Que, a mayor abundamiento, el informe elaborado por Aldo González, acompañado por la FNE a fojas 8.341, aun cuando presenta limitaciones similares a las mencionadas respecto del informe de Rómulo Chumacero, plantea un modelo alternativo que hace posible la existencia de precios mínimos de reventa en un mercado oligopólico con proveedores coordinados aguas arriba. Su explicación se basa en un modelo con relaciones verticales donde no se pueden observar los contratos de provisión por parte de los competidores aguas abajo, situación que, al ser más cercana a la realidad del presente caso, confiere plausibilidad a la hipótesis. La sola existencia de una hipótesis alternativa plausible es, por tanto, una razón adicional para no considerar la defensa de SMU en comento (esto es, que la conducta acusada no tendría racionalidad económica por no ser consistente con los intereses de los productores aguas arriba);

Centésimo trigésimo cuarto: Que, por otra parte, el informe del señor Chumacero presenta también algunas conclusiones empíricas, las que hemos desestimado por los siguientes motivos. El primero, tal como se reconoce en el propio informe, es que los datos proporcionados por SMU son incompletos, empezando sólo en el año 2010, perdiéndose por tanto la mayor parte del período acusado por parte de la FNE. Segundo, porque del estudio de los correos electrónicos que informaban los cambios de costos y las bases de datos acompañadas por SMU se puede concluir que los costos considerados por el informe corresponden a los costos efectivos de aprovisionamiento, luego de aplicados descuentos, y no a los precios mayoristas de lista. Ello, aun cuando es correcto desde el punto de vista económico, no considera la regla acusada por la FNE, esto es, vender por debajo del costo de lista mayorista, con lo cual la mayoría de las conclusiones no son relevantes para efectos de analizar la conducta acusada en el presente caso;

Centésimo trigésimo quinto: Que otro de los argumentos de SMU se basa en que la actitud proactiva de los proveedores de pollo respecto del cumplimiento de la regla vertical sería inconsistente con la acusación de la FNE y demostraría que la conducta no puede haber correspondido a un acuerdo horizontal entre los supermercados, sino a una imposición por parte de los productores aguas arriba;

Centésimo trigésimo sexto: Que, en soporte de lo anterior, SMU cita parte de la prueba que la misma FNE acompañó al proceso, con el objeto de evidenciar el "*afán del proveedor por imponer o establecer condiciones comerciales en la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

venta a público de su producto” (fojas 12.430). Algunos ejemplos se muestran a continuación:

[1] *“Nosotros le vamos a poner castigo a los que salgan bajo costo como te lo he mencionado”*

- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 29 de Junio de 2010, que rola a fojas 206 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *“Ricardo, la cadena Bigger hoy salió con un precio de venta a público en el pollo entero Ariztía C/M a \$ 999 kg. Este precio NUNCA ha sido autorizado por nuestra Gerencia Comercial y tampoco hemos ofrecido ningún descuento adicional o distinto a los entregados a Rendic. En este momento estamos informando a nuestras distintas sucursales que deben suspender los despachos de pollo entero C/M a la cadena Bigger debido a que el precio está bajo costo.”*

- Correo electrónico de Carlos José Tellería (Ariztía) a [Ejecutivo de SMU], con copia a Miguel Villabona (Ariztía) de fecha 28 de Noviembre de 2009, que rola a fojas 108 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *“Respecto a Unimarc te comento que seguimos tal cual con las políticas bajo el costo, y Unimarc no tuvo despacho y fue severamente castigado al respecto dado que este tipo de acciones ya no está en juego para nosotros, por lo que pronto esta semana Unimarc sigue con problemas de despacho de parte nuestra por este tipo de situaciones”*

- Correo de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 4 de Mayo de 2011, que rola a fojas 299 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *Alfredo: Lamento tú decisión, pero desgraciadamente nosotros no tenemos nada que ver, es un problema de la cadena, no del proveedor. Es más se dio la orden de no despachar hasta que vuelva a precios normales”*

- Correo de [Ejecutivo de Don Pollo] a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 7 de Junio de 2010, que rola a fojas 183 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo trigésimo séptimo: Que, sin embargo, un comportamiento proactivo de los proveedores de pollo fresco en hacer cumplir la regla vertical no contraría la teoría del caso planteada por la FNE. Es más, como se ha indicado, el acuerdo horizontal se materializó a través de una serie de restricciones verticales interrelacionadas y, por tanto, fue necesario algún mecanismo de control vertical para la mantención de su estabilidad;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo octavo: Que, por otra parte, SMU también afirma que existía un interés por parte de los productores de pollo de estabilizar los precios aguas abajo para proteger su cartel. Así, afirma en sus observaciones a la prueba que *“Existe en autos abundante prueba de que los proveedores de carne de pollo fresca fueron, en efecto, quienes pretendieron aplicar esta regla aguas abajo en beneficio de la estabilidad de su cartel, ya sancionado por el H. Tribunal”* (fojas 12.493) y que *“La regla que vislumbra la FNE sólo pudo haber existido en el contexto de un cartel aguas arriba, el que pretendía mantener a toda costa, para lo cual presionaba para que no se produjesen alteraciones en las cantidades normalmente demandadas”* (fojas 12.597), lo que sería contradictorio con la principal conclusión teórica del informe que acompañaron a fojas 5.976, según se describió en el considerando 130;

Centésimo trigésimo noveno: Que, sin embargo, en la forma cómo ha sido planteada, la acusación no impide que las empresas productoras de pollo fresco tuviesen un objetivo compartido con las requeridas. Asimismo, el mencionado incentivo no desvirtúa en caso alguno lo señalado respecto del apego de SMU a una regla vertical y su exigencia de que sus competidores cumplieren también con tal restricción;

Centésimo cuadragésimo: Que, finalmente, a fojas 10.184 SMU acompañó al proceso un documento elaborado internamente por la compañía sobre la base de información contenida en el expediente, que analiza los correos electrónicos relacionados con ella que fueron aportados por la FNE como prueba de su acusación. En particular, él muestra que tales correos no habrían tenido efecto en las decisiones competitivas de SMU, ya sea porque no existió variación en los precios o porque, cuando la hubo, ésta tenía una programación anterior al reclamo (lo que puede ser observado en los detalles de los catálogos de SMU);

Centésimo cuadragésimo primero: Que la conclusión anterior es ciertamente plausible. Ella, sumada al hecho que el ente fiscalizador no acompañó prueba adicional relativa al cambio de precios derivado de reclamos de competidores, no permite tener por acreditado que los reclamos de los supermercados produjeran un cambio de precio en el corto plazo. Sin embargo, como hemos indicado, ello no es suficiente para descartar la materialización de la conducta. Tal como se describió en el considerando 109, existieron otros mecanismos para hacer cumplir el acuerdo horizontal entre los supermercados requeridos, como por ejemplo los cortes de despacho. En el caso particular de SMU, las comunicaciones transcritas en el considerando 110 son una muestra directa de lo anterior;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, en síntesis, la prueba analizada permite concluir que, al igual que Cencosud, SMU fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese también aplicada por sus competidores; y que SMU mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

3.4. La existencia y observancia de la regla por parte de Walmart

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, finalmente, Walmart niega por completo la existencia de la regla de comportamiento y el componente horizontal, tanto en su contestación de fojas 222, como en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 12.041. En este sentido, indica que *“Walmart Chile no ha sido parte de ningún esquema coordinado con su competencia, ni menos ha formado, consentido o participado en una supuesta regla destinada a no vender a sus clientes el pollo fresco bajo un cierto costo de adquisición”* (fojas 327) y que *“la Compañía no ha incurrido ni en acuerdo colusorios ni en prácticas concertadas. Ni ha suscrito regla alguna destinada a fijar los precios a público del pollo fresco por sobre un nivel fijado por los proveedores de ese producto”* (fojas 360). A su juicio, *“la evidencia aportada a estos autos por la FNE no contiene pieza alguna que permita tener por acreditada la participación de Walmart Chile en dichos hechos y ni siquiera su conocimiento”* (fojas 12.066);

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, en este sentido, algunos ejecutivos testificaron que no existía un acuerdo o que Walmart no participaba en él. Por ejemplo: (i) Cristián Tirado, de Ariztía, sostuvo en su declaración ante la FNE que *“de Walmart fijate que no recuerdo, de SMU recuerdo haber recibido reclamos... pero de... no Tottus también, te diría que Walmart no me suena, más fuerte era Cencosud, de todas maneras”*, lo cual ratificó posteriormente en su declaración en estrados, de fojas 7.041, al sostener *“Porque recuerdo que Walmart no, no solicitaba, no entraba en este juego, no me llamaba para pedir presiones”*; (ii) Luis Zamorano, en su declaración de fojas 7.487, y Julio Southerland, en su declaración de fojas 6.487, ambos ex ejecutivos de Walmart, negaron la existencia de cualquier tipo de regla; y (iii) el ex ejecutivo de SMU Pablo González señaló que no le constaba que Walmart hubiera participado en algún tipo de regla. El único testigo que declaró de forma más ambigua acerca de la participación de Walmart fue el ex ejecutivo de Cencosud Joseba Loroño, quien afirmó que los productores de pollo le habrían señalado que dicha cadena

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

también participaba de una regla vertical como la acordada con Cencosud, pero que a él no le constaba si ello era cierto;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que no obstante el tenor de estas declaraciones, existe en autos suficiente prueba documental tanto para dar por acreditada la adhesión de Walmart a una regla de comportamiento, como para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados participaban también de un esquema similar. Como se verá, la mayor parte de dicha evidencia consiste en comunicaciones internas o con proveedores en las que se hace referencia a precios bajo el precio mayorista de lista, pidiendo en ocasiones a los productores tomar medidas al respecto;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, al igual que en el caso de Cencosud y SMU, previo al análisis de la evidencia mencionada y para efectos de facilitar su comprensión, resulta conveniente mencionar a los principales ejecutivos y ex ejecutivos de Walmart y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

- (i) Luis Zamorano, Comprador de Carnicería en Walmart desde 2008 a 2014. Gerente de Perecederos en formato Ekono a partir de 2014 en Walmart.
- (ii) Julio Southerland, Comprador de Carnes Blancas en D&S (Walmart) desde 2006 al 2008, Comprador de Carnes Rojas en Walmart desde 2008 a marzo de 2011, Gerente de Área en Carnicería de Walmart desde marzo de 2011 al 2014, Gerente Comercial de Perecederos en Super Bodega Acuenta de Walmart desde 2014 a 2015 y Gerente Comercial de Perecederos en formato Express de Walmart desde 2015.
- (iii) Vincent Godon, Gerente Comercial de Perecibles de Walmart
- (iv) Juan Carlos Gosen, quien ha tenido numerosos cargos en Walmart a partir del año 2000. Entre ellos, Comprador de Bebestibles entre 2004 y 2008, Gerente de Abarrotes para Hipermercados desde 2008 a 2009, Gerente de Consumibles desde mediados del 2009 a fines del 2010 y Gerente de Alimentación el 2011 y 2012.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, en primer lugar, se expone una comunicación interna de Walmart que hace referencia dos veces a que el precio de la competencia estaría bajo el costo, lo cual no sólo implica el conocimiento de la regla de comportamiento, sino también que ésta se aplicaba a los otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

supermercados. La cadena de correos tiene fecha 9 de junio de 2010 y se encuentra a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

[1] *"Sres, El pollo está bajando en el mercado, bigger, campesino a \$[X] ... por favor ver urgente... Esto está bajo costo. Espero sus respuestas."*

- Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano (Walmart), con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"SOLE MANDAME EL DETALLE DE ESOS PRECIOS BAJO EL COSTO. TE RECUERDO QUE EL COSTO ES DE \$[X]"*.

- Correo electrónico de Luis Zamorano a [Ejecutiva de Walmart], con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"BIGGER (CADENA DEL CENTRO SUR) CAMPESINO (CHILLAN) ESTÁN A PVP [X] (BAJO COSTO)"*.

- Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano, con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *"Sole por favor mas [SIC] especifica. Fecha de promoción, Duración, Marca. Gracias"*.

- Correo electrónico de Luis Zamorano a [Ejecutiva de Walmart], con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[5] *"No sabemos si es promoción o no, pero es ariztia [SIC] a \$[X]. Favor ver y me cuentas (se supone que no pueden hacer esto con el pollo fresco)"*.

- Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano, con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, enseguida, las siguientes comunicaciones, aunque son unilaterales de un proveedor hacia Walmart, son un indicio de que al menos dicha cadena conocía la existencia en el mercado de una restricción vertical consistente en la venta minorista por sobre el precio de lista mayorista, más IVA:

[1] *"[Ejecutivo de Walmart], cuanto es el último plazo para cargar el costo del catálogo de ofertas salvadoras de Agosto, ya que no te puedo asegurar un precio con tanta anticipación, porque podemos quedar bajo el costo como nos pasa en este instante con el trutro corto parriya [SIC] y la pechuga envasada, lo que nos trae problemas, cuando es el último plazo??"*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Julio Southerland (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 15 de julio de 2008, que rola a fojas 08 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Andrea, estaríamos OK para el catálogo del 11 al 22 de marzo con la pechuga cocida granel, te adjunto propuesta con la situación actual de la pechuga granel y el [%] extra de descuento por el catálogo para salir a PVP \$[<] , ya que menos de eso quedamos bajo el costo lo que nos trae problemas comerciales con las otras cadenas. Favor confirmar para programar, ya que estamos justos de tiempo."*

- Correo electrónico de Alfredo Díaz del Río (Agrosuper) a Andrea Malhue (Walmart), de fecha 3 de marzo de 2009, que rola a fojas 41 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Lucho, te pido también que en el trutro envasado estemos sobre el costo con el PVP (\$[<] es el costo). Gracias."*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 23 de noviembre de 2009, que rola a fojas 107 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, de modo similar a lo que se observa en los correos electrónicos anteriores, en el siguiente un proveedor le recuerda a Walmart acerca del precio sugerido y le señala que no es posible salir a público por debajo del costo. Sin embargo, nótese que a diferencia de los anteriores, aquí sí existe una breve respuesta del ejecutivo de Walmart invitando a revisar el tema personalmente en su próxima reunión:

[1] *"Por último, en pechuga estas bajo el costo y no fue el precio acordado como PVP, no podemos salir bajo el costo"*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Luis Zamorano (Walmart), con copia a [Ejecutivo de Agrosuper], de fecha 23 de Octubre de 2009, que rola a fojas 101 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Nos juntamos el lunes y revisamos todos estos temas????"*

- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Agrosuper], de fecha 23 de octubre de 2009, que rola a fojas 101 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo quincuagésimo: Que el mail anterior también es útil para corroborar el hecho que la relación comercial entre los supermercados y los productores de pollo fresco incluía frecuentemente reuniones presenciales, tal como se indicó en el considerando 42. En el caso de Walmart, esto fue además corroborado por Luis Zamorano en su declaración testimonial de fojas 7.487, quien declaró *"Si, también se reforzaba ese tema. Teníamos reuniones semanales con los proveedores"*;

Centésimo quincuagésimo primero: Que lo anterior se complementa con la siguiente cadena de correos de enero de 2010, en la que se muestra que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejecutivo de un productor de pollos le envía a un ejecutivo de Walmart una foto que contendría precios cobrados por Walmart en su local de Macul. Luego del intercambio, el ejecutivo del productor lo reenvía a un ejecutivo de Cencosud:

[1] *"Luis, esta es una oferta puntual (foto), es sobrestock o la tienes para varios locales?"*

- Correo electrónico de Antonio Correa (Don Pollo) a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] *"Fue puntual por sobrestock".*

- Correo electrónico, respuesta de Luis Zamorano (Walmart) a Antonio Correa (Don Pollo), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE.

[3] *"Alfredo, para tu información y tranquilidad. ACB."*

- Reenvío de la cadena de correos anterior de Antonio Correa (Don Pollo) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo quincuagésimo segundo: Que el conocimiento por parte de Walmart de una regla de comportamiento aplicada transversalmente en el mercado supermercadista se puede apreciar en la siguiente comunicación entre ejecutivos de Walmart, de fecha de 11 de junio de 2010 y que se encuentra a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

[1] *"Sres, Adjunto toma de precios actualizada a esta semana, favor revisar en detalle cada una de sus líneas".*

- Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a 21 ejecutivos de Walmart, entre ellos [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 199 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Hace varios días que vemos precio de pollo entero a \$999. ¿Qué podemos hacer?"*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Walmart], reenviando comunicación anterior a Julio Southerland (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 199 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Vincent según las conversaciones con los proveedores, han cortado los despachos de pollo entero por salir a un precio bajo el costo. No sé qué tan real sea este tema, habría que verlo directamente en los locales de la competencia para ver si tienen pollo entero. En todo caso no se ha visto afectado nuestro nivel de servicio ni tampoco se ha visto una disminución en los kilos vendidos".*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Walmart] y Julio Southerland (Walmart), de fecha 11 de Junio de 2010, que rola a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, con todo, el anterior correo es parcialmente consistente con la explicación de Walmart de que la baja en los niveles de servicio era una razón legítima para comunicarse con sus proveedores cuando la competencia tuviera precios muy competitivos (véase, por ejemplo, la sección IV.2.6 de sus observaciones a la prueba que rolan a fojas 12.041). Sin embargo, la misma cadena de correos también es un indicio de que dicha empresa entendía que vender bajo costo era motivo de una posible sanción por parte de los proveedores de pollo, cuestión sólo consistente con la existencia de una regla vertical de aplicación simultánea entre los distintos participantes del mercado minorista aguas abajo;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que las comunicaciones internas de Walmart acerca de los precios de su competencia, aun cuando en principio son lícitas y parte de su gestión comercial, sí son cuestionables cuando se utilizan para incidir en el actuar de sus competidores en formas distintas a la sola competencia en el mercado. Una muestra de ello se puede observar en la siguiente cadena de correos electrónicos, donde una comunicación interna de la compañía se transforma en una solicitud a un proveedor común, exigiendo una explicación por los precios de su competencia. La cadena tiene fecha 6 de Mayo de 2011 y está contenida en el archivo "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE:

[1] *"Buenos días [SIC], comunico a ud. algunos precios de carnes que la fama supermercado mantiene [SIC] destacada. -pollo entero con menudencias super pollo kilo \$ 990 // -paleta parrillera kilo \$ 1.598 // tutro entero pollo super pollo kilo\$ 990."*

- Correo electrónico de Cornelio Lorca (Auditor de precios en Walmart) a Daniela Escobar (Analista de pricing en Walmart), de fecha 5 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] *"Estos son los precios que está manejando esta competencia en Santa Cruz."*

- Correo electrónico de Daniela Escobar a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 5 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[3] *"Plop!!! Exijo una explicación. Saludos"*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de Luis Zamorano a Patricio Delgado (Subgerente en Agrosuper), con copia a Matías Coll (Agrosuper), de fecha 6 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[4] *"Dejame [SIC] averiguar".*

- Correo electrónico de Patricio Delgado a Luis Zamorano, con copia a Matías Coll, de fecha 6 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, en línea similar, es relevante analizar la siguiente cadena de correos:

[1] *"Alfredo te adjunto el catalogo [SIC] de Jumbo que va desde el 29 de octubre al 8 de Noviembre. Aquí aparece el trutro combinado tal para cual bajo el costo base. El mismo producto se dio para D&S para el catalogo [SIC] siguiente, ante lo cual tuve que eliminarlo de mi catálogo. Te recuerdo el costo es de \$2.010 + IVA.*

Te pido que envíes esta información a quien corresponda, porque la próxima semana vamos a salir con la Chuleta Vetada a \$1.990. No puedo ir más caro".

- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a Alfredo Díaz del Río (Agrosuper), con copia a Patricio Delgado (Agrosuper), de fecha 12 de noviembre de 2009, que rola a fojas 04 del cuaderno principal, tomo I.

[2] *"Luis, no podemos salir bajo el costo en la chuleta. Con respecto a JUMBO ya se conversó con la cadena. Patricio Delgado".*

- Correo electrónico de Patricio Delgado (Agrosuper) a Luis Zamorano (Walmart) y Alfredo Díaz del Río (Agrosuper), de fecha 12 de noviembre de 2009, que rola a fojas 04 del cuaderno principal, tomo I.

Centésimo quincuagésimo sexto: Que esta cadena de correos tiene varios aspectos relevantes. En primer lugar, hay un reclamo al proveedor de pollo fresco por los precios minoristas de otra cadena de supermercados. Segundo, dentro de ese reclamo hay dos referencias al costo, o precio de lista mayorista, lo cual es un indicio de conocimiento de una regla tanto para Walmart como para su competencia. Tercero, aunque respecto a otro producto, hay una advertencia de parte de Walmart de que saldrá a un precio bajo el precio de lista mayorista, lo que es un indicio de que esta compañía también aplicaba una regla de comportamiento similar en el caso de otros productos vendidos por los productores de pollo fresco. Cuarto, la respuesta del ejecutivo de Agrosuper confirma la existencia de una restricción vertical asociada a los precios minoristas. Por último, la respuesta del ejecutivo de Agrosuper muestra que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reclamo de Walmart tuvo como consecuencia una comunicación entre el productor de pollos y otra cadena de supermercados;

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que a este respecto, Walmart ha señalado que el mail anterior tenía por objeto notificar a Agrosuper de que, debido a la reciente oferta de Jumbo, ya no tenía sentido la promoción que habían programado juntos. Señala también que la frase *“Te pido que envíes esta información a quien corresponda”* era para que Agrosuper pueda volver a estimar las compras de Walmart ante la nueva situación sin promoción y que la respuesta de Agrosuper, relacionada a una comunicación con Jumbo, no era algo buscado por Walmart, debido a que no esperaban que se tomara ninguna medida, sino sólo informar los cambios respecto a su propio catálogo;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, sin perjuicio de que es atendible que se cancele una promoción que deja de ser atractiva para los clientes, la explicación de Walmart resulta al menos inconsistente. Ello por cuanto si la finalidad era sólo cancelar una promoción, no era necesario hacer referencia al precio mayorista de los productos y su relación con el precio promocional de la competencia. Además, respecto de la frase *“te pido que envíes esta información a quien corresponda”*, se observa que la estimación de volúmenes de pollo señalada no tiene relación alguna con la continuación de la citada frase, esto es, *“porque la próxima semana vamos a salir con la Chuleta Vetada a \$1.900”*. Por tanto, la explicación alternativa de Walmart no es suficiente para desvirtuar lo señalado en el considerando 156. Por el contrario, la cadena de correos antes citada constituye un indicio adicional de que Walmart participaba de una regla de comportamiento asociada al pollo fresco y de que, además, entendía que también lo hacían sus competidores en la venta minorista a través de supermercados;

Centésimo quincuagésimo noveno: Que la comunicación de Walmart con sus proveedores acerca de variables competitivas de su competencia puede verse también en el correo enviado por Julio Southerland a Patricio Delgado, de Agrosuper, contenido en el documento “696.pdf”, en el pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE. Este correo no contiene texto, sino solo una tabla con una “toma de precios” (esto es, una selección de precios de venta a público) del producto pollo fresco en locales de la competencia (Jumbo). Según se observa en dicho correo, el mencionado ejecutivo de Walmart recibe un correo previo interno con documentos en formato Excel adjuntos que dan cuenta de tomas de precios de diversos productos “hipersensibles” (según se indica en el mismo correo). Luego, extrae la parte correspondiente al pollo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fresco, la inserta en el cuerpo del mail y procede a reenviarlo al ejecutivo de Agrosuper. Todos los precios de la tabla están por debajo del precio de lista mayorista. Si bien el correo por sí sólo no es concluyente, es consistente con la acusación de la FNE y no con la explicación alternativa realizada por Walmart;

Centésimo sexagésimo: Que, más aún, la cooperación entre Walmart y sus proveedores para monitorear la actuación de los otros supermercados se puede observar en el mail que se transcribe a continuación, donde un ejecutivo de Ariztía le señala a un ejecutivo de Walmart que otro minorista está cobrando por sobre los costos, que se está monitoreando que ello se cumpla, señalándole también su estructura de márgenes y el precio de venta a público:

"Arturo, Te confirmo que Vegamercado esta [SIC] alineado con Precios de venta a Publico [SIC] sobre costo, en Pollo entero con menudencias, para lo cual estamos controlando en forma diaria que esto se cumpla. Esto esta [SIC] rigiendo a contar del dia [SIC] Miercoles [SIC] 13 de enero. Te comento que de acuerdo a su estructura de margenes [SIC], Vegamercado opera en un rango de [X] a [X]%. Con Precio de venta a Publico en Pollo Entero [X] de aprox \$[X].-Kilo. Saludos."

- Correo electrónico de Miguel Villabona (Ariztía) a Arturo Sepulveda (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 16 de enero de 2010, que rola a fojas 142 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo sexagésimo primero: Que, por su parte, también es posible concluir la participación de Walmart y el resto de los supermercados en el acuerdo que acusa la FNE a través del análisis de la intervención activa de los proveedores de pollo en la actuación comercial de los distintos supermercados, tal como se puede observar en la siguiente cadena de correos, con fecha 20 de enero de 2009, contenida en el archivo "626.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE:

[1] "Lucho, Te cuento que Cencosud dejo [SIC] el precio del pollo entero a 1490 el kg tal como lo conversamos ayer. Necesito que lo iguales para que no sigan con esta pelea que todos perdemos plata. Si no lo aumentas ellos te igualaran y seguiremos perdiendo plata, te pido si lo puedes revisar ahora. De antemano gracias"

- Correo electrónico de Patricio Delgado (Agrosuper) a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] "Luis, como te fue con este tema ?? para que no sigamos perdiendo plata, ellos siguen con el precio en 1490"

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Correo electrónico de Patricio Delgado a Luis Zamorano, de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[3] *"Ya se lo mande [SIC] a Jaime, pidió toma de precios en los locales cercanos y se va a posicionar. Si el Jumbo lo tiene a 1490, nos deberíamos posicionar. Saludos".*

- Correo electrónico de Luis Zamorano a Patricio Delgado, de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo sexagésimo segundo: Que aun cuando no son parte del requerimiento de la FNE, existen correos que sugieren la existencia de una regla idéntica a la acusada para productos distintos al pollo fresco. Aunque esta evidencia es indirecta, sirve de contexto a lo acusado por la Fiscalía, considerando especialmente que varias de tales comunicaciones involucran a ejecutivos que participan también de la venta de pollo fresco, tanto desde los productores, como también desde los supermercados acusados;

[1] *"Hoy en día, mi costo es \$[X], y Distribuidora la reina lo vende a \$[X] ,,,,, ??????????????" ustedes saben que vender bajo el costo es grave"*

- Correo electrónico de Juan Carlos Gosen (Walmart) a Víctor Velásquez (Agrosuper), de fecha 31 de mayo de 2005, que rola a fojas 04 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Sres, no quiero entrar en polemica [SIC] prero [SIC] vender bajo el costo / [SIC] a la competencia esta [SIC] prohibido,".*

- Correo electrónico de Juan Carlos Gosen (Walmart) a [Ejecutivo de Viña Ventisquero, de Agrosuper], de fecha 8 de julio de 2005, que rola a fojas 05 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Favor corregir Precio de Costillar medio PLU 302333, el cual en algunas salas está a \$3208, y el costo de este [SIC] es \$[X]. Gracias"*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a [Ejecutivo de Walmart], con copia a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 12 de octubre de 2011, que rola a fojas 339 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *"Rodrigo, el proceso de cierre de pavo para fin de año siempre fue hecho con los números arriba de la mesa, generándose para ambos un adelantado buen negocio, y como siempre primando la empatía y transparencia. Sin embargo, nos encontramos hoy que están liderando una actividad en medios masivos con nuestro pavo entero a \$[X] (muy por debajo del costo) que está arrastrando al resto de los retailers y donde nos está ocasionando un problema severo con ellos. Además de esta promoción en sí, la cual rechazamos completamente,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentimos que hay acuerdos tácitos de trabajo no cumplidos y que las señales de Uds. no fueron claras en estos días. De hecho, en nuestra conversación de ayer me manifestaste que esta actividad no se justificaba y que creías que los rumores de salir bajo el costo eran infundados, situación contraria a la realidad de hoy”.

- Correo electrónico de Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) a Rodrigo Álvarez (Walmart), de fecha 19 de diciembre de 2008, que rola a fojas 25 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo sexagésimo tercero: Que en lo que respecta ahora a las defensas de Walmart, una de ellas dice relación con la incompatibilidad que tendría su estructura corporativa y la práctica acusada por la FNE. En efecto, sostiene en su contestación que *“estos dos roles de los que hablábamos antes –la adquisición de productos de los proveedores en los mercados aguas arriba y su posterior venta a clientes, aguas abajo-, se encuentran consciente y estratégicamente separados al interior de Walmart Chile, desde comienzos de 2009”* (fojas 247), motivo por el cual *“aportamos un antecedente objetivo e indiscutible adicional. Como el área a que nos referimos fue creada a principios de 2009, no puede existir la supuesta continuidad en la ejecución de la presunta regla a la que se refiere el Requerimiento, hasta 2011, como sostiene la FNE. Con ello no queremos decir que haya existido antes, sino que sólo reforzar que desde 2009 incluso la estructura organizacional de la Compañía se opone derechamente a la supuesta materialización de dicha presunta regla, en lo que constituye un antecedente objetivo, de importante valor, que la FNE simplemente omitió”* (fojas 254). En otras palabras, dada la propia estructura adoptada por la compañía el año 2009, no podría existir una conducta horizontal entre las requeridas a través de las firmas aguas arriba como la expuesta en el requerimiento;

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, sin embargo, tal defensa no es consistente con la prueba en autos. Ello por cuanto está documentado en el proceso que el desarrollo del área de *pricing* fue incremental en el tiempo, comenzando sólo en medio del período imputado y demorándose varios años en estar plenamente implementado, más allá del término de dicho período;

Centésimo sexagésimo quinto: Que en esa línea se expresa en su declaración testimonial Daniela Cañón, ex jefa de *pricing* de Alimentación, Consumibles y Mascotas en Walmart, al señalar que *“el área de [pricing], cuando nosotros partimos el 2008, partimos muy fuerte en lo que era precio regular, y evaluando las promociones, y después ya el 2011, más menos, no me acuerdo bien la fecha, pero empezamos ya a tener, una estrategia más sólida en base a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las promociones". Luego, en la misma declaración testimonial, la ejecutiva señala que *"Hoy día, de hecho, nosotros pasamos a tener cien por ciento de autonomía en las promociones el dos mil..., yo creo que el 2012, más o menos, 2013, o quizás, cien por ciento autonomía, donde al final que recibimos del área comercial es un descuento, y nosotros fijamos el precio de promoción"*. Por tanto, en lo que respecta a los precios promocionales, el departamento de *pricing* sólo tuvo independencia del área de compras con posterioridad al período acusado por la FNE;

Centésimo sexagésimo sexto: Que, de acuerdo con lo anterior, y atendido que la conducta acusada tenía relación principalmente con los precios promocionales cobrados por los supermercados requeridos, es posible desestimar la argumentación de Walmart relativa a que el funcionamiento separado de su departamento de *pricing* haría imposible la conducta acusada por la FNE;

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, enseguida y al igual que SMU, Walmart acompañó al proceso evidencia económica que descartaría la conducta acusada. En particular, acompañó a fojas 6.658 un informe económico de Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. Sin embargo, son replicables a su respecto las críticas efectuadas respecto del informe del señor Chumacero detalladas en el considerando 131, en especial las relacionadas con la interdependencia entre las demandas de los distintos productos vendidos aguas abajo y con el hecho de no haber considerado que el acuerdo era sobre precios mínimos y no un cartel duro, por lo que sus conclusiones no pueden ser consideradas a efectos de la decisión;

Centésimo sexagésimo octavo: Que, además, a fojas 6.658 Walmart presentó un informe elaborado por Alexander Galetovic y Claudio Montenegro que estudia los márgenes de esa cadena en la venta de pollo fresco, encontrando que entre los años 2008 y 2011 el 2,3% de las ventas fueron realizadas por debajo del costo. El informe concluye que *"Walmart vendía bajo el costo en algún local alguna pieza de pollo de algún proveedor unas 100 veces por día; no parece haber habido un acuerdo eficaz entre Walmart y el resto de los supermercados"*;

Centésimo sexagésimo noveno: Que el mismo informe efectúa también un análisis comparativo entre los distintos períodos, esto es, antes del allanamiento a los supermercados, entre esa fecha y el requerimiento, y en forma posterior a éste, concluyendo que *"También es relevante que la frecuencia de ventas bajo el costo de Walmart se distribuya uniforme en todas las dimensiones pero, sobre todo, a lo largo de todo el período, porque sugiere que Walmart no*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se comportó distinto... Por el contrario, durante los tres períodos la probabilidad de observar una venta bajo el costo en algún local un día dado de una pieza de pollo determinada provista por un proveedor dado es igual". No obstante, aun cuando tal ejercicio cuenta con algunas de las mismas debilidades señaladas precedentemente, él es un indicio de cierta ineficacia de la conducta acusada (especialmente considerando que la FNE no ha presentado un ejercicio similar que controvierta dichos resultados, esto es, que señale que existió una aplicación eficaz de la conducta), mas no de su inexistencia;

Centésimo septuagésimo: Que, en suma, al igual que en el caso de Cencosud y SMU, la prueba analizada permite formar la convicción de que Walmart también fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Walmart mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

Centésimo septuagésimo primero: Que, finalmente, Walmart sostiene (entre otras, a fojas 347 y siguientes y a fojas 12.041 y siguientes) que habría satisfecho todo lo que le es exigible desde el punto de vista de su responsabilidad corporativa, desplegando todos los esfuerzos que han estado a su alcance para que sus "colaboradores" cumplan con la normativa de libre competencia. En este marco, habría implementado un programa de cumplimiento "serio, suficiente, oportuno y completo" que le permitiría ser eximida de su responsabilidad por las conductas cometidas en caso de que éstas resultaren probadas, presentando abundante prueba al respecto. Los detalles del programa y de la evidencia presentada por dicha requerida en esta materia se encuentran resumidos en su presentación de fojas 8.370, en la cual se reitera que "*si una persona jurídica prueba un control efectivo sobre el actuar de esa persona, entonces, esa defensa debe tener un efecto absolutorio*" (fojas 8.446; el subrayado en el original ha sido omitido);

Centésimo septuagésimo segundo: Que cabe advertir que si bien Cencosud (a fojas 500 y 12.650) y SMU (a fojas 648 y 12.301) presentaron una defensa de cumplimiento similar, lo hicieron sólo en el contexto de su solicitud de una eventual rebaja de la sanción y no como eximente de responsabilidad, por lo que el detalle de sus defensas en este sentido es tratado en la sección 5 de esta sentencia, relativa precisamente al cálculo de la multa a ser impuesta a las requeridas. El análisis que sigue, entonces, sólo se refiere a la defensa de Walmart;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo septuagésimo tercero: Que la FNE califica todos esos programas de “frustrados o fallidos” (fojas 12.963), pues no habrían cumplido con sus objetivos consustanciales;

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, ante todo, conviene recordar que esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que *“las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva, y deviene sólo en un amoral ejercicio de levantamiento de ingresos”* (Ted Banks y Joe Murphy, “The International Law of Antitrust Compliance”, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 40, 2012, p. 377);

Centésimo septuagésimo quinto: Que, en este sentido, los esfuerzos acreditados por Walmart en esta materia no pueden sino ser destacados y promovidos. Con todo, la pregunta relevante se circunscribe a si es posible que ellos conlleven la posibilidad de eximir de responsabilidad en sede de libre competencia y, de ser posible, cuál es el estándar exigido;

Centésimo septuagésimo sexto: Que, respecto de lo primero, concordamos con lo señalado en el informe de Héctor Hernández, acompañado por Walmart a fojas 1.459, en el sentido que si bien la legislación no contempla expresamente eximentes de responsabilidad (incluyendo una causal por cumplimiento), tampoco se opone a ello. El ámbito de los presupuestos de la responsabilidad está, en nuestro derecho, entregado enteramente al desarrollo jurisprudencial. En este sentido, es posible sostener que el máximo reconocimiento a una firma que ha implementado un programa de cumplimiento y ética que cumple con el estándar señalado en los considerandos siguientes, bien puede ser su exención de responsabilidad;

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, en efecto, como se ha sostenido en sentencias anteriores (por ejemplo, en Sentencia N° 147/2015, considerandos 8° y 9°), el incumplimiento normativo sólo da origen a responsabilidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

administrativa en esta sede cuando es culpable, esto es, el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. En otras palabras, la responsabilidad por inobservancia de la ley en el caso concreto le es imputable y exigible porque gozaba de la posibilidad de cumplirla o no cumplirla. *A contrario sensu*, no incurre en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir. En este sentido, la responsabilidad no es estricta u objetiva, entendida esta como aquella que se produce con independencia de la culpa del sujeto, sino por culpa o negligencia;

Centésimo septuagésimo octavo: Que en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad;

Centésimo septuagésimo noveno: Que en lo que respecta ahora al estándar, debe recordarse, en primer término, que no existe una definición universal de los programas de cumplimiento y ética ni de sus elementos constitutivos. Lo claro, desde una perspectiva moderna, es que se trata de un concepto vinculado a una “buena” y efectiva gestión de una firma, es decir, no de un concepto estrictamente legal, sino de *management*, que utiliza por tanto herramientas de esa disciplina en pro de la prevención y corrección de las conductas reñidas con la ley y la ética en el ámbito de los negocios;

Centésimo octogésimo: Que, no obstante, para calificar un programa, en el derecho comparado suelen ser mencionados algunos elementos básicos comunes. Un ejemplo son los “siete puntos” contemplados en las *U.S. Sentencing Guidelines* (U.S.S.G. section 8B2.1(b), http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf) o los 12 elementos indicados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en su *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Nov. 26, 2009, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf>). La doctrina, asimismo, suele elaborar sus propios “listados” (véase, por ejemplo, Murphy, J. & Kolasky W., “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior,” *Antitrust*, vol. 26, 2012, p. 61, donde los siete puntos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

son divididos en 20 subcategorías). Con todo, más allá de la enumeración, los elementos suelen ser relativamente similares entre sí. Entre ellos destacan el uso de auditorías y monitoreos; contar con un Oficial de Cumplimiento de nivel senior y empoderado dentro de la firma; tener un sistema de comunicación efectivo del programa al interior de la compañía; y aplicar incentivos y controles disciplinarios acordes; entre otras herramientas de gestión;

Centésimo octogésimo primero: Que una serie de agencias de competencia del mundo, tales como las de Canadá, Italia, Sudáfrica, Singapur, Australia, el Reino Unido, Francia, India e Israel, entre otras, han elaborado lineamientos que dan cuenta de su posición frente a los programas y los requerimientos generales para su reconocimiento. Lo mismo ha hecho en Chile la Fiscalía Nacional Económica, que cuenta con una “Guía de Programas de Cumplimiento” (junio 2012) que también recoge los elementos centrales con que debe contar un programa;

Centésimo octogésimo segundo: Que, sin embargo, la implementación de un programa “real” de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, los propios elementos que debieran conformarlo varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma (lo que implica, por cierto, que en el caso de Walmart la exigencia es elevada). En esto, existe una diferencia fundamental con el régimen contemplado en el artículo 4º de la Ley Nº 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos delitos. En sede de libre competencia, lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga, sino que es realizada siempre de manera discrecional por la autoridad (en nuestro derecho, la FNE o este Tribunal);

Centésimo octogésimo tercero: Que corresponde siempre a la firma la carga de demostrar que un programa ha sido diseñado de manera razonable, ha sido debidamente implementado y que se ha aplicado correctamente cuando las circunstancias así lo han ameritado, de modo que pueda decirse que cumple con las características señaladas;

Centésimo octogésimo cuarto: Que en el presente caso, Walmart ha hecho un esfuerzo probatorio para acreditar que su programa incluye todos y cada uno de los elementos antes mencionados. Para ello, sostiene que dicho programa fue desarrollado en tres etapas o “hitos”: el primero, a partir del avenimiento de su antecesora, D&S, con la FNE y la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP, en el año 2006; el segundo a partir de la toma de control por parte de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Walmart el año 2009 (lo que constituye, en su propia expresión, el inicio de su primer programa de cumplimiento); y el tercero a partir del año 2013, con la adopción de un programa que califica “de segunda generación”. El resultado de estos procesos fue la incorporación, dentro de las prácticas de la compañía, de la mayor parte de los elementos de un programa de cumplimiento y ética antes mencionados. Atendida la evidencia presentada para sustentar sus alegaciones en esta materia, no cabe sino reiterar que se trata de un programa serio y riguroso, que responde a altos estándares y que debiera ser continuado y profundizado por la compañía;

Centésimo octogésimo quinto: Que, sin embargo, existen razones para estimar que, al menos a la época de los hechos, Walmart carecía de un programa de cumplimiento y ética completo que contara con las características de seriedad, efectividad y credibilidad indicadas previamente;

Centésimo octogésimo sexto: Que, en primer lugar, el análisis de la prueba aportada en estos autos respecto de Walmart, antes analizada, muestra de modo concluyente que la conducta anticompetitiva desplegada no se trató de un conjunto de acciones individuales aisladas llevadas a cabo por uno o más ejecutivos en respuesta a discusiones comerciales puntuales (como afirma la propia empresa, por ejemplo, a fojas 419), sino de una forma extendida de actuación que se extendió al menos durante la época requerida. El hecho que ejecutivos de rango superior estuvieran involucrados en la conducta acusada o al menos enterados de las acciones de sus subalternos (por haber sido copiados en correos electrónicos, por ejemplo) sin que hubieran reportado sus actuaciones, sino validándolas con su aquiescencia tácita al guardar silencio respecto de ellas, revela que las acciones son reprochables a la compañía y son merecedoras de sanción. Debe recordarse, al respecto, que la relación comercial con los proveedores recaía generalmente en manos de un comprador de carne (valga aquí lo señalado en el considerando 41), por lo que el involucramiento de cualquier otro ejecutivo implica un despliegue de la conducta que involucra a la compañía;

Centésimo octogésimo séptimo: Que, enseguida, no se trató de un programa preexistente y, por tanto, careció por completo de una función preventiva. En términos generales y en línea con lo establecido en el derecho comparado, las posibilidades de reconocimiento siempre serán mayores en el caso de una firma que cuenta con un programa serio, creíble y efectivo preexistente, que en el caso de una que espera al inicio de una investigación antes de implementar o mejorar su programa;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo octogésimo octavo: Que, en el presente caso, sólo pueden ser consideradas relevantes las acciones llevadas a efecto en el segundo período indicado por Walmart, atendido que el siguiente no dice relación con los hechos del caso y que el anterior habría sólo permitido “abonar el camino” o como “antecedente remoto” (según el decir de esta requerida, a fojas 352 y 8.372, respectivamente). Aun cuando los antecedentes presentados son bastante confusos en lo que respecta a las fechas de implementación de algunos elementos del programa (cuestión altamente reprochable a la firma, especialmente si se considera que la carga de la prueba recae en ella), resulta indubitado que el intento de implementar un programa “real” sólo habría comenzado a partir del año 2009, al alero de lo que Walmart denomina como “proyecto Forge”. Esta fecha es al menos un año posterior a la que la FNE indica como de inicio de la conducta requerida;

Centésimo octogésimo noveno: Que incluso si se considerara la primera etapa como parte del programa, la evidencia presentada también deja en claro que el programa de Walmart era de todos modos incompleto a la época de acaecimiento de los hechos. A este respecto, se debe destacar muy especialmente que la efectividad de un programa depende en gran medida de que, como mínimo, los incentivos al interior de la firma estén alineados con el objetivo de cumplimiento. Ello, en este caso, no ocurrió al menos durante buena parte del período acusado. Por ejemplo, y de modo muy relevante para examinar los hechos de esta causa, ya hemos mencionado que la función de *pricing* sólo comenzó a separarse de la gestión comercial hacia el final del período acusado. De modo similar, existe evidencia en el proceso de sólo una sanción en contra de un ejecutivo –Luis Zamorano– por acciones reñidas con la competencia relacionadas con este caso (o la menos por el “tenor de una conversación”, según da cuenta la transcripción de su declaración testimonial a fojas 7.579). Esto, a pesar de que el programa de la compañía establece sanciones por incumplimiento de normas de libre competencia (fojas 8.424 y siguientes). Muy por el contrario, ejecutivos involucrados en la conducta fueron incluso ascendidos. Nada más alejado de un buen esquema de incentivos al cumplimiento;

Centésimo nonagésimo: Que, finalmente, tampoco es claro que la implementación y mejoramiento del programa haya tenido una finalidad correctiva, es decir, que su causa haya sido la conducta acusada por la FNE en el presente caso. Por el contrario, de acuerdo con los antecedentes aportados,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

más bien pareció ser parte de un plan general de la cadena adquirente (véase considerando 188);

Centésimo nonagésimo primero: Que, a mayor abundamiento, incluso si el programa tuvo una finalidad correctiva, ella no se cumplió. No se acreditó en el proceso que ocurriera un cambio de conducta de la firma producto del programa, que existiera una denuncia ante la FNE (por ejemplo, por la vía de la delación compensada) o que la firma prestara una cooperación particular con el órgano fiscalizador. No todos estos son necesariamente requisitos para examinar la razonabilidad y completitud de un programa de cumplimiento y ética y calificarlo, eventualmente, de serio, creíble y efectivo, pero sí se trata de elementos que muestran que, de haber existido un verdadero programa, su finalidad correctiva de todos modos no se cumplió;

Centésimo nonagésimo segundo: Que, en suma, los antecedentes presentados no son suficientes para eximir de responsabilidad a Walmart considerando su programa de cumplimiento y ética, atendido principalmente a su estado incipiente de implementación y diseño (que no permite sostener que existiera realmente dicho programa) a la época en que ocurrieron los hechos denunciados;

3.5. Síntesis

Centésimo nonagésimo tercero: Que la prueba aportada en estos autos y analizada precedentemente, consistente en correos electrónicos, declaraciones testimoniales, informes en derecho y económicos y otras declaraciones prestadas ante la FNE, considerada en su conjunto, permite concluir que las tres cadenas requeridas adhirieron a una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender a un precio mínimo el pollo fresco en sus diversos locales. Además, la adhesión estaba condicionada al hecho que el resto de ellas también lo hiciera, lo cual se concluye especialmente al observar que cada supermercado exigió a los proveedores el cumplimiento de la regla por parte de sus competidores;

Centésimo nonagésimo cuarto: Que, por el contrario, no existen explicaciones alternativas que permitan justificar, de manera objetiva, el patrón de conducta desplegada por las requeridas;

4. Excepción subsidiaria de prescripción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo nonagésimo quinto: Que sólo resta examinar la excepción de prescripción interpuesta por todas las requeridas. Como se ha señalado en la parte expositiva, todas ellas, en subsidio de sus defensas de fondo, sostuvieron que la acción para perseguir las conductas denunciadas por la FNE se encontraría prescrita. Sus argumentos son, sin embargo, algo diferentes entre sí;

Centésimo nonagésimo sexto: Que Cencosud afirma que, atendida la fecha en que le fue notificado el requerimiento de autos, la prescripción operaría respecto de todas las conductas acaecidas con anterioridad al 6 de enero de 2011;

Centésimo nonagésimo séptimo: Que SMU y Walmart, por su parte, basan su alegación en el hecho de que sólo existirían conductas aisladas e independientes entre sí. Sobre esta base, la primera sostiene que los actos ejecutados con anterioridad al 14 de octubre de 2009 estarían completamente prescritos por aplicación del texto del D.L. N° 211 vigente en ese entonces, que establecía una prescripción de dos años, mientras que los actos ejecutados con anterioridad al 13 de enero de 2011 también lo estarían por aplicación de la norma actualmente vigente, que establece un período de prescripción de cinco años;

Centésimo nonagésimo octavo: Que Walmart, en tanto, argumenta que todas las conductas previas al 20 de enero de 2011 que le han sido imputadas se encuentran dentro del período de prescripción. En sustento de su posición, acompañó, a fojas 8.912, un (segundo) informe en derecho de Héctor Hernández, quien sostiene que no se estaría en presencia de una infracción única y continuada, atendido que existiría una diferencia no conceptual, sino probatoria, entre un “acuerdo” y una “práctica concertada”, siendo esta última “más débil” a efectos de poder establecer el nexo común entre las conductas desplegadas;

Centésimo nonagésimo noveno: Que la jurisprudencia reiterada, tanto en esta sede como ante la Excma. Corte Suprema, ha sostenido que las acciones que dan lugar a un comportamiento colusivo requieren de una cierta unidad y permanencia en el tiempo que justifique que sean consideradas de manera conjunta como una sola actuación anticompetitiva;

Ducentésimo: Que, como bien señala, por ejemplo, el informe de Héctor Hernández a fojas 8.894, la mayoría de los casos en que se ha afirmado la existencia de una conducta única y permanente en esta sede dicen relación con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carteles duros, conducta que, según hemos explicado, difiere de la acusada en este caso. Sin embargo, ello no obsta a la imposibilidad de acreditar la unidad de actuación indicada en el considerando previo;

Ducentésimo primero: Que, en el presente caso, resulta manifiesto que la conducta que ha sido acreditada en estos autos tiene un carácter único y no puede ni debe ser subdividida en partes independientes. Como se ha visto, existieron actuaciones sucesivas entre competidores y proveedores, las cuales fueron similares a pesar de ser cadenas diversas, en las cuales participó un grupo de ejecutivos relativamente permanente del área respectiva acusada. En este sentido, la evidencia muestra, por ejemplo, que las cadenas expresaron constantemente su preocupación respecto del seguimiento de la regla por parte de las otras cadenas, y que era responsabilidad de los proveedores hacerse cargo de las supuestas desviaciones. Esto confirió una gran estabilidad a la regla de comportamiento, la cual no sufrió variaciones en el tiempo. Existen asimismo varias evidencias de un comportamiento análogo respecto de otros productos que no forman parte de la acusación;

Ducentésimo segundo: Que es conveniente reiterar a estos efectos que, tal como se indicó en el considerando 70, atendida la naturaleza de la conducta, la prueba debe ser analizada de manera holística y las actuaciones de las requeridas se desprendan del conjunto de ellas, del patrón único del que dan cuenta. En otras palabras, existe respecto de ellas una clara unidad. La existencia de la regla y su aplicación por las cadenas no es una forma de evitar la prescripción, sino la forma misma que adoptó la conducta anticompetitiva en este caso;

Ducentésimo tercero: Que, además, la prueba aportada al proceso da cuenta que el acuerdo (único) se mantuvo hasta por lo menos el año 2011, tal como indica el requerimiento. Por otra parte, este último fue notificado legalmente a Cencosud el 7 de enero de 2018, a SMU el 13 del mismo mes y año y a Walmart el día 20 del mismo mes y año, por lo que la interrupción de la prescripción debe entenderse ocurrida esos días, respectivamente;

Ducentésimo cuarto: Que, por consiguiente, la acción no se encuentra prescrita, ya que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a cinco años, tal como dispone el actual artículo 20, incisos 3° y 4°, en su versión posterior a la reforma introducida por la Ley N° 20.361, que es el que corresponde aplicar en esta materia y que establece que el cómputo de la prescripción para el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211 “no se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”;

Ducentésimo quinto: Que, por lo señalado, la excepción de prescripción extintiva de la acción no puede ser acogida respecto de ninguna de las cadenas;

5. Las medidas a ser impuestas en el presente caso

Ducentésimo sexto: Que corresponde ahora determinar las medidas aplicables a las requeridas por su conducta anticompetitiva desarrollada durante el período acusado;

Ducentésimo séptimo: Que, en primer término, será aplicada una multa a beneficio fiscal. Como señala el inciso final del artículo 26° del D.L. N° 211, en su versión aplicable a los ilícitos acreditados, el cálculo de la multa debe considerar, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y la colaboración que cada agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;

Ducentésimo octavo: Que la FNE argumenta en su requerimiento que la gravedad de la conducta, la sensibilidad del mercado y los beneficios económicos obtenidos por las requeridas justificarían la aplicación, a cada una de las requeridas, de una multa equivalente a un 10% de las ventas de la categoría de pollo fresco, lo cual superaría el límite de las 30.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, “UTA”) en cada uno de los tres casos;

Ducentésimo noveno: Que Cencosud señala que la gravedad de la conducta acusada, al no tratarse de un cartel duro, no justificaría la imposición de multa alguna, menos aún la multa máxima solicitada por la FNE. Asimismo, agrega que no obtuvo beneficio económico derivado de la conducta, cuestión que respalda con el informe económico acompañado a fojas 10.872, el que señala que los márgenes de la empresa se mantuvieron en niveles similares, e incluso aumentaron levemente, en el período posterior a la supuesta conducta;

Ducentésimo décimo: Que, por su parte, SMU sostiene que la multa solicitada por la FNE es desproporcionada, *“tanto por el alcance de los hechos como por los beneficios que de estos se derivarían, los cuales serían inexistentes para nuestra representada”* (fojas 668). Agrega que la FNE no acompañó ningún antecedente que acreditara beneficios para SMU durante el período acusado y que, de acuerdo con el informe económico que esta última acompañó a fojas 5.976, los márgenes habrían incluso aumentado luego de 2011. Por último,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala que se debe considerar que, durante la mayor parte del período acusado, SMU era un actor menor en el mercado, lo cual habría sido omitido por la FNE al solicitar la multa;

Ducentésimo undécimo: Que, finalmente, Walmart afirma que la solicitud de la FNE es excesiva y desproporcionada, pues no ha obtenido beneficios económicos del supuesto acuerdo; las promociones eran puntuales y esporádicas; no procede considerar la sensibilidad del producto afectado; no sería reincidente; y, de acreditarse, su participación habría sido puntual. Agrega que el desarrollo de su programa de cumplimiento y la colaboración prestada ante la FNE debiesen, además, conllevar la reducción sustancial de una posible multa;

Ducentésimo duodécimo: Que para efectos del cálculo concreto de la multa, corresponde determinar, primero, una multa base, la que luego es ajustada dependiendo de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Atendido que la conducta se desarrolló completamente bajo el régimen de sanciones vigente hasta el año 2016, la multa final no puede exceder las 30 mil U.T.A.;

Ducentésimo decimotercero: Que, en primer término, para determinar la multa base es necesario establecer un valor de referencia. Para estos efectos, a nuestro juicio, en este caso no es correcto utilizar, como ha solicitado la FNE, la totalidad de las ventas de pollo fresco de los supermercados. Ello implicaría equiparar un acuerdo que sólo incidió directamente en una proporción menor de las decisiones de precio de los supermercados, con uno que afecta a la totalidad de las decisiones de precio de los productos involucrados;

Ducentésimo decimocuarto: Que en el presente caso no es posible acudir al beneficio económico obtenido por los infractores para establecer el señalado valor de referencia. Por una parte, porque existen deficiencias informacionales en el expediente, atendido que no fue rendida prueba al respecto por la FNE (quien tenía la carga de hacerlo). Por otra parte, porque el cálculo del beneficio es complejo si se considera que se requiere determinar un contrafactual adecuado a un caso como el de autos, lo que es difícil si se considera particularmente la interdependencia en la demanda de los distintos productos vendidos por las requeridas, según se ha visto (considerando 53);

Ducentésimo decimoquinto: Que, atendido lo anterior, para el cálculo de la multa base hemos utilizado como valor de referencia las ventas netas de pollo fresco, las cuales han sido obtenidas de las bases de datos utilizadas en los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informes acompañados por Cencosud, SMU y Walmart a fojas 6.876, 5.976 y 6.658, respectivamente. Dado lo anterior y consistente con la conducta acusada y acreditada, para efectos del cálculo no se han considerado los datos correspondientes a productos congelados. Asimismo, se han considerado sólo las ventas netas efectuadas por Agrosuper, Ariztía y don Pollo a las requeridas;

Ducentésimo decimosexto: Que es importante recordar aquí que el acuerdo estaba fundado en el precio mínimo a ser cobrado por el pollo fresco, aspecto que sólo era relevante en el caso de precios promocionales; y que el margen promedio de la venta minorista de dicho producto es cercano al 25%. En atención a estas características, hemos calificado como ventas afectadas por la conducta acreditada sólo aquellas por las cuales se obtuvo un margen de entre 0% y 10%. Esto se justifica en el hecho de que se trata de un tramo donde los precios son cercanos a los costos, por lo que la probabilidad de que esas ventas hayan sido afectadas por el acuerdo de precio mínimo es alta. Esta aproximación da como resultado que, en promedio, entre un 6,5% y un 7,5% de las ventas de pollo fresco de los supermercados requeridos se habrían visto afectadas por la conducta;

Ducentésimo decimoséptimo: Que, por cierto, la aproximación anterior no es enteramente robusta. Dado que existen algunas diferencias entre los datos de cada requerida; que resulta imposible diferenciar entre distintos tipos de promociones o liquidaciones; que se utilizan costos de adquisición ponderados en los datos de los supermercados; y que se incluyen descuentos temporales en ellos, entre otros aspectos, no ha sido posible efectuar una mejor aproximación. Sin embargo, se trata de una base de cálculo razonable, objetiva (esto es, no arbitraria) y acorde a las circunstancias del caso;

Ducentésimo decimooctavo: Que una vez determinado el valor de referencia, se debe establecer qué porcentaje de este será utilizado en el cálculo de la multa. A este respecto, se debe considerar que no obstante el acuerdo tuvo un alcance limitado, ello no obsta a que se trate de una conducta especialmente grave. En efecto, se trata de un acuerdo entre competidores que recae sobre una de las variables competitivas más estratégica (el precio), encontrándose por tanto entre las conductas que merecen el mayor reproche dentro de la legislación de libre competencia, como lo ha sostenido en muchas ocasiones la jurisprudencia nacional. Por ello, la multa considera un 20% de las ventas afectadas;

Ducentésimo decimonoveno: Que, enseguida, el porcentaje anterior debe ser aplicado durante el período en el que se acreditó el ilícito, esto es, a todas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las ventas efectuadas entre los años 2008 y 2011. En el caso de SMU, al contar con datos sólo respecto de los años 2010 y 2011, se ha proyectado el cálculo para los años precedentes utilizando su participación de mercado en cada uno de ellos. Para estos efectos, hemos utilizado la información de Nielsen contenida en la carpeta número 1 del pendrive que rola a fojas 13.353. Asimismo, dado que para los cuatro primeros meses de 2010 se contó con información de un número reducido de locales, tal período también fue ajustado utilizando la información existente. En el caso de Cencosud, los datos faltantes del primer semestre de 2008 han sido completados multiplicando la multa correspondiente a las ventas afectadas del segundo semestre de ese año por la proporción promedio entre cada semestre de los otros años de la base de datos;

Ducentésimo vigésimo: Que la aplicación de la metodología anterior da como resultado una multa base correspondiente a 5.766 UTA para Cencosud, 3.438 UTA para SMU y 5.580 UTA para Walmart;

Ducentésimo vigésimo primero: Que, enseguida, corresponde analizar si existen elementos adicionales que pudiesen implicar aumentos o reducciones en la multa base para cada una de las requeridas;

Ducentésimo vigésimo segundo: Que, como hemos adelantado, todas las requeridas sostienen haber implementado programas de cumplimiento en materia de libre competencia que debieran ser considerados como una posible razón para reducir la multa que se les aplicará en el presente caso;

Ducentésimo vigésimo tercero: Que Cencosud hace referencia a este punto especialmente en su presentación de fojas 10.783, que detalla la implementación de su programa, a la cual acompañó diversos documentos que respaldarían lo allí señalado;

Ducentésimo vigésimo cuarto: Que, complementario a ese antecedente, el gerente general de Cencosud, Jaime Soler, al absolver posiciones, expresó que *“[l]a empresa implementó temas frente a la libre competencia en el año 2009, la empresa empezaron con un curso dictado por personal externo a la compañía, desde el 2009 a la fecha todos los años se han llevado capacitaciones a lo largo de todas las diferentes unidades de Cencosud en Chile [...] lo partió trabajando Cencosud corporativo, con el liderazgo del área legal y con el liderazgo del Gerente General Corporativo de la época, con la empresa, con el estudio de abogados Phillipi, y fue Felipe Irrázaval quien durante todo el año 2009 encabezó y lideró este tema dentro de Cencosud”* (fojas 3.909);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo vigésimo quinto: Que, en sentido similar, la testigo María Inés Buzada, quien se desempeñó en el área legal de Cencosud, ejerciendo diversos cargos, durante todo el período acusado, sostuvo en declaración cuya transcripción rola a fojas 4.096, que “[p]osteriormente empezamos estas charlas que comenzaron con fiscalía, empezamos a agrandarlas y empezamos a hacer partícipes a los gerentes de áreas de las distintas unidades de negocios y prácticamente se hacía lo mismo, se les explicaba más o menos todo el tema de libre competencia, se les preguntaba cuáles eran los temas recurrentes o temas en los que pudiésemos nosotros aportar un mayor análisis y bueno, en el fondo, empezamos con una recopilación de información de las distintas áreas usuarias con el fin de poder implementar y diseñar un plan de libre competencia”;

Ducentésimo vigésimo sexto: Que, por su parte, SMU planteó que la FNE “podría haber ajustado su pretensión punitiva considerando la existencia de este programa” (fojas 670). Para estos efectos, acompañó diversos documentos, entre los cuales se encuentran códigos y manuales de ética, presentaciones de abogados externos, un Manual del Proveedor, documentos sobre lineamientos para el cumplimiento de la normativa de libre competencia e invitaciones a sus ejecutivos a participar en una capacitación sobre el tema;

Ducentésimo vigésimo séptimo: Que la prueba documental rendida por SMU sobre este punto se complementa con lo declarado por María Isabel Díaz, abogada externa de la empresa, cuya testimonial rola a fojas 6.668, quien señaló que “En el transcurso de esta relación profesional ya esto ya no solamente se limitó a los temas de Compliance sino que se creó una relación permanente, ya no era una asesoría spot, y permanente significó que nosotros estábamos ahí digamos, al otro lado del teléfono, o en reuniones para responder todas las consultas que surgieran en materias de libre competencia propiamente tal o que tuvieran relación con temas de libre competencia, incluida la derivada cierto de, actos de competencia desleal. Asimismo hubieron una serie investigaciones, investigaciones que involucraban tanto a SMU en cuanto investigada, como investigaciones iniciadas respecto de terceros a los cuales SMU se le solicitaba información por parte de la Fiscalía”;

Ducentésimo vigésimo octavo: Que, asimismo, el testigo Luis Felipe Kortmann, ex Fiscal de SMU, señaló en su declaración testimonial que rola a fojas 6.699 que “Y así es como, yo diría que fines del año 2008 comienzos del 2009 alrededor de esa época, me pide contactar a, él me dice con nombre y apellidos a los abogados María Isabel Díaz que había, él había trabajado en algún trabajo anterior con ella, para que nos hiciera una asesoría, un monitoreo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y un programa de cumplimiento de los normas de libre competencia. Yo contacto a María Isabel y le pedimos que arme estos, ya sea creando manuales para la empresa y también organizamos varias charlas que se desarrollaron con todas las áreas involucradas del área comercial o todas las personas que tengan, que hubieran tenido relación con proveedores. Se realizaron por lo menos dos charlas que eran obligatorias, la citación a las charlas decía que eran obligatorias y que debían firmar un registro de asistencia. Y en esas charlas María Isabel, cómo se llama, explicó en forma bastante fácil de entender y en forma gráfica cuáles eran las conductas que eran aceptadas y las conductas que no eran aceptadas dentro de las normas y la normativa que rige a la libre competencia” y que “Era una asesoría permanente, nosotros siempre consultamos con ella diversas cosas digamos. Por ejemplo había una época en que hubo intensidad en, cómo se llama, publicidad comparativa de otras cadenas de supermercados. Y nosotros siempre estábamos digamos consultando con ella oye, están haciendo esto, está bien, está mal qué se yo. Y así, como eso varias cosas digamos que durante el año no solamente se restringía a las charlas que se hicieron sino que también con respecto a otras materias”;

Ducentésimo vigésimo noveno: Que en ambos casos la prueba rendida no permite acreditar la existencia de un real programa de cumplimiento y ética por parte de Cencosud y SMU; menos aún uno que cumpla con los estándares de seriedad, credibilidad y eficacia exigidos para ser base, al menos, de una reducción de la multa. Como hemos visto (considerando 182 y siguientes), la mera implementación de un “código o manual de conducta o buenas prácticas” interno (o cualquier otra denominación que pretenda dársele), las capacitaciones mediante “charlas” (no siempre obligatorias) dirigidas a un grupo o grupos de ejecutivos o el contar con una consultoría permanente son acciones que, aun consideradas en conjunto, están lejos de poder ser consideradas como un programa de cumplimiento y ética;

Ducentésimo trigésimo: Que, por lo demás, cercano a la época de los hechos del requerimiento se mantuvo vigente un proceso de litigación que involucraba a la FNE y algunos actores de la industria supermercadista relativo a las relaciones de las cadenas con sus proveedores. En el año 2006 el ente fiscalizador firmó un avenimiento con D&S, antecesora de Walmart, cuyo objetivo final central era, en términos generales, normar dichas relaciones, acordándose una serie de compromisos al respecto entre las partes. Lo mismo ocurrió entre dicha cadena y la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP. Cencosud también suscribiría un acuerdo de similar naturaleza. Estos avenimientos tuvieron un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impacto en toda la industria y derivarían luego en un proyecto de ley sobre la materia y en acciones concretas tales como la elaboración de reglamentos, manuales internos, etc. De este modo, las acciones a las que aluden las requeridas y algunos testigos, antes indicadas, poseen una explicación alternativa más que plausible, pues todas ellas bien pudieron estar enmarcadas en dicho contexto y no necesariamente ser parte del diseño e implementación de un programa de cumplimiento y ética completo acorde a las necesidades generales de cada una de las mencionadas requeridas;

Ducentésimo trigésimo primero: Que, por lo anterior, no se aplicarán rebajas a la multa base calculada para Cencosud y SMU por concepto de implementación de programas de cumplimiento y ética;

Ducentésimo trigésimo segundo: Que respecto de Walmart, nos hemos referido latamente a su programa de cumplimiento y ética en los considerandos 171 y siguientes, los cuales se tienen por reproducidos para estos efectos en esta sección, atendido que dicha requerida ha solicitado, de manera subsidiaria, que la multa que eventualmente pudiera serle impuesta sea rebajada debido a que cuenta con dicho programa (fojas 400);

Ducentésimo trigésimo tercero: Que, como hemos visto, la situación de Walmart es radicalmente diferente a la de las otras dos cadenas requeridas. Dicha firma sí desplegó un esfuerzo particular dirigido a demostrar que diseñó un programa de cumplimiento y ética razonable, que es implementado por la compañía y aplicado si lo requirieran las circunstancias, de modo que, a su juicio, debiera ser calificado como un programa serio, creíble y efectivo. Si bien dicho programa no fue preexistente a los hechos de la causa y poseía importantes falencias a la época de su ocurrencia (por lo que distaba de tener todos los atributos antes mencionados, según indicamos en los considerandos 185 y siguientes), su diseño fue comparativamente muy superior desde un inicio y constituyó de todos modos un avance muy relevante para la compañía, que debe por cierto ser reconocido. Asimismo, el hecho de haber continuado siendo implementado y profundizado con posterioridad al período requerido (lo que Walmart denomina “tercer hito” en su contestación, a fojas 355) y con independencia de los hechos aquí juzgados, no puede si no ser considerado por estos juzgadores en esta etapa;

Ducentésimo trigésimo cuarto: Que, por lo anterior, se aplicará respecto de Walmart una rebaja prudencial a la multa base ascendente a un 15% de ésta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo trigésimo quinto: Que no existen antecedentes adicionales que permita fundar una rebaja o un aumento de la multa hasta aquí calculada;

Ducentésimo trigésimo sexto: Que, por tanto, las multas finales que serán impuestas a cada una de las requeridas ascienden a 5.766 Unidades Tributarias Anuales para Cencosud, 3.438 Unidades Tributarias Anuales para SMU y 4.743 Unidades Tributarias Anuales para Walmart;

Ducentésimo trigésimo séptimo: Que, por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las Sentencias N° 145/2015, N° 148/2015, N° 158/2017 y N° 165/2018, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, a las tres requeridas, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012;

Ducentésimo trigésimo octavo: Que, a este respecto, entendemos que el cumplimiento de esta medida tendrá una dificultad dispar para las tres requeridas. Como muestra la evidencia presentada para sustentar sus alegaciones en esta materia, Walmart ya ha desplegado un esfuerzo serio y riguroso, que responde a altos estándares y que debiera ser continuado y profundizado por la compañía;

Ducentésimo trigésimo noveno: Que el programa de cumplimiento y ética antes impuesto tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

- a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes;
- b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica;

- c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;
- d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada;
- e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;
- g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,
- h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

- 1) **RECHAZAR** la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Cencosud S.A.;
- 2) **ACOGER** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 15 en contra de Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., declarando que infringieron el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 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;
- 3) **RECHAZAR** la excepción de prescripción interpuesta por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A.;
- 4) **CONDENAR** a Cencosud S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 5.766 (cinco mil setecientas sesenta y seis) Unidades Tributarias Anuales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 5) **CONDENAR** a SMU S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 3.438 (tres mil cuatrocientos treinta y ocho) Unidades Tributarias Anuales;
- 6) **CONDENAR** a Walmart Chile S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 4.743 (cuatro mil setecientos cuarenta y tres) Unidades Tributarias Anuales;
- 7) **IMPONER** a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando 239 de esta Sentencia;
- 8) **CONDENAR** en costas a Cencosud S.A. y SMU S.A. por haber sido totalmente vencidas.

SE PREVIENE que el ministro Sr. Javier Tapia estuvo por aplicar, como porcentaje a ser utilizado en el cálculo de la multa, según se consigna en el considerando 218, al menos un 25% de las ventas afectadas.

SE PREVIENE que el ministro Sr. Eduardo Saavedra, no obstante concurrir al fallo, estuvo por rebajar la multa base calculada a Walmart en un 33%, en lugar del 15% establecido en el considerando 234, en razón de los serios esfuerzos desplegados en la implementación de su programa de cumplimiento y ética.

SE PREVIENE que la ministra Sra. María de la Luz Domper, no obstante concurrir al fallo, estuvo por no incluir el literal (i) de la letra f) del considerando 239.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 304-2016

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. No firma el ministro señor Saavedra por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.