

CORTE SUPREMA  
SENTENCIA EN RECURSO DE RECLAMACIÓN 4927 / 2004  
DENUNCIA DE AGIP CONTRA SUPERMERCADOS

Santiago, veintiséis de mayo del año dos mil cinco.

Vistos:

En estos autos rol N°4927-04 se trajeron los autos en relación, para conocer de los recursos de reclamación interpuestos, a fs.630, por don Claudio Lizana Anguita, abogado, en representación de Distribución y Servicio D&S S.A.; y, a fs.637, por don Ramiro Mendoza Zúñiga y don Felipe Irrázabal Philippi, abogados, por Jumbo S.A., en los autos caratulados Consulta de AGIP S.A. sobre conducta de supermercado Líder en perjuicio de proveedores y consumidores en general, en contra de la decisión tercera de la sentencia definitiva, pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha cinco de octubre último, y que rola a fs.599. En la decisión que se impugna se ordenó a cada una de las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa y a las personas relacionadas con cualesquiera de ellas, en los términos dispuestos en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, hasta llegar a sus controladores finales, que consulte a este Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas.

El procedimiento se inició mediante la denuncia que, a fs.17, realizó la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras AGIP S.A. ante la Comisión Preventiva Central contra Supermercados Líder, fundándola en que, durante la fiesta de Navidad del año 2001, dicho supermercado realizó una promoción para chocolates que ofreció vender al consumidor, durante los días 21, 22, 23 y 24 de diciembre, con un descuento especial de 30%, exigiendo a las diversas empresas proveedores participar en esa promoción. En atención a que Nestlé

Chile S.A., fabricante de los chocolates Nestlé, SahneNuss, Capri, Trencito, Suflair y otros, se negó a participar, Supermercados Líder, como represalia, retiró los chocolates de esa marca desde las estanterías de sus distintos puntos de venta, en los locales de Santiago y Regiones; no obstante, lo cual, en la publicidad realizada se incluyeron tales productos, usándolos como gancho de cara a los consumidores, quienes, al concurrir a comprar los chocolates, no los encontraban en dichos establecimientos comerciales, resultando afectados por un evidente engaño. Añade la denuncia que dicha actuación no constituye una práctica leal y de buena competencia, ya que estableció una barrera arbitraria para la venta los chocolates Nestlé durante las festividades de Navidad, con perjuicio para la industria proveedora afectada y para los consumidores, que no pudieron comprar tales especies; razón por la que considera que se ha perjudicado la transparencia del mercado y los legítimos derechos a las industrias que compiten en el mismo, como también a los consumidores, en general. Mediante la presentación de fs.25, en representación de AGIP S.A. comparecen don Vasco Costa Ramírez y don José Caorsi Casaubon, Presidente y Gerente de dicha Asociación Gremial, solicitando a la misma Comisión Preventiva Central que se absuelva consulta sobre licitud de conductas de los Supermercados o cadenas de los mismos, en sus relaciones con las industrias proveedoras. Las conductas, en que incide la consulta, abarcan dos materias: la primera, que se denominó Competencia desleal en la comercialización de productos con marcas propias, en perjuicio de las marcas de la Industria Proveedora, y la segunda, venta de productos bajo el costo. En relación al primer aspecto, se hace presente que la H. Comisión ha formulado diversas declaraciones sobre el uso de marcas propias en perjuicio de las marcas registradas por las industrias proveedoras, señalando que es contrario a las normas del Decreto Ley N°211. Expone la compareciente que es pública y notoria la aparición, en casi todos los supermercados del país, de múltiples marcas propias que compiten con los mismos productos de la industria proveedora que posee marcas industriales, registradas, mencionando diversos productos. En cuanto a la venta de mercaderías bajo el costo, se dice que los supermercados y las cadenas de los mismos, dentro de la estrategia de ejercer liderazgo en materia de precios, eligen productos ganchos que son, en general, los que seleccionan para vender bajo el costo y así pueden ampliar el

área de mercado en otros artículos, estando dispuestos a asumir las pérdidas que les provocan estas promociones, porque, al aumentar la demanda de otros productos en los cuales obtienen márgenes suficientes, recuperan el déficit generado con las ventas promocionales. Advierte que esta figura clásica de las prácticas anticompetitivas puede producirse en este campo, porque los supermercados son empresas multiproductos, pudiendo mantener permanentemente en promoción distintas mercancías, rotándolas, de modo que cumplen la condición señalada por la H. Comisión Preventiva Central en cuanto a que tales promociones deben ser temporales. Finalmente, se dice que estas ventas provocan en los proveedores diversos problemas, como desequilibrios en sus sistemas de distribución y comercialización de los proveedores; competencia desleal contra otros supermercados menores o comercio, en general, que no tiene suficiente cantidad de productos para realizar ventas bajo el costo; y pérdida de reputación, el posibilitar que el resto del comercio interprete que los productos en promoción son vendidos a los supermercados en un precio inferior al que ellos pagan. Se concluye pidiendo a la Comisión que se recomiende a los supermercados abstenerse de imitar marcas comerciales registradas en la venta de productos con marcas propias y de desarrollar cualquier conducta que pueda inducir a error o confusión al consumidor; y de vender al público productos en precios inferiores a los respectivos costos, sin perjuicio de las promociones u ofertas, realizadas en las condiciones establecidas por la ley.

A fs.32 y siguientes, el Fiscal Nacional Económico emitió un informe, en el que plantea que la industria supermercadista exhibe niveles de concentración importantes y crecientes que posibilitan acciones unilaterales y prácticas constitutivas de abuso de poder de mercado por parte de los supermercados en perjuicio de sus proveedores, que se traducen en restricciones a la libre competencia; razón por la que pide a la Comisión que formule las siguientes prevenciones: a) a los supermercados, en general, de que se abstengan de ejecutar las prácticas y conductas restrictivas de la competencia descritas en el informe, especialmente en cuanto alteren unilateralmente el precio y las demás condiciones acordadas previamente con los proveedores; y b) se recomiende a los supermercados adoptar un reglamentote condiciones de compra a sus

proveedores, público, objetivo, uniforme y no discriminatorio que, estableciendo derechos mínimos para los proveedores y mecanismos de resguardo, excluya la posibilidad de prácticas abusivas como las que señala el informe; reglamento que debiera resguardar especialmente el respeto del precio y las demás condiciones acordadas entre los supermercados y sus proveedores.

A fs.57 se confirió traslado, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del informe de la Fiscalía, el que se evacuó, a fs. 85, por Agip S.A.; a fs.108, por la empresa Distribución y Servicio S.A.; a fs.148, por Jumbo S.A., y, a fs.173, por la Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G.

A fs.186, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia trajo los autos en relación y en la sentencia, que rola a fs. 599 y siguientes, adopta cuatro decisiones: la primera, dispone que las cadenas de supermercados que han sido parte en la causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores. En la segunda, determina que dichas cadenas deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que se efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuales son éstas. Por medio de la tercera decisión objeto del reclamo- se establece que las cadenas de supermercados que han sido parte en la causa y las personas relacionadas con ellas deben consultar a dicho Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas. En la cuarta, se advierte a la empresa D&S que en el futuro debe abstenerse de realizar conductas como las descritas en el considerando trigésimo primero, esto es, la relativa a la denuncia sobre la promoción en la venta de chocolate durante la temporada previa a la navidad de 2001, que afectó a la empresa Nestlé.

A fs.689, informó la Sra. Fiscal Judicial de esta Corte, quien fue de parecer de rechazar las reclamaciones. Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

A) En cuanto a la Inadmisibilidad.

1º) Que, mediante el primer otrosí de la presentación de fs.665, el Fiscal Nacional Económico solicitó que se declararan inadmisibles las dos reclamaciones interpuestas, sosteniendo que el asunto comenzó a tramitarse, con arreglo a las normas del primitivo D.L. N°211, y la Ley N°19.911 -que entró en vigor a comienzos de 2004- en su disposición quinta transitoria dispuso que las causas de que estuvieren conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales, se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio. Afirma que, en cuanto a las resoluciones de la H. Comisión Resolutiva, el artículo 19 del mencionado D.L. otorgaba a los privados recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, pero limitado sólo a aquéllas que impusieran las sanciones de modificación o disolución de personas jurídicas, inhabilidad para ocupar cargos gremiales o aplicación de multas; de lo que deduce que, en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que resuelve una causa iniciada ante alguna de las antiguas Comisiones Preventivas, los particulares carecen del referido recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. Por lo demás agrega- el fallo de autos no ha impuesto las medidas o sanciones que hacían procedente el recurso de reclamación, y si el presente asunto se hubiera resuelto antes de la entrada en vigencia de la Ley N°19.911 con similar decisión a la adoptada, los reclamantes habrían estado impedidos de impugnar ante la Corte Suprema el dictamen de la H. Comisión Resolutiva. A la misma conclusión se llega prosigue- incluso si se pretendiera desconocer el tenor del Auto Acordado del Tribunal referido, que interpretó el artículo quinto transitorio, estableciendo que las causas iniciadas ante las Comisiones se seguirían tramitando con sujeción a las normas del debido proceso, aplicando el procedimiento del actual D.L. N°211, en cuanto correspondiere. En el evento de recurrirse a las normas de procedimiento, que el actual D.L. N°211 denomina no contencioso, se llegaría a idéntico resultado sostiene- puesto que el artículo 18 sólo concede el recurso de reclamación respecto de resoluciones que fijan condiciones para ser

cumplidas en actos o contratos, lo que no ocurre en la especie, en que el fallo reclamado sólo dispone que se consulten actos o contratos para, en su oportunidad, decidir si se les fijan o no condiciones, pero no las ha fijado, ni podría hacerlo, mientras no haya consulta. Finalmente, afirma que las reclamaciones de que se trata no están destinadas a corregir vicios de forma, como una eventual ultra petita en que pudiera haber incurrido el fallo;

2º) Que, sobre este particular, es del caso señalar que la decisión tercera del fallo reclamado aborda una materia que no fue planteada en la denuncia de fs.17 ni en la solicitud de AGIP S.A., de fs.25 y tampoco lo fue en el informe del Fiscal Nacional Económico, agregado a fs.32, en que se hizo alusión al problema de la integración o fusión de empresas de supermercado, con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas, tan sólo en el marco del análisis realizado en torno a aquellas presentaciones, sin formular, empero, ninguna petición concreta en relación con tal asunto;

3º) Que, en consecuencia, debe concluirse que en este caso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia obró de oficio, extendiendo el fallo a cuestiones que no formaban parte de la discusión entablada. En atención que tal materia, cuya novedad resulta patente, fue presentada como decisión del fallo, que se pronunció con arreglo a las prescripciones del nuevo texto del D.L. N°211, hay que entender que queda regida por tales prescripciones, en lo tocante a la posibilidad de reclamar de una decisión de tanta trascendencia como la que se adoptó, sin que existiera petición previa;

4º) Que, sentado tal predicamento, debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo 17 L del actual D.L. N°211, es susceptible de reclamación la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de ellas. En el presente caso, la medida adoptada cabe dentro de aquellas a que se refiere la letra a) del aludido artículo 17 K, desde que se puso término a la posibilidad de adoptar, sin previa consulta, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las

mismas. Cabe concluir, por lo tanto, que la sentencia de autos es susceptible del recurso del reclamo, que se ha planteado, lo que determina el rechazo de la solicitud de inadmisibilidad presentada por el Fiscal Nacional Económico;

B) En cuanto al fondo.

5º) Que, por el primer otrosí de fs.630, Distribución & Servicio S.A. dedujo recurso de reclamación, contra lo decidido por la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el apartado tercero de su parte resolutive, aduciendo que se incurrió en ilegalidad y error jurídico al establecer una sanción que no tiene respaldo legal, pues no está prevista ni en el D.L. N°211 ni en el Auto Acordado N°2, emitido por dicho Tribunal. Sostiene, además, que el fallo se pronuncia sobre una materia que no fue objeto de discusión a lo largo del proceso; situación que califica de grave ya que se ha dispuesto una verdadera medida precautoria perpetua, sin limitaciones en el tiempo ni en cuanto a su aplicación, desde que, en virtud de ella, cualquier incremento de concentración, por mínimo que sea, debe ser objeto de consulta. Advierte que la Ley N°19.911 eliminó las facultades del órgano jurisdiccional para actuar de oficio, además de que la consulta de autos no estaba relacionada con alegaciones acerca de la concentración del mercado relevante sino con aspectos puntuales en las relaciones jurídicas y comerciales entre los proveedores y los supermercados, por lo que la decisión tercera del fallo se desvía del objeto del debate, en una especie de ultra petita; razón por la que impetra que sea dejada sin efecto;

6º) Que, por su parte, mediante la presentación de fs.637, la empresa Supermercados Jumbo S.A. también dedujo reclamación contra el numeral tercero ya aludido, arguyendo que en este punto la sentencia ha quebrantado el principio de competencia y legalidad, pues el actual régimen de defensa de la libre competencia contempla solamente tres herramientas para corregir, prohibir o reprimir atentados en contra de ese principio: modificar o poner término a contratos; modificar o disolver sociedades; e imponer multas; no reconociendo al ente encargado de velar por su vigencia la facultad de exigir consultas previas en escenarios de concentración de mercado, por cuanto, bajo

nuestro sistema, no constituye un ilícito la existencia de una alta concentración de mercado o tener una posición dominante en el mismo, sino el abuso de dicha concentración o posición;

7º) Que, además, se alega acerca de la falta de conexión entre la cuestión debatida y la obligación de consulta previa, observando que ésta no encuentra fundamento y apoyo en la sentencia misma o en el expediente respectivo. Finalmente, se asevera que la sanción de consulta previa establece una discriminación en contra de Jumbo y de éste con D&S respecto de otras empresas dedicadas al retail o canales de distribución, interfiriendo la propia competencia que enfrentan ambas empresa y cuyo principal beneficiado ha sido el propio consumidor, sin la existencia de regulación;

8º) Que, abordando el análisis de la reclamación, conviene reiterar que el objeto del presente procedimiento fue conocer de la denuncia presentada, a fs.17, por AGIP A.G. respecto de una situación precisa y determinada, relativa a una promoción de chocolates, acotada en el tiempo, y, además, de la presentación de fs.25, también restringida a determinadas situaciones concretas, como la comercialización, por parte de los supermercados, de marcas propias, y la venta de productos bajo el costo. Lo anterior enmarcó el campo de la discusión jurídica y, ciertamente, de la decisión a adoptarse sobre dichas materias, como lo entendió el propio Fiscal Nacional Económico, que, en su extenso y pormenorizado informe, anteriormente aludido, apuntó en dirección a tales asuntos, sin plantear ninguna solicitud en relación con la cuestión abordada en la decisión tercera del fallo que se ha recurrido;

9º) Que, en tales condiciones, dicho fallo, si bien para efectos del análisis de la materia objeto de la controversia ha podido referirse al problema de la concentración, desde un punto de vista jurídico, ha estado impedido de extender sus decisiones más allá de lo planteado por los denunciantes y el Fiscal Nacional Económico, en sus presentaciones agregadas al expediente. Lo contrario importa atentar contra el principio del debido proceso, porque, al tratar y resolver sobre asuntos no discutidos y ni siquiera planteados, se privó a las empresas afectadas de la posibilidad de defenderse, adecuadamente, de



acusaciones en relación con las mismas. En el presente caso, las decisiones contenidas en la sentencia dicen relación con la materia propia del proceso, salvo la tercera que se ha impugnado-, la cual se apartó de modo notorio e indebido de las cuestiones tratadas en él;

10º) Que, acorde con lo expuesto, razonado y concluido, los recursos de reclamación deben ser acogidos;

11º) Que, finalmente, cabe consignar que, por las razones brevemente expuestas, este Tribunal no comparte el parecer de la Sra. Fiscal Judicial, expresada en su dictamen de fs.689.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 17 letras K y L del Decreto Ley N°211, se declara:

A) Que se desecha la solicitud de inadmisibilidad planteada en el primer otrosí de la presentación de fs.665 por don Pedro Mattar Porcile, Fiscal Nacional Económico; y

B) Que se acogen los recursos de reclamación interpuestos en el otrosí de fs.630 por la Empresa D&S S.A. y a fs.637 por Jumbo S.A. contra la sentencia de cinco de octubre último, escrita a fs.599 y, en consecuencia, se deja sin efecto lo resuelto en la decisión tercera de dicho fallo.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Oyarzún. Rol N°4927-2004. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac; Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante Sr. René Abeliuk. Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Marcela Paz Urrutia Cornejo.