

Santiago, diecinueve de junio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

A. Demanda de Alimentos Bío y Bío Limitada y otros

1. Que a fojas 12, el 21 de enero de 2016, Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Centenario Limitada; Alimentos Dos Mil Limitada; Alimentos El Belloto Limitada; Alimentos Selman y Aravena Limitada; Sociedad Administradora Franquicias del Sur Limitada; Alimentos Peñuelas Limitada; Comercial Quinta Limitada; Sociedad de Inversiones Pauca Limitada; Sociedad de Inversiones Bochan Limitada; Sociedad de Inversiones Bureo Limitada; Sociedad de Inversiones Los Cuncos Limitada; Inversiones Duval y Fernández Limitada; Funfood S.A.; Aromasur S.A., Alimentos Bío Bío Limitada; Alimentos Isaoba Limitada; Alimentos Calafquén Limitada; y Sociedad Garay y Compañía Limitada (“Franquiciados”) interpusieron una demanda en contra de Gastronomía y Negocios S.A. (“G&N” o el “Franquiciante”), Alimentos y Frutos S.A. (“Alifrut”); Embotelladora Andina S.A. (“Andina”), Coca-Cola Embonor S.A. (“Embonor”) y Ariztía Comercial Limitada (“Ariztía”)), en conjunto, las “Demandadas”.

1.1 Los Franquiciados exponen ser franquiciados de las cadenas Doggis, Juan Maestro, Mamut y Bob’s, de propiedad de G&N. Por su parte, Alifrut, Andina, Embonor y Ariztía serían proveedores autorizados por G&N para proveer insumos a dichas franquicias (“Proveedores”). A juicio de los Franquiciados, las demandadas habrían abusado de su posición dominante por la vía de ejecutar actos de discriminación arbitraria de precios, explotación abusiva de una posición de dependencia y cobro de precios excesivos. Esos ilícitos anticompetitivos se habrían verificado (i) mediante el cobro de precios muy superiores a los precios de mercado por los insumos vendidos por los Proveedores –lo que sería posible por las restricciones impuestas mediante los contratos de franquicia suscritos con G&N– y (ii) por los pagos efectuados por los Proveedores a G&N a título de *rappel*, *rebates* u otras nomenclaturas.

1.2 En particular, respecto a su relación con G&N, los Franquiciados indican que cada uno de ellos ha suscrito un contrato de franquicia con G&N, en el cual

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el franquiciado se ha obligado a pagar (i) un derecho inicial de operaciones o *Initial fee*; (ii) regalías o *Royalties*; y (iii) un derecho mensual por publicidad. Los Franquiciados señalan que dichos contratos les impedirían fijar los precios finales a público de los productos que venden y, a su vez, les obliga a comprar los insumos alimenticios, ingredientes y equipos para elaboración de sus productos, exclusivamente a los proveedores autorizados y designados por G&N. Además, los Franquiciados indican que G&N negociaría directamente el precio de los insumos con los proveedores demandados, quienes, a su vez, le pagan altas sumas de dinero a G&N, por concepto de *rappel* o *rebate*. Dichos pagos jamás fueron transparentados a los Franquiciados.

1.3 Los Franquiciados, también señalan otras conductas que, a su juicio, serían restricciones verticales impuestas por G&N: (i) prohibir tanto al franquiciado como a sus socios, directores, dependientes, empleados y/o agentes, individualmente o como miembro de cualquier organización de negocios, dedicarse a la producción o venta de cualquier ítem de alimentos similares a los vendidos en el local franquiciado o bien, tener cualquier empleo o interés en cualquier firma dedicada a la producción o venta de estos productos; (ii) con posterioridad al término del contrato y hasta por un plazo de 18 meses, el franquiciado y todas sus relacionados, estarán impedidos de dedicarse a la producción o venta de cualesquiera ítem de alimentos similares a los productos de la franquicia y no podrán tener empleo o interés en ninguna firma dedicada a la producción o venta de los mismos, a menos que G&N lo autorice; y (iii) durante la vigencia del contrato y hasta un año después de su expiración, tanto el franquiciado como su relacionados no podrán explotar, administrar, tomar parte o interés o asesorar a un restaurante o establecimiento comercial que se dedique al rubro alimenticio.

1.4 Detallan que, desde hace unos 6 años, comenzaron a advertir una disminución de sus márgenes. Lo anterior debido a un eventual aumento en los costos de los insumos comprados a los proveedores, que no se vio reflejado en una variación de los precios a público. Dichos precios también serían controlados por G&N mediante un sistema centralizado. Los franquiciados señalan que, dado los *rappel* y *rebates* recibidos por G&N, éste no tendría incentivos para subir los precios a público, ya que mientras menor es el precio, mayores son las ventas y, con ello, mayor es el *rebate* recibido. Asimismo, los Franquiciados señalan haber detectado deterioros en la calidad de algunos insumos, así como en el servicio entregado por los proveedores demandados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5 Posteriormente, en su demanda, los Franquiciados analizan los contratos de cada uno de los proveedores demandados y de G&N, así como los precios que estos proveedores les cobran por sus productos. En primer lugar, sobre Alifrut, detallan que éste tiene contratos con G&N referidos a compras de papas pre fritas, empanadas y *nuggets*. En estos contratos se establecerían pagos en favor de G&N, entre ellos, un *rappel* o rebate asociado a compra de papas pre fritas. Según los Franquiciados, el contrato indicaría que estos pagos tendrían como contraprestación los esfuerzos promocionales realizados por G&N para colocar el producto, pero que, G&N no realizaría tal acción, porque la colocación del productos de Alifrut se impone unilateralmente a los Franquiciados. Por tanto, la justificación de estos pagos sería la exclusividad de venta de los insumos y la posibilidad de cobrar precios elevados y fuera del mercado. En específico, respecto a los precios, los franquiciados indican que Alifrut cobraría precios superiores a los cobrados a las demás cadenas.

1.6 En segundo lugar, los Franquiciados describen el contrato de suministro de bebidas analcohólicas celebrado entre G&N, Andina y Embonor. En él se apreciarían pagos a G&N por: (i) aporte fondo promocional; (ii) aporte fondo de activación de medios; (iii) aporte variable; (iv) aporte publicitario; (v) aporte adicional por apertura de local; (vi) aporte por menú *board*. Los Franquiciados aseguran que las contraprestaciones a las que se obliga G&N para cada uno de los pagos no son realizadas o, si se hacen, su impacto es menor y que, finalmente, dichas contraprestaciones serían financiados directamente por los Franquiciados. Así, estos pagos tendrían como causa la exclusividad que le otorga G&N a Andina y Embonor y la posibilidad de que éstos cobren a los Franquiciados precios más altos que los de mercado. Sobre estos precios, los Franquiciados reconocen que Andina y Embonor les cobrarían el precio de lista menos un porcentaje de descuento, el que sería menor que el cobrado a otros competidores, a pesar de que Doggis es la mayor cadena de comida rápida del país.

1.7 Finalmente, se refieren al contrato celebrado entre Ariztía y G&N, el que contemplaría pagos a G&N por concepto de *rappel* o *rebate* por las ventas de las líneas cecina y de procesado congelado en locales Doggis, Según los Franquiciados estos pagos estarían justificados sólo en la exclusividad de venta otorgada por G&N. Por otro lado, respecto a los precios cobrados, los Franquiciados indican que Ariztía les cobraría un precio alto por una supuesta vienesa Doggis elaborada especialmente para la franquicia. Con todo, los Franquiciados señalan que no cuentan con evidencia que muestre que dicha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vienesas es específica para Doggis y, además, Ariztía habría vendido dicho producto más barato a otros compradores.

1.8 Los Franquiciados, finalmente, indican que los *rappel* pactados en cada uno de los contratos descritos, no responderían a la lógica con que este Tribunal ha definido dicho descuento, ya que el beneficiado con el pago no sería el comprador (Franquiciados) sino que G&N.

1.9 Según los Franquiciados, las conductas imputadas incidirían en el mercado relevante de insumos de los franquiciados del grupo G&N (papas fritas, empanadas, *nuggets* de pollo, bebidas y línea de cecinas y procesados congelados). Además, tendría efecto en (i) el mercado de las franquicias de comida rápida; y (ii) el mercado de venta de comida rápida. El mercado relevante descrito se caracterizaría por tener un único proveedor posible (designado por G&N), lo que le permitiría ejercer poder monopólico respecto de todos los franquiciados de G&N.

1.10 Los Franquiciados imputan como ilícito anticompetitivo el abuso de posición dominante de los Proveedores en conjunto con G&N y específicamente, existiría (i) discriminación de precios, (ii) explotación abusiva de una relación de dependencia, y (iii) el establecimiento de precios excesivos.

1.11 Sobre la discriminación de precios, indican que habría sido cometida por los proveedores en conjunto con G&N al cobrar precios no transparentes, arbitrarios y sin justificación económica. Así, habrían logrado segmentar el mercado e impedir o dificultar la reventa.

1.12 Con respecto a la explotación abusiva de una relación de dependencia, los Franquiciados afirman que existiría una demanda cautiva ya que sólo pueden comprar insumos a los proveedores demandados. A esto se agregarían las infranqueables barreras a la movilidad impuesta por G&N en los contratos de franquicia, por medio de la cláusula de incompatibilidad.

1.13 Acerca de los precios excesivos, los Franquiciados alegan que los proveedores, abusando de su posición de dominio y aprovechando las altas barreras de entrada, han cobrado más allá de los precios de mercado.

1.14 Finalmente, en el petitorio de la demanda, los Franquiciados solicitan a este Tribunal: (i) declarar que los actos imputados a los demandados infringen las disposiciones del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”); (ii) ordenar el cese inmediato de dichas conductas; (iii) obligar a los Proveedores vender sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productos a los Franquiciados a precios de mercado, entendiendo por tales aquellos que dichos proveedores cobren a otros compradores que presenten similares características o se encuentren en condiciones similares; (iv) prohibir a los Proveedores incluir en el precio de los insumos que venden a los Franquiciados cualquier suma ajena al valor propio de dichos productos; (v) ordenar a G&N informar a sus franquiciados sobre los acuerdos que celebre con proveedores de insumo y arrendadores de espacio para locales; (vi) adoptar cualquier otra medida que este Tribunal estime necesaria; (vii) imponer a cada una de las Demandadas una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o la que este Tribunal determine; y (viii) condenar a las Demandadas al pago de las costas.

B. Contestación de Embonor

2. A fojas 210, el 29 de marzo de 2016, Embonor contesta la demanda, solicitando su rechazo en todas sus partes, con costas. Lo anterior en razón de las siguientes razones:

2.1 El asunto sometido al conocimiento de este Tribunal no sería un caso de libre competencia, por el contrario, existiría una utilización estratégica y abusiva de la legislación de libre competencia por parte de los Franquiciados. La verdadera pretensión de los Franquiciados sería participar de las ganancias que obtiene G&N producto de los contratos que celebra con los proveedores.

2.2 La demandada explica que no conocería los términos y condiciones bajo los cuales G&N o sus relacionadas conceden las franquicias. Asimismo, Embonor tampoco influiría en la forma como se distribuyen los riesgos y las utilidades del modelo de negocios de franquicias. Por tanto, no podría tener responsabilidad en los hechos objeto de la demanda.

2.3 Por otro lado, Embonor estima que la definición de mercado relevante utilizada en la demanda sería equivocada, ya que éste podría ser caracterizado como aquel que se relaciona con los productos elaborados y envasados por Embonor en el canal Horeca, especialmente en el sub segmento *fast food*. Este canal representaría un 6% de las ventas de Embonor, pero sería de gran relevancia, dado que mediante él sería posible influir en las decisiones de los consumidores en canales de consumo futuro. En este mercado, su competidor sería Embotelladoras Chilenas Unidas S.A. ("Eccusa").

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.4 Embonor destaca dos mercados relevantes más. El primero, es el mercado relevante de producto, el que abarcaría el suministro de bebidas analcohólicas a aquellos establecimientos que las venden para ser consumidas en los mismos, tales como hoteles, restaurantes, pubs, etc. Dentro de este mercado, el producto más relevante serían las bebidas gaseosas. El segundo es el mercado relevante geográfico, que correspondería a aquellos territorios en que Embonor comercializa los productos, esto es, las regiones XV, I, V (excepto Provincia de San Antonio), VI (excepto Provincia de Cachapoal), VII, VIII, IX, XIV y X.

2.5 En específico sobre la relación con G&N y su marca Doggis, Embonor señala que los términos y condiciones de la relación contractual estarían estipulados en contratos cuya duración sería, generalmente, de 3 años. Dichos contratos serían negociados directamente con la Franquiciante, quien definiría en qué condiciones se puede ser proveedor de insumos de la cadena de comida. Las principales obligaciones de G&N, derivadas de estos contratos serían: (i) asegurar que todos sus locales tengan una cantidad suficiente de producto; (ii) cumplir con las obligaciones de *marketing* y *publicidad*; y (iii) asegurar que todos los locales efectúen su mejor esfuerzo para servir al público los productos y promocionar éstos. Por otro lado, las obligaciones más relevantes de Embonor serían (i) suministrar bebidas; y (ii) otorgar los aportes, financiar los fondos y conferir descuentos (“Contraprestación Económica”).

2.6 Esta Contraprestación Económica tendría por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones promocionales y publicitarias de G&N y remunerar a ésta por su esfuerzo publicitario. Según Embonor, éste se traduciría en (i) un descuento en la venta de los productos solicitados por los locales; (ii) la provisión de vasos con descuentos; (iii) el financiamiento de los fondos promocional y de activación de medios; y (iv) el pago de los aportes publicitario, por apertura de local, por Menú *Board* y variable.

2.7 Embonor explica que desconocería y no tendría injerencia en cómo G&N distribuye la Contraprestación Económica.

2.8 Luego de realizar estas precisiones en los hechos, Embonor interpone diversas excepciones. La primera de ellas es la de prescripción extintiva de la acción, ya que la única fecha específica de ejecución de las conductas que se indicaría en la demanda sería la fecha de suscripción del contrato entre Embonor y G&N, esto es el 30 de octubre de 2012. Así, considerando que la notificación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la demanda se realizó el 3 de marzo de 2016, habrían transcurridos más de 3 años desde que se realizaron las conductas.

2.9 La segunda excepción interpuesta es la de falta de legitimación pasiva de Embonor, dado que sólo 10 franquiciados demandantes se encontrarían presentes en los territorios en que Embonor distribuye sus productos.

2.10 Por otro lado, Embonor no sólo interpone excepciones a la demanda sino que también hace uso de ciertas defensas. Respecto al abuso de posición dominante imputado, indica que dado que el contrato habría sido firmado entre Embonor y G&N, es este último quien puede alegar el supuesto abuso y no los franquiciados demandantes. Al revisar jurisprudencia comparada, no existiría un caso en que los franquiciados hayan demandado directamente a los proveedores.

2.11 Sobre la imputación de discriminación de precios, Embonor explica que esta acusación es improcedente y no tiene fundamento. En efecto, según Embonor, en la demanda se compararían los precios de los Franquiciados con los otorgados a *McDonald's*, lo que no correspondería, ya que ésta sería una franquicia de gran tamaño y con presencia mundial. Asimismo, al negociar la franquicia en representación de todos sus franquiciados, G&N obtiene mejores precios que los que éstos tendrían individualmente.

2.12 Luego, respecto a la imputación de explotación abusiva de una relación de dependencia, Embonor indica que los Franquiciados, al describir esta acusación, no mencionarían a Embonor.

2.13 Acerca de la acusación sobre precios excesivos, Embonor indica que en la demanda no se expresaría cómo habría incurrido en esta conducta. Con todo, tampoco se cumplirían los requisitos que el propio Tribunal definió en la Sentencia N° 140/2014 para que se configure este ilícito.

2.14 Finalmente, Embonor alega la desproporción de la multa solicitada en la demanda, ya que se solicita la misma sanción que para G&N, aun cuando Embonor suministraría su producto a sólo 10 franquiciados demandantes.

C. Contestación de Andina

3. A fojas 264, el 29 de marzo de 2016, Andina contesta la demanda y solicita el rechazo de ésta en todas sus partes, con costas y en subsidio, en caso que se decida acoger la demanda total o parcialmente, eximir de la multa a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Andina o imponer una menos gravosa. Todo lo anterior, basado en las siguientes razones.

3.1 Los hechos denunciados sólo se relacionarían con el contrato celebrado entre la franquicia Doggis y Andina, en el cual, ésta última actúa como licenciataria de *The Coca-Cola Company* para elaborar, embotellar, comercializar o distribuir diversas bebidas analcohólicas a lo largo del país. Esta licencia la comparte con Embonor y cada uno tiene asignado el suministro a distintas regiones.

3.2 Acerca del mercado relevante descrito en la demanda, Andina estima que no existe y que habría sido definido de manera artificial. Por el contrario, éste debería ser aquél relacionado, aguas arriba, a la comercialización de bebidas analcohólicas para consumo inmediato en establecimientos del canal Horeca, en los territorios donde Andina explota su franquicia. Este sería un mercado concentrado, con un alto grado de competencia, sin barreras a la entrada y en cual existiría un gran poder de negociación desde el lado de la demanda. Sus dos principales actores serían Andina/Embonor y Eccusa.

3.3 Andina señala que existiría un mercado aguas abajo en el que los franquiciados compiten. Es en este mercado donde supuestamente se producirían los efectos anticompetitivos de las conductas denunciadas.

3.4 Andina opone diversas excepciones en contra de la demanda. La primera de ellas es la de incompetencia absoluta del Tribunal, en el entendido que este Tribunal no sería competente para juzgar un conflicto comercial, referido a cómo se distribuyen los beneficios dentro de la franquicia y por tanto, debe ser resuelto en sede civil.

3.5 La segunda de estas excepciones es la de falta de legitimación activa de algunos de las demandantes para accionar en contra de Andina. En específico, en el caso de Aromasur y Calafquén, estas franquicias no operarían la cadena Doggis al momento de la demanda y, según Andina, la única franquicia objeto del juicio sería dicha marca. A esto se agrega, el caso de las franquicias Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Selman y Aravena Limitada, Sociedad Administradora Franquicias del Sur Limitada, Sociedad de Inversiones Bochan Limitada y Alimentos Bío Bío Limitada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.6 La tercera excepción es la de falta de legitimación pasiva respecto de los franquiciados mencionados en el párrafo 3.5, por las mismas razones ya dichas. Asimismo, interpone esta excepción respecto de las otras demandantes en razón de que todas las conductas imputadas se refieren únicamente a la relación contractual que mantienen los Franquiciados con G&N, de las cuales no participaría Andina.

3.7 Además de excepciones, Andina opone a la demanda diversas defensas. Destaca que no poseería una posición de dominio en el mercado relevante aguas arriba, por lo que es imposible que pueda ejecutar las conductas imputadas.

3.8 En específico, alega la inexistencia de una discriminación de precios anticompetitiva y del cobro de precios excesivos, ya que los Franquiciados pagarían un precio menor que el cobrado a la mayoría de los clientes del canal Horeca. Andina no podría discriminar abusiva y anticompetitivamente en este canal, ya que carecería de poder de mercado. Por el contrario, serían los propios clientes quienes le solicitan a Andina descuentos y prestaciones económicas a cambio de ser canales publicitarios y asociar su marca a ésta. Además, Andina no tendría incentivos económicos para afectar los márgenes de los Franquiciados, pues no compite con ellos en mercado alguno ni es responsable de los traspasos realizados a ellos por G&N. Por el contrario, le favorecería que G&N y sus Franquiciados se sigan expandiendo. Finalmente, Andina aclara que los mayores o menores costos de los insumos no se traspasan al precio final que paga el consumidor, ya que el precio final es fijado por G&N, por lo que la conducta no generaría ningún efecto anticompetitivo.

3.9 Sobre el abuso de relación de dependencia imputado, Andina alega la improcedencia de esta conducta, ya que esta acusación no constituiría un ilícito diferente de la discriminación de precios. Así, de existir una relación de dependencia derivada del contrato, esta sería entre G&N y los Franquiciados y no incluiría a Andina. Con todo, esta conducta exigiría que se pruebe la posición dominante de Andina, la que no existe.

3.10 A continuación, Andina explica que respecto a las conductas imputadas, la demanda tendría afirmaciones falsas: (i) los aportes realizados por G&N sí tendrían como correlación fines publicitarios. Así, cada uno de los fondos que Andina le paga a G&N se justificarían en este fin; y (ii) no se habría pactado una exclusividad de venta. A esto se agrega que la demanda debería ser rechazada,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porque la prueba habría sido obtenida de un modo ilícito, vulnerando un deber de confidencialidad y reserva.

3.11 Finalmente, en subsidio de todo lo anterior, opone: (i) la excepción de prescripción extintiva de la acción, pues habrían pasado más de 3 años desde la notificación de la demanda, el 4 de febrero de 2016 y la celebración del contrato entre Andina y G&N, el 30 de octubre de 2011; y (ii) la exención o reducción de multa.

D. Contestación de G&N

4. A fojas 341, el 29 de marzo de 2016, contesta la demanda, G&N solicitando que se rechace en todas sus partes, condenando en costas a los Franquiciados.

4.1 G&N indica que la demanda no tendría por objeto denunciar conductas anticompetitivas sino que (i) tendría un fin puramente redistributivo de rentas entre las partes en la relación de franquicia, ya que busca que este Tribunal declare que determinadas rentas percibidas legítimamente por G&N sean, en el futuro, recibidas por los Franquiciados; (ii) se alejaría por completo de los fines a los que está llamado a proteger el derecho de la libre competencia, en efecto, los Franquiciados en caso alguno aspiran a mejorar el bienestar de los consumidores, sino que pretenden engrosar artificialmente sus márgenes de utilidad; (iii) para construir el caso de abuso de posición dominante, las Demandantes habrían usado y revelado información competitivamente sensible de G&N y sus competidores; (iv) carecería de fundamento, incluso desde una perspectiva civil, pues desconoce que la relación comercial entre G&N y los franquiciados se enmarca dentro de la operación habitual de los sistemas de franquicia alrededor del mundo, en un contexto plenamente competitivo.

4.2 Luego, G&N describe conceptualmente el contrato de franquicia como uno bilateral, oneroso, conmutativo, principal, consensual, innominado y de tracto sucesivo. Asimismo, indica que, para efectos de su análisis económico el Franquiciante y los Franquiciados deben ser considerados como una estructura vertical de producción, en la cual se le impone al franquiciado diferentes obligaciones, restricciones y limitaciones que buscan promover la eficiencia, distribuir riesgos y al mismo tiempo, aumentar el excedente del consumidor. En este sentido, G&N asevera que los negocios operados conforme al modelo de franquicia se desarrollan en base a relaciones con actores aguas arriba y aguas abajo, símil de lo que sucede en un mercado de dos lados. Así, la estrategia del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

franquiciante es maximizar el beneficio obtenido al sumar los dos segmentos (franquiciados y proveedores), pudiendo existir subsidios cruzados.

4.3 G&N relata cómo funciona su modelo de negocios e indica que es una sociedad anónima, dueña o representante, según corresponda, de las marcas de comida rápida: Doggis, Juan Maestro, Bob's, Mamut, Popeye's, Tommy Beans y Fritz.

4.4 Respecto a los contratos de franquicia, G&N destaca que dentro de su cadena de locales, existen algunos operados por franquiciados y otros propios. Con todo, no discriminaría entre ellos, de manera tal que las condiciones comerciales que G&N negocia con los proveedores se aplicarían a locales propios y a los operados por terceros. Es más, G&N separaría en razones sociales distintas, los roles de operador de locales propios y franquiciados.

4.5 Cada contrato, según G&N, tendría, en general, una duración de 10 años pudiendo el franquiciado renovar éste dos veces más por 5 años cada renovación. Dentro de las obligaciones que contrae el franquiciado se encontrarían, en general, el pago de (i) un *fee* inicial; (ii) un derecho mensual por servicios que corresponde al 5% de las ventas mensuales netas de cada local; y (iii) el 2% de las ventas mensuales del local al pago por derechos de publicidad. Además, G&N detalla que los contratos tendrían una cláusula de aprovisionamiento a través de proveedores previamente autorizados, en virtud de la cual el franquiciado se obligaría a comprar a los proveedores autorizados o designados por la G&N, todos los insumos alimenticios, ingredientes y otros destinados a promover y mejorar la imagen de la marca en cuestión. Con todo, G&N hace presente que en el caso que el franquiciado desee adquirir los productos de un proveedor que no se encuentre previamente autorizado, podría iniciar un proceso de autorización de éste, mediante una solicitud escrita.

4.6 Por otro lado, G&N explica que el precio máximo de venta de los productos sería entregado mensualmente a los Franquiciados. La red funcionaría con un sistema computacional que define el precio de venta final de los productos comercializados en los locales.

4.7 G&N continúa con la descripción de su contrato e indica que en él se regulan diversas incompatibilidades y conflictos de intereses. En específico, se establecería la prohibición para el franquiciado de competir en la producción o venta de los productos comercializados en el local, por un periodo de 18 meses contado desde la terminación de la franquicia. G&N asevera que este tipo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cláusulas habría sido validadas por la jurisprudencia de este Tribunal. Asimismo, la cláusula, contrario a lo que señalan los Franquiciados, permitiría que el franquiciado siga en el sector gastronómico, pero no en el mismo tipo o rubro de comida. Además, se debe agregar que existiría un mercado secundario de franquicias eficaz.

4.8 Luego, G&N detalla su relación particular con los proveedores demandados e indica que negocia con cada uno de ellos, teniendo presente el bienestar de toda su red de negocios. Dicho bienestar no sólo se evaluaría en función de los precios de los insumos ni de la rentabilidad que permite lograr a los locales franquiciados, sino que consideraría el abastecimiento de cada uno de dichos locales. Sobre este punto, G&N se hace cargo de lo señalado por los Franquiciados sobre los diversos pagos que los proveedores le realizan a la franquiciante. Asevera que este tipo de ingresos serían absolutamente lícitos, parte de su modelo de negocios y que no afectarían la libre competencia, es más, pagos similares habrían sido aprobados por las autoridades de libre competencia. Desde el punto de los proveedores, estos pagos corresponderían a una inversión que éstos realizan en el canal de comercialización de sus productos.

4.9 G&N define el mercado relevante como el mercado de negocios o inversiones en franquicias (dimensión de producto) en Chile (dimensión geográfica). Así, el análisis de un posible poder de mercado de G&N debería necesariamente tener lugar en la etapa de evaluación previa a la firma del contrato de franquicia, siendo, a su vez, necesario distinguir entre poder de mercado y poder contractual. G&N argumenta la total improcedencia de la hipótesis de mercado relevante sustentada por los Franquiciados. Luego, la demandada detalla dos mercados conexos al relevante, el primero es el mercado de adquisición de insumos para la elaboración de comida fuera del hogar y en subsidio, comida rápida; y, el segundo, el mercado de comida fuera del hogar, y en subsidio, de comida rápida.

4.10 Respecto a las conductas imputadas, G&N explica que ninguna de las conductas afectarían negativamente el bienestar total ni menos el bienestar del consumidor. Ello por dos razones fundamentales: (i) las conductas imputadas implicarían que el Tribunal valide un modelo de traspaso de rentas dentro de la franquicia; y (ii) las acusaciones sólo considerarían como válido un tipo de modelo de negocios de franquicia. En específico, sobre cada una de las conductas, G&N argumenta la inexistencia de los abusos de posición dominante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

imputados, ya que no tendría posición dominante de la cual abusar ni de manera conjunta ni individual. Con todo, aun asumiendo la presencia de esa posición dominante, la demandada alega la improcedencia de las conductas abusivas imputadas, dado que no existiría posición de dependencia de la cual, presuntamente G&N abusaría ni tampoco existirían antecedentes que den cuenta de una conducta de cobro de precios abusivos o discriminatorios. A todo lo anterior se agregaría la ausencia de efectos anticompetitivos derivados de las conductas imputadas. Luego, en subsidio de lo anteriormente indicado, G&N interpone las excepciones de (i) prescripción extintiva, ya que los Franquiciados habrían tomado conocimiento de los hechos denunciados hace, aproximadamente, 6 años; (ii) en caso que no procede lo anterior, la prescripción parcial. Finalmente, solicita el rechazo de las peticiones de carácter redistributivo y de regulación de precios realizadas por los franquiciados en la demanda, así como la imposición de una multa a beneficio fiscal a G&N por el máximo legal.

E. Contestación de Alifrut

5. A fojas 558, el 6 de mayo de 2016, Alifrut contesta la demanda y solicita su rechazo con expresa condena en costas, por las siguientes razones:

5.1 Este conflicto se trataría de un asunto civil que no guarda relación alguna con eventuales infracciones a la libre competencia.

5.2 Alifrut y G&N habrían celebrado varios contratos en los cuales G&N se habría obligado a que sus franquiciados compraran los productos comercializados por Alifrut. A su vez, Alifrut se habría comprometido a pagar un porcentaje de las ventas netas efectuadas a los franquiciantes. Este tipo de contrato sería común en el mercado en el que participa Alifrut. En este sentido, esta es la única relación oponible a Alifrut, ya que ésta sería totalmente ajena a las relaciones que existen dentro de la asociación empresarial, conformada por G&N y sus franquiciados. Alifrut no le empece ni tiene injerencia alguna en el destino de las remuneraciones y contraprestaciones que le paga a G&N.

5.3 Respecto al mercado relevante, detalla que la definición dada por los Franquiciados sería equivocada y totalmente instrumental a su pretensión. Para Alifrut, el mercado relevante sería el de comercialización y distribución mayorista de papas pre fritas y empanadas congeladas. Alifrut destaca que, para el caso de las papas pre fritas, sería productor y comercializador; mientras que, en el caso de las empanadas, sólo prestaría el apoyo logístico para su distribución.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tanto, Alifrut no sería un actor en el mercado de negocios o inversiones en franquicias en Chile.

5.4 A lo anterior, se agregaría que, en los mercados donde Alifrut si participa, éste es un actor más. Explica que no tendría una cuota de mercado que le otorgue poder, menos aún frente a la asociación empresarial compuesta por G&N y sus franquiciados.

5.5 En particular sobre las conductas denunciadas, Alifrut destaca que éstas no habrían sido cometidas por Alifrut ni tampoco estaba en condiciones de realizarlas. La presunta explotación abusiva de una situación de dependencia que invocan los Franquiciados, sería sólo una forma de deslealtad comercial, que nada tendría que ver con las normas de libre competencia. Además, argumenta que no concurrirían los requisitos que permiten dar por acreditada la mencionada conducta. Lo anterior, principalmente porque no existiría una demanda cautiva producto de la dependencia impuesta por las condiciones objetivas del mercado, sino que, por el contrario, se debe al consentimiento libre de las demandadas.

5.6 Por otro lado, respecto a la acusación sobre cobro de precios discriminatorios, Alifrut niega la imputación y señala que jamás habría cobrado un precio excesivo a los franquiciados y que éstos habrían sido definidos por G&N, a quien los Franquiciados habrían facultado para la labor de determinar los proveedores. Alifrut, además, detalla que los precios finales que percibe Alifrut serían precios netos de rappel, los cuales tendrían valores enteramente de mercado.

5.7 Alifrut, también, explica la total ausencia de efectos anticompetitivos derivados de las conductas denunciadas.

5.8 Finalmente, Alifrut opone las siguientes excepciones y defensas: (i) no habría cometido ilícito alguno en contra de la libre competencia; (ii) Alifrut no tendría legitimación pasiva en esta causa; y (iii) la acción de los Franquiciados se encontraría prescrita.

F. Contestación de Ariztía

6. A fojas 613, el 14 de mayo de 2016, Ariztía contesta la demanda solicitando su rechazo con expresa condena en costas, en razón de los siguientes fundamentos:

6.1 En primer lugar, señalan que la cuestión planteada en la demanda no sería un asunto de libre competencia, sino que sería un intento coordinado de éstos por mejorar sus respectivos contratos. En efecto, mediante este proceso los Franquiciados buscarían que G&N redistribuya los ingresos que recibe de una forma más beneficiosa con los franquiciados.

6.2 Ariztía afirma que gran parte de los hechos imputados, serían desconocidos por ella y le serían totalmente inoponibles, dado que no tendría influencia alguna sobre los términos y condiciones establecidos en los contratos de franquicia.

6.3 Ariztía critica el mercado relevante definido por los Franquiciados y propone que el mercado relevante principal de estos autos es aquél referido a la explotación y administración de locales de comida, fuentes de soda y otros restaurantes de bajo costo, en todo el territorio nacional. En este mercado Ariztía no participaría. Por ello, la demandada caracteriza un mercado relevante secundario consistente en la producción y comercialización de salchichas en el canal Horeca en todo el territorio nacional. En este mercado Ariztía si participaría, pero sólo como un actor menor.

6.4 En específico, respecto a los hechos que involucran a Ariztía, ésta afirma que la salchicha que elabora y comercializa para la cadena Doggis contiene diferencias significativas con otras del mercado, ya que se trata de una salchicha especialmente elaborada para la cadena, con una fórmula y tamaño especial. Por tanto, su producción y comercialización sería especialmente costosa. Además, esta salchicha sería fabricada para ser comercializada únicamente a Doggis. Ariztía se encontraría contractualmente inhibida de comercializar este producto al público general o a otros establecimientos del canal Horeca, excepcionalmente cuando se ha presentado sobre *stocks*, se ha procedido a rematar ciertas unidades. Sobre el precio de este insumo Ariztía, indica que este sería competitivo y con poca variación a lo largo del tiempo.

6.5 En particular sobre el rappel pagado a G&N, Ariztía explica que éste sería menor al que la franquiciante exige a otros actores del mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.6 Luego, Ariztía opone excepciones a la demanda. En primer lugar, interpone la excepción de falta de legitimación activa de Aromasur S.A. (“Aromasur”), Alimentos Calafquén Ltda. (“Calafquén”) y Comercial JM Rancagua Limitada, ya que no serían franquiciados de la cadena Doggis sino que de la cadena Juan Maestro, respecto de la cual Ariztía no comercializaría productos. En segundo lugar, opone la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de gran parte de los hechos imputados, dado que le sería completamente inoponible todo lo relacionado al contrato entre G&N y sus franquiciados, así como todo lo vinculado con las cadenas Juan Maestro y Bob’s.

6.7 Finalmente, detalla que no habría cometido ninguno de los ilícitos imputados, pues no goza de posición dominante, dado que (i) sería un actor minoritario en el mercado relevante secundario, ya definido; y (ii) sufriría grandes presiones competitivas provenientes de las posibilidades de expansión de PF, Cial Alimentos y otros competidores de mayor tamaño. Asimismo, no habría incurrido en discriminación de precios ni cobros excesivos, ya que el precio de la salchicha Doggis, al ser un producto especial, no podría compararse con el precio de venta del resto de las salchichas. Ariztía tampoco habría llevado a cabo conductas constitutivas de abuso de una relación de dependencia. Finalmente, detalla que las conductas imputadas, no habrían producido o tendido a producir ningún daño a la competencia.

6.8 En subsidio, opone la excepción de prescripción, ya que los franquiciados habrían conocido los hechos hace 6 años.

G. Resolución que recibe la causa a prueba

7. A fojas 679, enmendado por resolución de fojas 728, se recibió la causa a prueba en estos autos, fijándose como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos los siguientes: “1. *Estructura y características del mercado o de los mercados en que se habrían ejecutado las conductas denunciadas y del mercado o los mercados en que ellas habrían producido sus efectos*; 2. *Términos y condiciones de las relaciones comerciales entre los Franquiciados demandantes y Gastronomía y Negocios S.A. o sus relacionadas, y entre ésta o sus relacionadas y Embotelladora Andina S.A., Coca-Cola Embonor S.A., Alimentos y Frutos S.A. o Ariztía Comercial Limitada*; 3. *Efectos en la competencia de los pagos por concepto de rappel, rebates, actividades publicitarias, descuentos retroactivos u otros aportes a Gastronomía y Negocios S.A. y sus sociedades relacionadas que cumplan las siguientes condiciones: (a)*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asociados a bebidas analcohólicas, papas prefritas, empanadas, nuggets, salchichas o procesados congelados; (b) efectuados por Embotelladora Andina S.A., Coca-Cola Embonor S.A., Alimentos y Frutos S.A. o Ariztía Comercial Limitada; y (c) relativos a los locales de las franquicias Doggis, Juan Maestro o Bob's. En particular, efectos en la competencia de la forma de distribución de dichos pagos entre Gastronomía y Negocios S.A. y los franquiciados; y 4. Precios efectivamente cobrados por Embotelladora Andina S.A., Coca-Cola Embonor S.A., Alimentos y Frutos S.A. y Ariztía Comercial Limitada a los locales de las franquicias Doggis, Juan Maestro y Bob's y los cobrados a los competidores de dichos locales por productos idénticos o análogos. Estrategia de precios y efectos en la competencia”.

H. Antecedentes probatorios

8. Este procedimiento se inició a partir de la causa Rol C N° 296-2015, cuyo expediente se trajo a la vista a fojas 84, en la que se dio lugar a una medida prejudicial preparatoria solicitada por algunos de los Franquiciados demandantes en autos. En el marco de dicho procedimiento se ordenó exhibir diferentes documentos a los demandados. Así, G&N, Ariztía, Embonor, Andina y Alifrut exhibieron a fojas 9 del expediente Rol C N° 296-2015: (i) todos los contratos y acuerdos suscritos o alcanzados entre los Proveedores y G&N que digan relación con servicios, pagos, descuentos u otros similares entre ellos y, especialmente, aquellos que den cuenta de pagos por parte de los Proveedores a G&N por concepto de publicidad y descuentos retroactivos; desde el año 2010 y hasta el 12 de agosto de 2015; (ii) actas de directorio de G&N en que se hayan fijado políticas relacionadas a las condiciones comerciales y pagos de los Proveedores a G&N; desde el año 2010 hasta el 12 de agosto de 2015; y (iii) facturas, notas de crédito y notas de débito que den cuenta de descuentos, *rappel*, *rebates* u otros pagos efectuados por los Proveedores a G&N; desde el año 2010 hasta el 12 de agosto de 2015.

9. Asimismo, las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

9.1 Los Franquiciados acompañaron: a fojas 2252, folletos de las franquicias Doggis y Juan Maestro. A fojas 5287, (i) copia de secciones del diario El Mercurio; (ii) certificaciones notariales de secciones del sitio web de Gastronomía y Negocios S.A.; (iii) documento “Plan de negocios. Franquicia Wendy's en Chile”. Seminario para optar al título de Ingeniero Comercial, Mención Administración, de Alejandra Cassi A., Cristóbal Metroz U. y Felipe Sepúlveda R; (iv) facturas emitidas por demandados y otras empresas, a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Franquiciados y a otras empresas; (v) cadenas de correos electrónicos entre las partes de este juicio; (vi) planillas Excel adjuntadas en correos electrónicos; (vii) documento enviados por Gastronomía y Negocios S.A. a los franquiciados de Doggis; y (viii) cartas enviadas durante los años 2009 y 2011.

9.2 Embonor acompañó a fojas 2547: (i) certificación notarial efectuada el 20 de julio de 2016 por doña Patricia Vega Montecino, suplente de don Armando Sánchez Risi, Notario Público de Arica, en relación con los locales de las cadenas Doggis ubicados en Arica; (ii) certificaciones notariales efectuadas el 20 de julio de 2016 por don Abner Bernabé Poza Matus, Notario Público de Iquique, en relación con los locales de las cadenas Doggis y Juan Maestro ubicados en Iquique; (iii) certificación notarial efectuada el 25 de julio de 2016 por don Luis Enrique Fischer Yávar, Notario Público de Viña del Mar, en relación con los locales de las cadenas Doggis y Juan Maestro ubicados en Viña del Mar; (iv) certificación notarial efectuada el 25 de julio de 2016 por don Julio Jorge Abuyeres Jadue, Notario Público de Quillota, en relación con el local de la cadena Doggis ubicado en Quillota; (v) certificación notarial efectuada el 25 de julio de 2016 por don Gabriel Alfonso Ferrand Miranda, Notario Público de Valparaíso, en relación con el local de la cadena Bob's ubicado en Valparaíso; (vi) certificación notarial efectuada el 19 de julio de 2016 por don Víctor Hugo Quiñones Sobarzo, Notario Público de San Fernando, en relación con el local de la cadena Doggis ubicado en San Fernando; (vii) certificación notarial efectuada el 19 de julio de 2016 por don Teodoro Patricio Durán Palma, Notario Público de Talca, en relación con los locales de las cadenas Doggis y Juan Maestro ubicados en Talca; (viii) certificación notarial efectuada el 12 de julio de 2016 por don Ramón García Carrasco, Notario Público de Concepción, en relación el local de la cadena Doggis ubicado en Concepción; (ix) certificación notarial efectuada el 6 de julio de 2016 por don José Joaquín Tejos Henríquez, Notario Público de Chillán, en relación con el local de la cadena Doggis ubicados en Chillán; (x) certificaciones notariales efectuadas el 13 de julio de 2016 por doña María Antonieta Carrillo Flores, Notario Público de Los Ángeles, en relación con los locales de la cadena Doggis ubicados en Los Ángeles; (xi) certificación notarial efectuada el 14 de julio de 2016 por don Carlos Alarcón Ramírez, Notario Público de Temuco, en relación con los locales de la cadena Doggis ubicados en Temuco; (xii) certificación notarial efectuada el 13 de julio de 2016 por don Francisco Javier Muñoz Flores, Notario Público de Villarrica, en relación con el local de la cadena Doggis ubicado en Villarrica; (xiii) certificación notarial efectuada el 18 de julio de 2016 por don Nazael Riquelme Espinoza,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notario Público de Valdivia, en relación con el local de la cadena Doggis ubicado en Valdivia; (xiv) certificación notarial efectuada el 11 de julio de 2016 por don Álvaro Gajardo Casañas, Notario Público de Puerto Montt, en relación con los locales de la cadena Doggis ubicados en Puerto Montt; (xv) certificación notarial efectuada el 12 de julio de 2016 por don Cristián Sanhueza Pimentel, Notario Público de Osorno, en relación con los locales de las cadenas Doggis y Juan Maestro ubicados en Osorno; y (xvi) certificación notarial efectuada el 11 de julio de 2016 por don Pedro Hernán Larre Castro, Notario Público de Castro, en relación con los locales de las cadenas Doggis y Juan Maestro ubicados en Castro.

9.3 Andina acompañó a fojas 4735: (i) certificado de la 27° Notaría de Santiago, de don Eduardo Avello Concha, que acredita extracción de internet de artículos de prensa; (ii) certificado de la 27° Notaría de Santiago, de don Eduardo Avello Concha, que acredita la fecha cierta de las fotografías tomadas, junto con las fotografías correspondientes a distintos locales de comida rápida; y (iii) certificado de la 27° Notaría de Santiago, de don Eduardo Avello Concha, que acredita extracción de imágenes publicitarias de redes sociales de Doggis.

9.4 G&N acompañó: A fojas 2267, el contrato de compraventa de establecimiento comercial entre Comercial Quinta Limitada e Sociedad Inversiones Vasco de Gama Limitada. A fojas 4026, 118 correos contenidos en cinco casillas de funcionarios de G&N, sobre Estados de Resultados de franquiciados de las cadenas Doggis, Juan Maestro y Bob's. A fojas 4115, copias de escrituras públicas de contratos celebrados con (i) Alimentos Frontera Limitada por la franquicia de los locales Doggis Líder Viña Shopping, Doggis Líder Las Rejas, Doggis Espacio Urbano Viña Centro, Doggis Pío Nono y Doggis Córner Líder General Velásquez; (ii) Alimentos Centenario Limitada por la franquicia de los locales Doggis Ripley La Calera, Doggis Espacio Urbano Los Andes, Doggis Espacio Urbano Los Andes Heladería y Doggis Tottus San Felipe; (iii) Alimentos Dos Mil Limitada por la franquicia de los locales Doggis Córner Grande Líder El Belloto, Doggis Córner Líder El belloto, Doggis Estación Puerto Valparaíso y Doggis Líder El Belloto; (iv) Alimentos El Belloto Limitada por la franquicia de los locales Doggis Córner Mall Quilpué 1° piso, Doggis Córner Quillota N°1, Doggis Córner Quillota N°2, Doggis Líder Quillota, Doggis Mall Quilpué, Doggis Portal El Belloto, Doggis Quillota y Doggis Tottus La Calera; (v) Alimentos Selman y Aravena Limitada por la franquicia del local Doggis Caupolicán; (vi) Alimentos Peñuelas Limitada, por la franquicia del local Doggis Mall Plaza La Serena; (vii) Funfood S.A. por la franquicia de los locales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Doggis Líder Punta Arenas y Doggis Córner Líder Punta Arenas; (viii) Aromasur S.A. por la franquicia del local Juan Maestro Punta Arenas; (ix) Alimentos Bío Bío Limitada por la franquicia de los locales Doggis Plaza Market, Doggis Plaza El Roble Chillán; (x) Alimentos Isaoba Limitada por la franquicia de los locales Doggis Mall Arauco San Antonio, Doggis Córner Mall Arauco San Antonio, Doggis Tottus San Antonio, Juan Maestro Mall Arauco San Antonio; y (xi) Calafquén por la franquicia de los locales Juan Maestro Estación Puerto Valparaíso y Juan Maestro Mall Quilpué. A fojas 4133: (i) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Administradora de Franquicias América S.A., Rojas Donoso Limitada y Sociedad de Inversiones Pauca Limitada; (ii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Sociedad Inversiones Pauca Limitada y Alimentos Santa Javiera Limitada; (iii) copias de escrituras públicas de 3 contratos celebrado entre Alimentos Santa Elba Limitada y Alimentos Arauco Limitada; (iii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Inversiones B&W S.A. y Alimentos Arauco Limitada; (iv) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Alimentos Limay Limitada y Alimentos Doña María SpA; (v) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Alimentos Antuco Limitada e Inversiones Wulf Limitada; (vi) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Comercial Bizama Limitada y Alimentos Lonquén Limitada; (vii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Quiroz y Compañía Limitada y Calors Nicolás Seguel Olivares Administración de Negocios E.I.R.L.; (viii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Carracos y Duch Limitada y Alimentos Santa Javiera Limitada; (ix) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Alimentos Antuco Ltda. y Sociedad Alimentos Habacuc Ltda.; (x) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Inversiones Alyda Ltda. e Inversiones Trabun Ltda.; (xi) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Inversiones Trabun Ltda. y Saretri SpA; (xii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre C&T Alimentos Limitada y Alimentos Arauco Limitada; (xiii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Rivera y Menard Limitada y Administradora de Franquicias América Limitada; (xiv) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Sociedad de Inversiones Pauca Limitada y Alimentos Santa Javiera Limitada; (xv) copia de escritura pública de contrato celebrado entre C&T Alimentos Limitada y Alimentos Lonquén Limitada; (xvi) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Los Lagos Food Service Ltda. y Alimentos Lonquén Limitada; (xvii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Temuco Food Service Ltda. y Alimentos e Inversiones La Pradera Ltda.; (xviii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Alimentos Cono Sur Limitada y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Administradora de Restaurantes Limitada; copia de escritura pública de contrato celebrado entre Hoyos y Reyes Compañía Limitada y Alimentos Lonquén Ltda.; (xix) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Rojas Donoso Ltda. y Sociedad de Inversiones Pauca Limitada; (xx) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Inversiones Wulf Limitada y Administradora de Franquicias América Limitada; (xxi) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Alimentos Álamo Ltda. y Alimentos La Novena Ltda.; y (xxii) copia de escritura pública de contrato celebrado entre Franquicias D&F Ltda. y Hoyos y Reyes Cía Ltda.

10. A solicitud de las Franquiciados se realizaron las siguientes exhibiciones de documentos: Acta de fojas 658:

a) Andina exhibió cuatro contratos de suministro y actividades de marketing suscritos con la franquicia Bob's, celebrados en los años 2012 y 2015, y Juan Maestro, también celebrados en los años 2012 y 2015. Embonor exhibió (i) el contrato de "Suministro y Actividades de Marketing", de fecha 30 de octubre de 2012, suscrito por BBS S.A., Andina, Embonor y Embotelladora Iquique S.A, en relación con la Franquicia Bob's; (ii) el contrato de "Suministro y Actividades de Marketing", de 30 de octubre de 2012, suscrito por Inversiones D&F Chile Ltda., Andina, Coca-Cola y Embotelladora Iquique S.A, en relación con la Franquicia Juan Maestro; (iii) el contrato de "Suministro y Actividades de Marketing", de 23 de diciembre de 2015, suscrito por Inversiones BBS S.p.A., Andina, Embonor y Embotelladora Iquique S.A, en relación con la Franquicia Bob's; y (iv) contrato de "Suministro y Actividades de Marketing", de 23 de diciembre de 2015, suscrito por Inversiones D&F Chile Ltda., Andina, Coca-Cola y Embotelladora Iquique S.A, en relación con la Franquicia Juan Maestro.

b) Alifrut exhibió (i) tres contratos y una serie de correos electrónicos que darían cuenta de acuerdos entre su representada y empresas del grupo G&N; y (ii) facturas, que dan cuenta de descuentos, *rappel*, *rebates* y otros pagos efectuados por los Proveedores a G&N o a sus sociedades relacionadas, desde el año 2010 y hasta enero de 2016, respecto de las franquicias Juan Maestro y Bob's; y

c) G&N exhibió (i) acuerdo Comercial Alimentos y Frutos S.A.-Inversiones D&F Chile Ltda., celebrado el 30 de enero de 2012; (ii) contrato de "Suministro y Acuerdo Comercial Inversiones D&F Chile Ltda.-Alimentos y Frutos S.A.", celebrado el 1 de marzo de 2012; (iii) contrato de "Suministro y Actividades de Marketing", celebrado el 30 de octubre de 2012, entre BBS S.A., por una parte,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y Embotelladora Andina S.A., Coca-Cola Embonor S.A. y Embotelladora Iquique S.A., por otra, contrato cuya vigencia se extendió hasta el 31 de octubre de 2015; (iv) contrato de “Suministro y Actividades de Marketing”, celebrado con fecha 30 de octubre de 2012, entre Inversiones D&F Chile Ltda., por una parte, y Andina, Embonor y Embotelladora Iquique S.A., por otra, contrato cuya vigencia se extendió hasta el 31 de octubre de 2015; (v) contrato de “Suministro y Actividades de Marketing”, celebrado el 23 de diciembre de 2015, entre Inversiones BBS SpA., por una parte, y Andina, Embonor y Embotelladora Iquique S.A., por otra, contrato cuya vigencia se extiende hasta el 31 de octubre de 2018; (vi) contrato de “Suministro y Actividades de Marketing”, celebrado con fecha 23 de diciembre de 2015, entre Inversiones D&F Chile Ltda., por una parte, y Andina, Embonor S.A. y Embotelladora Iquique S.A., por otra, contrato cuya vigencia se extiende hasta el 31 de octubre de 2018; (vii) 57 facturas emitidas por BBS S.A. a Alifrut, desde el año 2010 a enero de 2016; (viii) 69 facturas emitidas por Inversiones D&F Ltda. a Alifrut, desde el año 2011 a enero de 2016; (ix) 112 facturas emitidas por BBS S.A. a Andina y Embonor, desde el año 2010 a enero de 2016; (x) 192 facturas emitidas por Inversiones D&F Ltda. a Andina y Embonor, desde el año 2010 a enero de 2016.

10.1 Acta de fojas 3176, Alifrut exhibió 36 facturas respecto a papas pre fritas y respecto a los tres clientes que cumplen los requisitos solicitado y 24 facturas respecto a empanadas, respecto a dos clientes que cumplen los requisitos solicitados.

10.2 Acta de fojas 3290, Embonor exhibió 108 facturas (36 facturas por cliente), correspondientes a las tres últimas facturas emitidas por Embonor, en cada mes, durante los meses de enero a diciembre de 2015.

10.3 Acta de fojas 3411, Andina exhibió 108 facturas que corresponden a las tres últimas facturas emitidas por Andina durante cada mes del año 2015.

10.4 Acta de fojas 3452, Ariztía exhibió (i) copia de 16 facturas emitidas por Ariztía a Distribuidora J&K Ltda. durante el año 2015; (ii) copia de 17 facturas emitidas por Ariztía a Sociedad Distribuidora La Internacional Ltda. durante el año 2015; y (iii) copia de cinco facturas emitidas por Ariztía a don Marcelo Flores Pedreros durante el año 2015.

10.5 Acta de fojas 3614, G&N exhibió (i) 3721 (tres mil setecientos veinte y uno) facturas, emitidas desde el año 2011 a septiembre de 2016 relacionadas con la marca Juan Maestro; (ii) 726 (setecientos veinte y seis) facturas, emitidas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desde el año 2013 a septiembre de 2016, relacionadas con la marca Bob's; (iii) 14231 (catorce mil doscientos treinta y uno) facturas, emitidas desde el año 2011 a septiembre de 2016, relacionadas con la marca Doggis; (iv) seis informes anuales (2011 a 2016) de inversión publicitaria de marcas de comida rápida elaborados por la empresa Megatime; (v) Estados Financieros G&N S.A. Matriz años 2011 y 2012; (vi) Estados Financieros G&N S.A. y filiales, Estados Financieros BBS SpA. y filiales, Estados Financieros DyF Chile Limitada y filiales, Estados Financieros Inversiones GED Limitada y filiales, Estados Financieros Inversiones Neltume Limitada y filiales correspondientes al año 2013; (vii) Estados Financieros G&N S.A. y filiales, Estados Financieros DyF Chile Limitada y filiales, Estados Financieros Inversiones GED Limitada y filiales, Estados Financieros Inversiones Neltume Limitada y filiales, Estados Financieros Inversiones Louisiana SpA. y filiales, correspondientes al año 2014; y (viii) Estados Financieros G&N S.A. y filiales año 2015.

11. Informes. A fojas 4964, los Franquiciados acompañaron el informe (i) sobre la demanda de Alimentos Bío Bío Ltda. y otros, contra Alimentos y Frutos S.A. y otros (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia)" de Pablo García; y (ii) "Contratos de Franquicia y Libre Competencia. Un análisis de los contratos de franquicia como restricción competitiva, a propósito de la causa caratulada "Alimentos Bío Bío y otros con Alimentos y Frutos S.A. y otros", Rol C N° 305-16, seguida ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" de Radoslav Depolo.

11.1 A fojas 4580, Embonor acompañó el informe "Sobre la improcedencia del uso por los Franquiciados de las normas de defensa de la libre competencia para el control de un eventual oportunismo de la Franquiciante en el caso Doggis, Rol C N° 305-2016 H.TDLC" de Fernando Araya Jasma.

11.2 A fojas 3721, Andina acompañó el informe "Impactos en la competencia de la relación vertical entre Andina y G&N Alimentos" de Aldo González.

11.3 A fojas 2752, G&N acompañó el "Informe sobre Franquicias" de Fernando Campora. A fojas 4233, G&N acompañó (i) "Informe gastronomía & Negocios S.A. Sensibilidad de la demanda y productos sustitutos en cadenas de comida rápida" de Juan Carlos Oyanedel, Metalógica Asesorías e Inversiones SpA; (ii) "Estudio: mercado de las franquicias en Chile 2006/2007. Principales resultados" de Nicole Penaud; (iii) "Mercado de las franquicias en Chile" de Nicole Penaud; (iv) Mercado de franquicias en Chile 2016" de Nicole Penaud; (v) "Estudio de imagen de Doggis y Juan Maestro-Brand Vivo" de GfK Adimark;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(vi) "Estudio Chile 3D-Marcas y estilo de vida de los chilenos respecto a marcas de comida rápida" de GfK Adimark; (vii) "*Passport Consumer Foodservice in Chile*" de Euromonitor International; y (viii) "*Passport Fast Food in Chile*" de Euromonitor International.

11.4 A fojas 2306, Alifrut, acompañó el informe "Análisis de los efectos en la competencia de los cobros por concepto de rappel efectuados por Alifrut a franquicias de comida rápida" de Butelmann Consultores. A fojas 3702, acompañó el "Informe de los Auditores Independientes Sobre la Aplicación de Procedimientos Acordados" de Edgardo Hernández, Deloitte Auditores y Consultores Limitada.

11.5 A fojas 3628, Ariztía, acompañó el informe "Informe económico sobre la participación de Ariztía en los hechos relatados en la causa rol 305-2016" de Jorge Fantuzzi.

12. Prueba Testimonial. Los Franquiciados presentaron como testigos a Sofanor de las Rosas Bravo Rebolledo (fojas 2254), Gonzalo Andrés León Rioseco (fojas 2270) y Carlos Marcelo Pino Carvajal (fojas 2282). Embonor, por su parte, presentó como testigo a Rodrigo Joannon Langdon (fojas 2881). A su vez, declararon como testigos de Andina, Francisco José Gaete Bascuñán (fojas 2367), Manuel Benjamín Ricardo Solar Rojas (fojas 2558) y Aldo González Tissinetti (fojas 3863). G&N presentó como testigo a Fernando Campora (fojas 4063). Declaró como testigo presentado por Alifrut, Andrea Butelmann Paisajoff (fojas 3788). Finalmente, Ariztía rindió prueba testimonial a través de las declaraciones de Daniel Andrés Ibarra Zoellner (fojas 2356), Antonio Pino Sánchez (fojas 2363), Benjamín Cruz Sotomayor (fojas 3626) Jorge Andrés Fantuzzi Majlis (fojas 3705) y Pedro Pablo Mercadino Vásquez (fojas 3708).

13. Absolución de posiciones. Absolvieron posiciones en estos autos Gonzalo Bachelet Artigues en representación de Alifrut (fojas 3487), Javier Andrés Urrutia Pinto en representación de Andina (fojas 3478), Mónica Marcela González Argall en representación de Funfood S.A. (fojas 3562), Andrés Arturo Herrera Malden en representación de Alimentos Frontera Limitada (fojas 3552), Rodrigo Alejandro Ballesteros Ceballos en representación de G&N (fojas 3889) y Jorge Paulo Ariztía Benoit en representación de Ariztía (fojas 3886).

14. Observaciones a la prueba. Presentaron sus observaciones a la prueba, las Demandantes (a fojas 5398), Embonor (a fojas 5333) y Andina (a fojas 5437).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. Desistimientos

15. Desistimientos totales. A fojas 2234, por resolución de 23 de agosto de 2016, se tuvo por desistidas totalmente de la demanda a (i) Sociedad de Inversiones Los Cuncos Limitada, Sociedad de Inversiones Bureo Limitada, Sociedad de Inversiones Pauca Limitada y Sociedad de Inversiones Bochan Limitada, en virtud de lo solicitado a fojas 730; (ii) Franquicias del Sur, en virtud de lo solicitado a fojas 763; y (iii) Comercial Quinta Limitada, en virtud de lo solicitado a fojas 780.

15.1 A fojas 2360, por resolución de 8 de septiembre de 2016, se tuvo por desistida totalmente de la demanda a Duval y Fernández, en razón de lo solicitado a fojas 2304.

15.2 A fojas 4113, por resolución de 22 de marzo de 2017, se tuvo por desistida totalmente de la demanda a Selman y Aravena, en razón de lo solicitado a fojas 4112.

16. Desistimiento parcial respecto de la demanda ejercida contra G&N. A fojas 4423, por resolución de 27 de abril de 2017, se tuvo por desistidas de la demanda, pero sólo respecto de G&N, a las demandantes (i) Calafquén, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada y Alimentos El Belloto Limitada, en virtud de lo solicitado a 4264; y (ii) Peñuelas, en virtud de lo solicitado a fojas 4352.

16.1 A fojas 4986, por resolución de 15 de junio de 2017, en virtud de lo solicitado a fojas 4446, se tuvo por desistidas de la demanda, pero sólo respecto de G&N, a las demandantes Alimentos Frontera Limitada, Funfood Limitada, Aromasur, Alimentos Bío Bío SpA, Alimentos Isaoba Limitada y Sociedad Garay y Compañía Limitada.

17. Desistimiento parcial respecto de la demanda ejercida contra Alifrut. A fojas 5010, por resolución de 11 de julio de 2017, en virtud de lo solicitado a fojas 5004, se tuvo por desistidas de la demanda, pero sólo respecto de Alifrut, a las demandantes Alimentos Bío Bío SpA, Alimentos Frontera Limitada, Calafquén, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Peñuelas Limitada, Funfood Limitada, Aromasur y Sociedad Garay y Compañía Limitada.

18. Desistimiento parcial respecto de la demanda ejercida contra Ariztía. A fojas 5300, por resolución de 25 de julio de 2017, en virtud de lo solicitado a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 5018, se tuvo por desistidas de la demanda, pero sólo respecto de Ariztía a las demandantes Alimentos Bío Bío SpA, Alimentos Frontera Limitada, Calafquén, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Peñuelas Limitada, Funfood Limitada, Aromasur y Sociedad Garay y Compañía Limitada.

J. Partes en este juicio

19. Por tanto, persisten como demandantes en esta causa: (i) Alimentos Bío Bío SpA; (ii) Alimentos Frontera Limitada; (iii) Calafquén; (iv) Alimentos Centenario Limitada; (v) Alimentos Dos Mil Limitada; (vi) Alimentos El Belloto Limitada; (vii) Alimentos Isaoba Limitada; (viii) Alimentos Peñuelas Limitada; (ix) Funfood Limitada; (x) Aromasur y (xi) Sociedad Garay y Compañía Limitada (en conjunto, las “Demandantes”). Asimismo, la demanda se mantiene en los mismos términos ya descritos contra los proveedores Embonor y Andina.

20. Finalmente, a fojas 5396, Sociedad Quiroz y Sinovcic, solicitó ser considerado como tercero coadyuvante en estos autos, dado que comparte el interés alegado en la demanda.

21. A fojas 4111, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó el 22 de agosto de 2017 a las 15:00 horas, según consta en certificado de fojas 5633.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que antes de resolver el fondo de la cuestión debatida, deben ser dilucidadas las excepciones procesales interpuestas por diversas partes en este juicio;

Segundo: Que, primero, Andina dedujo excepción de incompetencia de este Tribunal para conocer y juzgar la demanda de autos, porque, a su juicio, se trataría de un conflicto comercial referido a la distribución de los beneficios dentro de una determinada franquicia, asunto que correspondería naturalmente a la competencia de un tribunal civil;

Tercero: Que, a este respecto, se debe recordar que muchas relaciones de carácter comercial sustentadas en la celebración de contratos pueden, de todos modos, dar origen a problemas de libre competencia en un mercado determinado, sin perjuicio de las controversias de carácter civil o penal a que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

haya lugar. Si bien en ocasiones la separación entre un área y otra puede ser hecha con un mero análisis del relato de la demanda, en otras se requiere de un análisis más profundo de la prueba o, al menos, de un avance del proceso. Por esto, el artículo 3° del D.L. N° 211 posee un carácter amplísimo a efectos de otorgar competencia para juzgar todo tipo de hechos, actos o convenciones;

Cuarto: Que, en particular, el modelo de negocios de franquicia ha sido objeto de análisis de libre competencia desde su desarrollo inicial a partir de la segunda mitad del siglo veinte (Cfr. Covey, Frank, “Franchising and the Antitrust Laws: Panacea or Problem”, en *Notre Dame Law Review*, Volumen 52 N° 5, Junio, 1967, p. 605 a 626). Además, el relato de los hechos expuesto en la demanda en este caso ha sido enmarcado no en el incumplimiento de obligaciones contractuales de las demandadas, sino precisamente en eventuales infracciones a la libre competencia derivadas de las relaciones comerciales que las vinculan. Específicamente, las partes demandantes imputan a las demandadas una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado relevante por la vía de ejecutar actos de discriminación arbitraria de precios, explotación abusiva de una relación de dependencia y el establecimiento de precios excesivos;

Quinto: Que, en consecuencia, y tal como se señaló a fojas 528, los ilícitos imputados podrían constituir infracciones a las normas de la libre competencia que, *prima facie*, corresponden sean conocidas y juzgadas en esta sede en virtud de lo establecido en el artículo 5° del D.L. N° 211, por lo que la excepción de incompetencia será rechazada;

Sexto: Que, en segundo lugar, Embonor opuso excepción de prescripción extintiva de la acción deducida en este caso, fundada en que habrían transcurrido más de tres años (artículo 20 del D.L. N° 211) desde la fecha de ejecución de las conductas imputadas en la demanda, esto es, el 30 de octubre de 2012, como fecha del último contrato celebrado con G&N, y la fecha de notificación de la demanda el día 3 de marzo de 2016;

Séptimo: Que, al respecto, si bien la demanda efectivamente fue notificada en la fecha indicada, Embonor fue notificada de la medida prejudicial preparatoria que preparó la entrada de este juicio el 27 de agosto de 2015, es decir, dentro del plazo de tres años transcurrido desde la época de ejecución de la conducta. La cuestión, entonces, consiste en dilucidar si esta última notificación produjo el efecto de interrumpir la prescripción de la demanda en los términos del artículo 20 inciso 5° del D.L. N° 211, que dispone que la prescripción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que extingue las acciones contempladas en esta norma “se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal”;

Octavo: La jurisprudencia uniforme de los tribunales superiores de justicia ha interpretado la expresión “demanda” en términos más amplios, referidos a cualquier gestión judicial que tenga por objeto el resguardo del interés que se estima afectado (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil y Leyes Complementarias, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1998, p. 283 y 286; y De la Maza Gazmuri, Íñigo, *Código Civil, Sistematizado con Jurisprudencia*, Thomson Reuters, 2015, p. 2023);

Noveno: Que de lo anterior es posible concluir que, en el caso de autos, la notificación de la medida prejudicial preparatoria dentro del plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta imputada tuvo la aptitud de producir la interrupción de la prescripción, pues se trató de una gestión destinada, precisamente, a preparar un juicio que tiene por objeto el resguardo del interés que se estima afectado por la conducta. Por esta razón, la excepción de prescripción extintiva de la acción dirigida en contra de Embonor será rechazada;

Décimo: Que, en tercer lugar, Andina también opuso, aunque en subsidio de su defensa de fondo, una excepción de prescripción extintiva de la acción fundada en que habían transcurrido más de tres años (artículo 20 del D.L. N° 211) desde la fecha de ejecución de las conductas acusadas hasta la fecha de la notificación de la demanda. En efecto, las conductas se habrían ejecutado el 30 de octubre de 2012 (fecha del último contrato celebrado entre Andina y G&N) y la demanda fue notificada el 4 de febrero de 2016. Sin embargo, al igual que Embonor, Andina fue notificada de la medida prejudicial preparatoria el 27 de agosto de 2015, esto es, dentro del plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta imputada. Por tanto, aplicando el mismo razonamiento utilizado en el considerando anterior, la excepción de Andina debe ser rechazada;

Undécimo: Que, en cuarto lugar, Andina sostiene que las demandantes Aromasur y Calafquén adolecen de falta de legitimación activa, por carecer de la calidad de sujeto pasivo de la conducta acusada, pues no habrían operado la franquicia Doggis al momento de la interposición de la demanda. Sin embargo, tal excepción debe ser rechazada porque la demanda no se refiere únicamente a los locales de la marca Doggis, sino que también incluye las marcas Bob’s, Juan Maestro y Mamut. De esta manera, dado que Aromasur y Calafquén operan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

locales de la franquicia de Juan Maestro, poseen legitimación activa en estos autos;

Duodécimo: Que, en quinto lugar, Andina sostiene tanto su propia falta de legitimación pasiva como la falta de legitimación activa de Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada y Alimentos Bío Bío SpA, fundada en que no opera comercialmente en el territorio en el que están situados los locales de estas últimas. Asimismo, Andina sostiene que la excepción sería extensible a todas las demandantes, ya que la conducta imputada se referiría únicamente a la relación comercial y contractual de éstas con G&N;

Decimotercero: Que, en particular, este Tribunal ha señalado 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, la legitimación pasiva dice relación con la cualidad de un sujeto para situarse jurídicamente en una posición en que el derecho exige, respecto de él y no de otra entidad o persona, el contenido de una pretensión;

Decimocuarto: Que, en cuanto a la argumentación relativa a que Andina no opera comercialmente en el territorio en el que están situados los locales de las franquiciadas respecto de las cuales se opone la excepción, debe tenerse presente que la conducta acusada en la demanda no dice relación con un territorio determinado, sino con todo el territorio nacional. En efecto, la demanda define el mercado donde se habrían producido los ilícitos anticompetitivos como aquel *“de adquisición de los insumos principales para los franquiciados del Grupo G&N”* (fojas 57). Siendo esto así, la ausencia de operaciones de la demandada en ciertos territorios sólo sería relevante para determinar la eventual extensión del ilícito imputado, en caso de ser acreditado, pero no para sostener alegaciones parciales de falta de legitimación pasiva con respecto a territorios determinados;

Decimoquinto: Que en lo que respecta a la alegación de que la conducta imputada se referiría únicamente a la relación comercial y contractual de las Demandantes con G&N, cabe señalar que la demanda fue dirigida no sólo en contra de dicho franquiciante, sino también en contra de algunos agentes económicos que celebraron contratos con ella para proveer de insumos a las Demandantes. Uno de esos agentes es precisamente Andina. En consecuencia,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el objeto del proceso comprende una imputación de abuso de posición dominante conjunta en una relación jurídica material respecto de la cual Andina es sujeto directo, razón por la cual es ciertamente legitimada pasiva, sin perjuicio de lo que se resolverá a continuación sobre el fondo del asunto deducido;

Decimosexto: Que, finalmente, Embonor también opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto de las Demandantes radicadas en territorios ajenos a su operación, las que no tendrían una relación comercial con la demandada. Sin embargo, tal como se ha señalado, la eventual ausencia de operaciones de Embonor en ciertos territorios sólo es relevante para determinar la eventual extensión del ilícito imputado, en caso de ser acreditado. De esta forma, la excepción en comento también será rechazada;

Decimoséptimo: Que habiendo sido dilucidadas las excepciones procesales interpuestas por las partes, corresponde referirse al fondo del asunto controvertido;

Decimooctavo: Que, tal como se señaló en los párrafos 15 a 18 de la parte expositiva, algunos de los Franquiciados se desistieron totalmente de la demanda, mientras que las Demandantes se desistieron de ella sólo respecto de G&N, Alifrut y Ariztía. Como se mostrará en lo que resta de esta sentencia, esta situación ha producido efectos cruciales para la resolución del fondo del conflicto presentado en autos pues, jurídicamente, los desistimientos impiden completamente efectuar un análisis del problema tal y como fue planteado en la demanda. Por esto, antes de analizar los ilícitos imputados específicamente en este caso, es conveniente establecer, de modo general, los efectos sustantivos y procesales de esos desistimientos;

Decimonoveno: Que, desde el punto de vista sustantivo, el desistimiento de todas las partes demandantes respecto de G&N, Alifrut y Ariztía implica el abandono de la acusación en su contra y, en consecuencia, la imposibilidad de juzgar sus conductas. Como se sabe, el D.L. N° 211 estableció un proceso contencioso de libre competencia de carácter adversarial, en el que las partes o la FNE, en su caso, son quienes pueden incoar el procedimiento. Rige en plenitud, entonces, el aforismo *nemo iudex sine actore*, en virtud del cual el Tribunal carece de la potestad para resolver la cosa litigiosa *ex officio* ante la desaparición sobreviniente de la pretensión específica en contra de un sujeto de derecho. En otras palabras, el desistimiento absoluto respecto de algunas de las partes demandadas en el juicio pone fin a la imputación jurídica y pretensión de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condena en su contra, presupuestos esenciales para que este Tribunal pueda declarar su responsabilidad en los hechos;

Vigésimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, desde una perspectiva procesal, por tratarse de un proceso que tiene por objeto la protección de un interés público, indisponible por las partes, el desistimiento en esta sede no constituye un equivalente jurisdiccional que extinga la eventual responsabilidad del demandado en los hechos, como si se tratara de una renuncia a la acción propia de un procedimiento dispositivo de derechos subjetivos. Por el contrario, el desistimiento en procesos de interés público sólo importa una renuncia o disposición de los derechos procesales de calidad de parte en el juicio, de los que el demandante sí es titular. En otras palabras, esa renuncia sólo implica un abandono de la calidad de parte acusadora en el proceso, de modo que no obsta a que la responsabilidad del acusado pueda ser perseguida por otros actores. Debe recordarse que las normas sobre desistimiento del Código de Procedimiento Civil sólo se aplican al desistimiento en esta sede en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza de un proceso cuyo objeto de interés público es indisponible por las partes;

Vigésimo primero: Que, a mayor abundamiento, la forma contradictoria del proceso de libre competencia no obedece al principio dispositivo de derechos subjetivos, sino que a la necesidad de asegurar el principio de oficialidad o máxima protección del interés público. Esto se logra mediante la atribución a diversos sujetos del poder jurídico para actuar en procesos sobre hechos graves para el orden económico, salvaguardando la debida imparcialidad judicial. Por la misma razón, la exigencia de legitimación activa a tales sujetos en términos de interés suficiente o afectación directa no se ordena a acreditar que son titulares materiales de la relación jurídica controvertida, sino únicamente a demostrar que reúnen la aptitud y seriedad mínima para asumir la calidad de parte acusadora en el juicio;

Vigésimo segundo: Que, atendido todo lo señalado y en concreto, el desistimiento de la demanda dirigida en contra de G&N, Alifrut y Ariztía impide juzgar su eventual responsabilidad en los ilícitos imputados en esta causa debido a la ausencia de partes acusadoras y no por extinción de su eventual responsabilidad en los hechos producto de una renuncia del interés jurídico protegido en esta sede, que es de suyo indisponible por las partes;

Vigésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, el desistimiento absoluto de la demanda dirigida en contra de G&N, Alifrut y Ariztía no obsta a que todas las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

partes originales en contra de las cuales se dirigió la acción (es decir, incluidas estas tres) puedan ser mencionadas en el relato de los hechos que sirven de base para pronunciarse acerca de la responsabilidad de quienes permanecen demandados en este proceso;

Vigésimo cuarto: Que, una vez resuelto el alcance jurídico general de los desistimientos de la demanda presentados en autos, corresponde determinar qué efectos se derivan de ellos respecto de las conductas inicialmente imputadas en la demanda. Para ello, es necesario efectuar una digresión con el objeto de analizar algunas de las características principales de los contratos de franquicias celebrados por G&N y sus franquiciados y proveedores, según corresponda;

Vigésimo quinto: Que, en primer lugar, como se puede observar en los documentos contenidos en el disco compacto acompañados por G&N a fojas 4115, y lo descrito en la demanda a fojas 26 y siguientes, en los contratos de franquicia dicha firma en general exige a sus franquiciados el pago de un *fee* inicial y de otros derechos mensuales que consisten en: (i) un Derecho Inicial, que cubre el derecho a adquirir la franquicia y a abrir el local; (ii) un Derecho Mensual por Servicios o Royalty, por concepto de uso y goce de la franquicia, que se establece en base a un porcentaje de las ventas netas mensuales; y (iii) un Derecho Mensual por Publicidad, que también se define en base a un porcentaje de las ventas netas mensuales. A cambio de estos pagos, G&N otorga el derecho a usar de sus marcas y el *know how* asociado a ellas;

Vigésimo sexto: Que, enseguida, en los contratos de franquicia se establece que es G&N quien fija los precios finales máximos de venta que cobran los franquiciados a los consumidores. Tal fijación se materializa, en los hechos, mediante un sistema centralizado que conecta las máquinas de pago (POS) de los locales franquiciados con las oficinas del Grupo G&N. De esta forma, aunque los franquiciados tienen libertad para determinar el precio de venta final, G&N controla que dicho precio no sobrepase el máximo fijado en el contrato;

Vigésimo séptimo: Que, en tercer término, en los contratos de franquicias también se establece que G&N es el único que negocia los términos de comercialización con los proveedores respecto de los insumos necesarios para comercializar los productos. Por ende, los franquiciados están obligados a comprar los insumos sólo a los proveedores autorizados o designados por el G&N, quedándoles prohibido cambiar de proveedor directamente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo octavo: Que, por último, en los contratos entre G&N y los proveedores demandados, denominados “Contrato de Suministro y Actividades de Marketing” (exhibidos por G&N, Embonor y Andina, a fojas 9 del expediente Rol C 296-2015 y a fojas 658), se establecen las condiciones de provisión de insumos a los franquiciados, los descuentos a los precios lista y los pagos que realizan los proveedores a G&N. Entre las condiciones, los contratos incluyen cláusulas de exclusividad publicitaria, pero con libertad de provisión (páginas 3 y 4 de los contratos). Es decir, G&N puede permitir a los franquiciados ofrecer bebidas analcohólicas de otros proveedores. Respecto a los descuentos a los precios de lista, los contratos disponen que éstos se aplican sobre los precios netos de las listas oficiales de los productos de Andina y Embonor. Finalmente, en lo que respecta a los pagos que realizan los proveedores a G&N, en los contratos se pactan “aportes variables”, que consisten en un porcentaje que se aplica sobre las ventas netas totales de los productos que Embonor y Andina hayan efectuado a los locales de comida rápida de G&N (páginas 9, 11 y 14 de los contratos);

Vigésimo noveno: Que, como se observa de esta somera descripción de algunas características de los contratos, G&N cumple un rol central e irremplazable en cada uno de los distintos ámbitos más relevantes que surgen de las relaciones contractuales entre las diferentes partes. De aquí que, como se ha dicho y se mostrará a continuación, el desistimiento de todas las demandantes en su contra afecta de manera fundamental el análisis de cualquier potencial conducta anticompetitiva que diga relación con tales aspectos, más aún dado que la demanda está basada en la actuación conjunta de los proveedores y G&N;

Trigésimo: Que, en efecto, los Franquiciados acusaron que tanto G&N como algunos de sus proveedores de insumos necesarios para el funcionamiento de los locales de *fast food* (Alifrut, Andina, Embonor y Ariztía), habrían abusado en conjunto de su posición de dominio en el mercado relevante descrito en la demanda por la vía de (i) explotar la relación de dependencia que mantenían con las Demandantes; (ii) cobrarles a éstos precios discriminatorios; e (iii) imponerles precios excesivos. Al respecto, indica que los ilícitos anticompetitivos acusados en autos “*han sido cometidos por los Proveedores Demandados, en conjunto y de acuerdo con el Grupo GYN*” y que “*el rol del Grupo GYN en estos abusos ha sido completamente decisivo*” (fojas 64);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo primero: Que respecto a la explotación de la relación de dependencia, las Demandantes sostienen que, en este caso, se cumpliría con los requisitos para que concurra esta conducta, indicados en la Sentencia N° 21/2005. Allí se señaló que para configurarla es necesario que (i) exista una demanda cautiva producto de la dependencia; (ii) existan barreras a la movilidad en el mercado que genera dicha dependencia; y (iii) exista un aprovechamiento abusivo de dicha relación o que se busque únicamente beneficiar a quienes son parte del contrato de suministro exclusivo, sin perjuicio de quien soporta el costo de estos (consideraciones 8° y 9°);

Trigésimo segundo: Que la relación que vincula a las Demandantes con los proveedores demandados respecto de los cuales continúa este proceso (reiterando, Andina y Embonor) sólo puede ser explicada en razón del contrato que esos mismas Demandantes suscribieron con G&N. Tal como se señaló, es el contrato de franquicia el que establece que G&N negocia los términos de comercialización con los proveedores elegidos por él, lo que, según las Demandantes, los dejaría “*claramente cautivos al tener que obligatoriamente comprar sus insumos principales únicamente a los Proveedores Demandados*” (fojas 69). En otras palabras, una vez firmado el contrato de suministro entre G&N y el proveedor del insumo, el franquiciado no puede cambiar de proveedor directamente, sino que es G&N quien mantiene la opción de hacerlo cada vez que termine un contrato, si otro ofrece mejores condiciones. Así, la relación de los proveedores demandados con las Demandantes existe exclusivamente porque G&N impone condiciones a ambas partes de la relación contractual;

Trigésimo tercero: Que, por lo tanto, cualquier análisis de un eventual aprovechamiento abusivo de la relación proveedor-franquiciados implica necesariamente considerar a G&N conjuntamente con Andina y Embonor, como lo reconoce la propia demandante. Esto significa que no es posible pronunciarse acerca de esta conducta imputada de modo conjunto sin hacerlo acerca de la eventual responsabilidad de G&N, lo que no resulta materialmente posible en atención a los desistimientos presentados. Por esto, la demanda contra los proveedores por esta conducta no puede perseverar;

Trigésimo cuarto: Que en lo que respecta a la segunda conducta imputada, la imposición de precios discriminatorios, las Demandantes señalan que “*los proveedores demandados, actuando de consuno con el Grupo GYN, han cobrado a los franquiciados, en forma sistemática, precios muy superiores a los cobrados a operadores de otras cadenas de comida rápida y restaurantes en*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

general" (fojas 66). De este modo, indican que los precios cobrados por los proveedores (i) no serían objetivos, pues la única justificación de las diferencias con compradores similares es que las Demandantes están obligados por contrato a comprarles sus insumos principales; (ii) no serían transparentes, por cuanto las Demandantes, al firmar sus respectivos contratos, desconocían que G&N habría alcanzado acuerdos con los Proveedores que les permitían cobrar precios superiores a los de mercado; (iii) serían arbitrarios; y (iv) carecerían de justificación económica;

Trigésimo quinto: Que la situación fáctica del proceso es en este caso similar a la antes descrita: el rol de G&N en la relación entre los proveedores demandados en autos y las Demandantes es crucial para determinar si concurre la conducta anticompetitiva imputada. Según se ha visto, los precios pagados por los franquiciados corresponden a aquellos que G&N negoció con cada una de las firmas originalmente demandadas, y equivalen al precio lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento indicado en el considerando vigésimo octavo. Sin embargo, el precio efectivamente recibido por el proveedor es el que aparece en la lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento y menos los aportes variables establecidos en los contratos entre G&N y estos proveedores, también mencionados en el considerando vigésimo octavo ("Precio Neto");

Trigésimo sexto: Que las Demandantes argumentan que los proveedores podrían discriminarlos en el cobro de sus precios precisamente en razón del poder de mercado que les concederían los contratos de franquicia (suscritos entre G&N y las Demandantes), en los que se pactan ciertas obligaciones en virtud de las cuales se le entregaría a cada proveedor el monopolio del mercado de insumos respecto a cada franquiciado ("*el único proveedor posible para toda la cadena de franquicias del Grupo GYN, lo que les permite ejercer en sus mercados específicos un poder monopólico respecto de todos los franquiciados del Grupo GYN*", fojas 57). Sin embargo, el precio que se debe tomar en cuenta para evaluar una eventual discriminación es el Precio Neto. Por tanto, los eventuales problemas en la competencia que se deriven de la diferencia entre este precio y el pagado por los franquiciados a los proveedores requieren un pronunciamiento acerca de la responsabilidad de G&N, ya que tal diferencia depende directamente de la forma en que ésta reparte los aportes variables a los franquiciados;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo: Que, finalmente, respecto a la última conducta imputada, esto es, la imposición de precios excesivos, las Demandantes indican que existirían en autos sólidas evidencias *“que acreditan suficientemente que los Proveedores Demandados, en conjunto con el grupo GYN, han vendido a los Franquiciados sus productos a precios extremadamente excesivos”* (fojas 73). Aseveran que se cumplirían, en este caso, los criterios señalados en la Sentencia N° 140/2014, debido a que (i) existiría posición dominante, la que provendría de derechos esenciales o exclusivos, y (ii) existirían barreras a la entrada altas y no transitorias;

Trigésimo octavo: Que, sin embargo, tal como se indicó en el considerando trigésimo quinto, Embonor y Andina no negocian los precios con las Demandantes, sino que con G&N. Por este motivo, si bien esos proveedores cobran el precio que se imputa excesivo, no tienen injerencia en cómo se reparten sus aportes a G&N al interior de la franquicia. Por estas razones la demanda tampoco puede prosperar por esta acusación. Nuevamente, entonces, el eventual análisis de si dichos precios pudieran ser o no excesivos, requiere analizar el funcionamiento de la franquicia en su totalidad y el rol de G&N en la definición de cada precio y sus efectos en el mercado, cuestión que no es posible atendido los desistimientos presentados;

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 incompetencia absoluta deducida por Andina;
- 2) **RECHAZAR** la excepciones de prescripción y falta de legitimidad opuestas por Andina y Embonor;
- 3) **RECHAZAR** en todas sus partes la demanda presentada por Alimentos Bío Bío SpA, Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Calafquén Limitada, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Peñuelas Limitada, Funfood Limitada, Aromasur S.A. y Sociedad Garay y Compañía Limitada, a fojas 12, en contra de Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A.; y
- 4) **CONDENAR** en costas a las Demandantes, por haber sido totalmente vencidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper y el Sr. Arancibia, si bien estuvieron por rechazar la demanda, difieren en cuanto a la razón principal en que se funda el considerando vigésimo noveno para desestimarla. A sus juicios, el desistimiento de todos los demandantes respecto de G&N sólo afecta de manera fundamental el análisis de las conductas en razón de que fueron atribuidas al obrar “conjunto” de las demandadas. En consecuencia, el carácter conjunto de la imputación no es el factor adicional sino principal que afecta el análisis de las conductas en razón de los desistimientos presentados.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper además difiere en el motivo para rechazar la acusación de precios excesivos. A su juicio y, tal como lo ha sostenido previamente (Sentencia N° 140/2014 y Sentencia N° 93/2010), el solo hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie o sean consecuencia de una conducta abusiva de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 305-16

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales, y el Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.