

Santiago, cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

En estos autos Rol N° 16.604-2018, Sociedad Quiroz y Sinovcic Limitada, Alimentos Bío Bío SpA (ex Alimentos Bío Bío Limitada), Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Peñuelas Limitada, Funfood S.A., Aromasur S.A., Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Calafquén Limitada, y Sociedad Garay y Compañía Limitada, han interpuesto recursos de reclamación en contra de la sentencia dictada con fecha 19 de junio de 2018 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los autos Rol N° 305-2016, y en la que se resolvió lo siguiente:

1) Rechazar la excepción de incompetencia absoluta deducida por Andina;

2) Rechazar las 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.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: LA DEMANDA. Que los antecedentes se inician con fecha 21 de enero de 2016, en que 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 Bio Bio Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Calafquén Limitada, y Sociedad Garay y Compañía Limitada (en adelante "Franquiciados"), dedujeron demanda en contra de Gastronomía & Negocios S.A. (en adelante, "Grupo 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 adelante los "Proveedores"], imputándoles haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 al abusar de su posición dominante, por la vía de ejecutar actos de discriminación arbitraria de precios, explotación abusiva de la relación



de dependencia y cobro de precios excesivos en el mercado de restaurantes de comida rápida, todos los cuales se habrían verificado a través de cobros por insumos vendidos por los Proveedores a precios superiores a los de mercado, y por los pagos efectuados por los Proveedores a G&N a título de rappel, rebates o similares.

Frente a las conductas expuestas en el libelo, los franquiciados solicitaron al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: (i) declarar que los demandados han ejecutado actos atentatorios contra la libre competencia en el mercado relevante, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211; (ii) ordenar el cese inmediato de dichas conductas; (iii) ordenar a los Proveedores vender sus productos a los Franquiciados a precios de mercado, entendiendo por tales aquellos que dichos proveedores cobren a otros compradores que presenten semejantes 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 que afecten a sus franquiciados; (vi) adoptar cualquier otra medida que dicho tribunal estimase necesaria para hacer cesar las conductas denunciadas; (vii) imponer a cada una de las demandadas una multa de 20.000 Unidades



Tributarias Anuales o aquella que dicho Tribunal determinase; y (viii) condenar a las demandadas al pago de las costas.

Segundo: DEFENSAS.

a) Embonor

Que, al contestar, Embonor solicitó el rechazo de la acción, con costas, sosteniendo en síntesis:

a) Que el asunto planteado en la demanda no era un caso de libre competencia, sino que la pretensión verdadera de los franquiciados sería la de participar de las ganancias que G&N obtiene producto de los contratos que celebra con los proveedores.

b) Que no conoce los términos y condiciones en que G&N concede las franquicias, no pudiendo influir en la forma en que en tal modelo de negocios se distribuyen los riesgos y las utilidades.

c) Que en cuanto a su relación con G&N, los términos y condiciones de la relación contractual se encontrarían estipulados en contratos cuya duración es por regla general de tres años, y tales acuerdos son negociados directamente con la franquiciante, la que definiría en qué condiciones se puede ser proveedor de insumos para los franquiciados, y en los cuales sus obligaciones más relevantes serían las de (i) suministrar bebidas y (ii) otorgar aportes, financiar los fondos y conferir descuentos. Tratándose de esta última obligación, tales prestaciones económicas tendrían por



objeto contribuir a las actividades promocionales y publicitarias que realiza G&N, pero respecto de las cuales afirma desconocer y no tener injerencia en cómo ésta se distribuye.

d) Respecto del abuso de posición dominante imputado, indica que como la relación contractual es entre Embonor y G&N, es sólo este último quien podría alegar el supuesto abuso y no así los franquiciados demandantes.

e) En cuanto a la imputación de discriminación de precios, señala que tal acusación es improcedente y carece de fundamentos.

f) Frente a la acusación de explotación abusiva de una relación de dependencia, Embonor indica que tal denuncia no ha sido dirigida en su contra por los franquiciados.

g) Sobre la imposición de precios excesivos que se denuncia, señala que en la demanda no se indica cómo habría incurrido en tal conducta.

h) Además interpone dos excepciones: (i) Prescripción extintiva de la acción, fundada en que han transcurrido más de tres años entre la suscripción del contrato entre ésta y G&N (30 de octubre de 2012) y la fecha de notificación de la demanda de autos (03 de marzo de 2016); (ii) Falta de legitimación pasiva, fundado en que sólo diez de los franquiciados demandantes se encuentran



presentes en los territorios en los que Embonor distribuye sus productos.

b) ANDINA

Al contestar Andina, solicitó el rechazo de la demanda, con costas, y en subsidio, para el caso de acogerse la acción, pidió ser eximida de la multa o bien que le fuese impuesta una menos gravosa, manifestando en síntesis:

a) Que los hechos denunciados sólo se relacionarían con el contrato celebrado entre la franquicia Doggis y Andina, en el que esta 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.

b) Que no ostenta una posición de dominio en el mercado relevante aguas arriba, por lo que es imposible que pueda ejecutar las conductas que le han sido imputadas.

c) 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 denominado "canal Horeca", y en el cual Andina carecería de poder de mercado. Agrega que 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 y, 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 éste es fijado por G&N, por lo que la conducta no generaría ningún efecto anticompetitivo.

d) En cuanto al abuso de relación de dependencia que se le imputa, Andina alega la improcedencia de esta conducta, ya que ésta no constituiría un ilícito diferente de la discriminación de precios. Afirma que de existir una relación de dependencia derivada del contrato, ésta sería entre G&N y los franquiciados y no incluiría a Andina.

e) Interpone, además, diversas excepciones: (i) Incompetencia absoluta del Tribunal, pues estima que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no sería competente para juzgar un conflicto comercial -distribución de beneficios dentro de la franquicia- el que debe ser resuelto en sede civil; (ii) Falta de legitimación activa de algunos de las demandantes para accionar en contra de Andina; (iii) Falta de legitimación pasiva respecto de algunos de los franquiciados; (iv) Prescripción extintiva de la acción, pues habrían transcurrido más de tres años entre 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.



c) G&N.

Al contestar G&N, solicitó el rechazo de la demanda, con costas, manifestando en resumen:

a) Que la demanda no tendría por objeto denunciar conductas anticompetitivas sino que tendría un fin puramente redistributivo de rentas entre las partes en la relación de franquicia, lo que se alejaría por completo de los fines a los que está llamado a proteger el derecho de la libre competencia.

b) Que la acción carecería de fundamento, incluso desde una perspectiva civil, pues desconocería 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.

c) Que el franquiciante y los franquiciados deben ser considerados como una estructura vertical de producción, en la que 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 y, en tal sentido, los negocios operados conforme a esta estructura 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 franquiciante es maximizar el beneficio obtenido al sumar los dos



segmentos (franquiciados y proveedores), pudiendo existir subsidios cruzados.

d) Que dentro de las obligaciones que contrae el franquiciado se encontrarían, en general, el pago de un fee inicial; un derecho mensual por servicios que corresponde al 5% de las ventas mensuales netas de cada local; y el 2% de las ventas mensuales del local al pago por derechos de publicidad. Además, expresa 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 G&N, todos los insumos alimenticios, ingredientes y otros destinados a promover y mejorar la imagen de la marca en cuestión. Con todo, si un franquiciado desea adquirir los productos de un proveedor que no se encuentre previamente autorizado, puede efectuar una solicitud en tal sentido.

e) Que en sus relaciones contractuales con los franquiciados, se establecen diversas incompatibilidades y conflictos de intereses, entre las cuales se consigna la prohibición para que aquellos compitan en la producción o venta de los productos comercializados en sus respectivos locales, por un período de 18 meses contado desde la terminación de la franquicia, afirmando que este tipo de cláusulas habrían sido validadas por la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



f) G&N detalla su relación particular con los proveedores demandados, y expresa que negocia con cada uno de ellos, teniendo siempre 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 realizan a la franquiciante, afirmando que este tipo de ingresos sería absolutamente lícito y forma parte de su modelo de negocios, sin afectar la libre competencia. Agrega que desde el punto de vista de los proveedores, tales pagos corresponderían a una inversión que éstos realizan en el canal de comercialización de sus productos.

g) En cuanto a las conductas que le son imputadas, G&N afirma la inexistencia del abuso de posición dominante, ya que no tendría posición dominante de la cual abusar ni de manera conjunta ni individual. Con todo, aun asumiendo la presencia de tal posición, esta 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.

h) Interpone, además, las siguientes excepciones:



(i) prescripción extintiva, ya que los franquiciados habrían tomado conocimiento de los hechos denunciados hace aproximadamente seis años; (ii) y, en caso que no proceda la excepción anterior, la prescripción parcial.

i) Finalmente, solicita el rechazo de las peticiones de carácter redistributivo y de regulación de precios efectuadas en la demanda dirigida en su contra, como también el rechazo de la imposición de toda multa, por estimarla improcedente.

d) Alifrut.

En la contestación de la demanda, Alifrut, solicitó el rechazo de la misma, con costas, manifestando en síntesis:

a) Que se trataría de un conflicto civil, ajeno a eventuales infracciones a la libre competencia.

b) Que con G&N celebró varios contratos en los cuales éste se obligó a que sus franquiciados compraran los productos comercializados por Alifrut y, a su vez, esta última se obligó a pagar un porcentaje de las ventas netas efectuadas al conjunto de dichos franquiciados, siendo ésta la única relación que le sería oponible, ya que -según afirma- Alifrut sería totalmente ajena a las relaciones que existen dentro de la asociación empresarial, conformada por G&N y sus franquiciados, no empeciéndole ni teniendo injerencia en el destino de las remuneraciones y contraprestaciones que le paga a G&N.

c) Que en los mercados en los que participa carece de



poder de mercado, menos aun tratándose de la asociación empresarial compuesta por G&N y sus franquiciados.

d) Que no ha cometido las conductas que le son imputadas.

e) Que no concurren los requisitos que permiten dar por acreditada la supuesta explotación abusiva de una situación de dependencia que invocan los franquiciados, dado que no existiría una demanda cautiva producto de la dependencia impuesta por las condiciones objetivas del mercado, sino que, por el contrario, ello obedece al consentimiento libre de las demandantes.

f) Con respecto a la acusación sobre cobro de precios discriminatorios, expresa que no es efectivo, dado que éstos habrían sido definidos por G&N, a quien los franquiciados habrían facultado para la labor de determinar los proveedores.

g) Finalmente, Alifrut opone las siguientes excepciones: (i) la de falta de legitimación pasiva; y (ii) la acción de los franquiciados se encontraría prescrita.

e) Ariztía

Al contestar la demanda, Ariztía solicitó el rechazo de la misma, con costas, expresando en síntesis:

a) Que lo planteado en la demanda no es materia de libre competencia, sino que mediante este proceso los franquiciados buscan que G&N redistribuya los ingresos que recibe de una forma más beneficiosa para con ellos.



b) Que los hechos imputados en gran medida le son desconocidos e inoponibles, pues no tendría influencia alguna sobre los términos y condiciones establecidos en los contratos de franquicia.

c) En cuanto al rappel pagado a G&N, afirma que éste sería menor al que la franquiciante exige a otros actores del mercado.

d) Que no ha cometido ninguno de los ilícitos imputados, pues no goza de una posición dominante en el mercado. Asimismo, afirma que no habría incurrido en discriminación de precios ni cobros excesivos, ya que el precio del producto que fabrica, al ser un insumo especial, no puede compararse con el precio de venta de la generalidad de los productos de similares características. Afirma que tampoco ha abusado de una relación de dependencia, y que además las conductas imputadas no han producido o tendido a producir ningún efecto dañino para la competencia.

e) Opone, además, las siguientes excepciones: (i) falta de legitimación activa de Aromasur S.A., Alimentos Calafquén Ltda. 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; (ii) 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; (iii) En subsidio, opone la excepción de prescripción, pues afirma que los franquiciados habrían conocido los hechos hace seis años.

Tercero: Que corresponde tener presente, además que a fojas 2234, 2360 y 4113, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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, Sociedad de Inversiones Bochan Limitada, Sociedad Administradora Franquicias del Sur Limitada, Comercial Quinta Limitada; ii) Inversiones Duval y Fernández Limitada; y iii) Alimentos Selman y Aravena Limitada, respectivamente.

Por su parte, a fojas 4423 y 4986, tuvo por desistidas, pero sólo respecto de G&N, a las demandantes: i) Alimentos Calafquén Limitada, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada y Alimentos El Belloto Limitada; y, ii) Alimentos Frontera Limitada, Funfood Limitada (ex Funfood S.A.), Aromasur S.A., Alimentos Bío Bío Spa (ex Alimentos Bío Bío Limitada), Alimentos Isaoba Limitada y Sociedad Garay y Compañía Limitada.

Finalmente, a fojas 5010 y 5300, tuvo por desistidas, pero sólo respecto de Alifrut y Ariztía, a las demandantes Alimentos Bío Bío Spa (ex Alimentos Bío Bío Limitada),



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 (ex Funfood S.A.), Aromasur S.A., y Sociedad Garay y Compañía Limitada.

Cuarto: Que en la sentencia impugnada, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en primer lugar, aborda la alegación esgrimida por Andina, referida a la incompetencia de ese tribunal para conocer y resolver la demanda de autos, rechazándola. Para adoptar tal decisión, sostiene que no obstante que el conflicto sometido a su conocimiento nace de una relación comercial sustentada en la celebración de contratos de franquicia entre las partes, igualmente puede dar origen a problemas de libre competencia. Por lo demás, las demandantes no enmarcan su acción en el incumplimiento de obligaciones contractuales, sino precisamente en eventuales infracciones a la libre competencia derivadas de las relaciones comerciales que las vinculan con las demandadas. Por ello, corresponde que los ilícitos imputados sean conocidos y juzgados en esa sede, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. N° 211.

Continúa refiriéndose a las excepciones de prescripción extintiva de la acción, deducidas por Embonor y Andina, rechazándolas. Para ello, argumenta, que si bien habrían transcurrido más de tres años desde la fecha de ejecución de las conductas denunciadas y la notificación de



la demanda, a ambos demandados se les notificó una medida prejudicial preparatoria con fecha 27 de agosto de 2015, es decir, dentro del plazo de tres años exigido, debiendo entenderse la expresión "demanda", en términos amplios.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación activa, alegada por Andina respecto de las demandantes Aromasur S.A. y Alimentos Calafquén Limitada, por carecer estas últimas de la calidad de sujeto pasivo de la conducta acusada al no haber operado la franquicia Doggis al momento de la interposición de la demanda, el tribunal rechaza tal alegación, pues la demanda no se refiere únicamente a los locales de esa marca Doggis, sino también a otras marcas.

Respecto de la alegación de Andina, referida tanto a su propia falta de legitimación pasiva como a la falta de legitimidad activa de Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada y Alimentos Bío Bío Spa, por no operar comercialmente en el territorio en el que están ubicados los locales de estas últimas, lo que además sería extensible a las otras demandantes en atención a que la conducta imputada se refiere a la relación comercial y contractual entre éstas y G&N, el Tribunal la rechaza, fundado en que la conducta acusada no dice relación con un territorio determinado, sino con todo el territorio nacional y la ausencia de operaciones de la demandada en cierto territorio únicamente es relevante para determinar la eventual extensión del



ilícito, en caso de ser acreditado.

En relación a aquella argumentación relativa a que la conducta imputada se referiría sólo a la relación comercial y contractual entre las demandantes y G&N, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también la rechaza, atendido que lo imputado es el abuso de una posición dominante conjunta en una relación jurídica material que comprende tanto al franquiciante como a otros agentes económicos, entre los que se encuentra Andina, lo que la hace legitimada pasiva.

Por los mismos argumentos, el tribunal rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Embonor.

Asentado lo anterior, el Tribunal procede a hacerse cargo de las alegaciones de fondo del asunto, formuladas por las demandantes, señalando que si bien el proceso de libre competencia tiene por objeto la protección de un interés público y que el desistimiento en esa sede no constituye un equivalente jurisdiccional que extinga la eventual responsabilidad de los demandados en los hechos, la circunstancia de que algunos de los franquiciados se desistieran totalmente de la demanda y, otros tantos, se desistieran de ella sólo respecto de G&N, Alifrut y Ariztía, impide juzgar la eventual responsabilidad de éstos en los ilícitos imputados, debido a la ausencia de partes acusadoras, pero no por extinción de su posible



responsabilidad.

En razón de lo expuesto, el tribunal procede a analizar las imputaciones efectuadas a Embonor y Andina, sobre quienes subsiste la demanda por parte de algunos de los franquiciados.

En este sentido, el tribunal se refiere a los distintos contratos de franquicia agregados a los autos y también a aquellos de suministro y actividades de marketing celebrados entre G&N y los proveedores demandados, concluyendo que en todos ellos G&N cumple un rol central e irreemplazable, atendido que la demanda está basada en la actuación conjunta de los proveedores con este último. De esta forma, en lo que respecta a la primera imputación, esto es, la de un aprovechamiento abusivo de la relación entre proveedores y franquiciados, resulta imposible pronunciarse sobre esta conducta imputada a los actuales demandados, sin hacerlo también respecto de G&N, sobre quien, como ya se señaló, todos los franquiciados desistieron su acción. Por tal razón, a juicio del tribunal recurrido, la demanda en este aspecto no puede perseverar.

En relación a la segunda conducta imputada, cual es, la imposición de precios discriminatorios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hace el mismo análisis anterior, expresando que el Rol de G&N en la relación entre los proveedores demandados y las demandantes es determinante para establecer si concurre o no el ilícito



imputado. Conforme a ello, concluye, que de los distintos contratos analizados se desprende que Embonor y Andina no negocian los precios con las demandantes, sino que directamente con G&N. Por ello, si bien estos proveedores cobran un precio que puede imputarse excesivo, no intervienen en la repartición de sus aportes a G&N al interior de la franquicia. En este sentido, los precios pagados por los franquiciados corresponden a aquellos que G&N negoció con cada uno de los inicialmente demandados, y equivalen al precio lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento establecido en los respectivos contratos celebrados entre éstos y G&N. No obstante, el precio que los proveedores reciben es el que aparece en la lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento y los aportes variables establecidos en los respectivos contratos (Precio Neto), razón por la cual, a juicio del tribunal, la demanda tampoco puede prosperar en este aspecto, pues es indispensable analizar el funcionamiento de la franquicia en su totalidad, en conjunto con la actuación de G&N, para determinar si un precio puede o no ser excesivo, lo que atendido a los desistimientos presentados, no resulta posible.

Quinto: Que Sociedad Quiroz y Sinovcic Limitada denuncia que el fallo impugnado evitó pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, al estimar erróneamente la existencia de un



ilícito anticompetitivo de carácter plurisubjetivo donde habría un litisconsorcio pasivo necesario entre G&N y los proveedores, debiendo los demandantes haber deducido y persistido en la demanda respecto de todos los demandados y no transigir con algunos y continuar la acción respecto de otros.

Expresa que la figura de litisconsorcio necesario es excepcional y la sentencia recurrida no alude a ninguna norma jurídica para fundar tal argumento y de la que se desprenda dicha exigencia. En este sentido, existen todos los elementos para determinar la responsabilidad de Andina y Embonor respecto de los ilícitos imputados, esto es, un mercado relevante determinado, una posición dominante por parte de los demandados en tales mercados y una conducta ilícita precisa.

Agrega, que el abuso de posición dominante es siempre individual, por lo que los demandantes podían perfectamente dirigir su acción en contra de algunos y no todos los partícipes del ilícito. Asimismo, alega que el TDLC debió analizar la conducta de G&N para determinar las responsabilidades de los actuales demandados, cuya posición dominante poseían incluso antes de celebrar el acuerdo con G&N.

Concluye, que este error infringe el principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia y conlleva a la impunidad de las demandadas respecto de los hechos



denunciados, lo que además no se condice con el objeto de este tipo de procedimientos, reconocido por el propio tribunal recurrido, cual es, la protección de un interés público, indisponible por las partes.

Como segundo reproche, manifiesta que la sentencia reclamada omitió pronunciarse sobre la concurrencia del ilícito de discriminación de precios, no obstante que los antecedentes agregados al proceso permiten tener por acreditadas todas las exigencias para entender configurada la conducta denunciada, esto es: i) los precios cobrados por Andina y Embonor a los franquiciados no son objetivos, sin que la sentencia impugnada descartara el hecho que tales proveedores han cobrado a los franquiciados precios superiores a los que cobran a otros operadores de restaurantes de comida rápida; ii) los precios tampoco son transparentes, pues los aportes variables que inciden en la determinación del precio neto que los proveedores reciben, sólo fueron conocidos por los franquiciados con motivo de la medida prejudicial precautoria de exhibición de documentos que precedió a la demanda; iii) los precios además son arbitrarios, pues los proveedores demandados no acreditaron, conforme al estándar exigido, aquellos argumentos que justificarían los numerosos pagos millonarios que realizaron en favor de G&N; iv) los precios cobrados, finalmente, carecen de una justificación económica que los legitime.



Como siguiente error, alega que la sentencia reclamada no declara que las demandadas cobraron precios excesivos a los franquiciados, no obstante que la prueba rendida permite acreditar que Andina y Embonor cobraron precios considerablemente mayores a éstos, en razón de su alto poder de mercado y posición dominante, incluso superiores al 50% de los que pagan sus competidores.

Finalmente, reclama la condena en costas impuesta por la sentencia reclamada a las demandantes y a él, como tercero coadyuvante, no obstante haber tenido motivo plausible para litigar y no haber resultado totalmente vencidos, considerando que varias de las excepciones opuestas por la demandadas fueron expresamente rechazadas.

Por las razones expresadas solicita declarar que Andina y Embonor han ejecutado actos contrarios a la libre competencia consistentes en abusos de posición de dominio, discriminación de precios, abuso de posición de dependencia y/o precios excesivos; que dichos proveedores deben cesar de inmediato en las conductas anticompetitivas denunciadas y éstas sean prohibidas en el futuro por atentar en contra del artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211; y que se condene a Andina y Embonor a la multa que se estime pertinente, con costas.

Sexto: Que en un tenor similar a lo afirmado por el reclamante anterior, Alimentos Bío Bío Spa, Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos



Peñuelas Limitada, Funfood S.A., Aromasur S.A., Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Calafquén Limitada y Sociedad Garay y Compañía Limitada denuncian que la sentencia impugnada estimó erróneamente la existencia de un ilícito anticompetitivo de carácter plurisubjetivo donde existiría un litisconsorcio pasivo necesario entre G&N y los proveedores. En este sentido, afirman que, por regla general, en la persecución de un ilícito de cualquier índole, no existe una sola pretensión respecto de todos los responsables sino que ésta es individual y separada respecto de los demás. La decisión no es única para todos los actores, sino que existe una decisión para cada demandado, atendiendo el grado de reprochabilidad de su conducta.

Asimismo denuncia como error de la sentencia reclamada el no haber analizado la conducta de G&N, pues es perfectamente posible constatar hechos respecto de terceros que a su vez sean determinantes para configurar la existencia de un abuso de posición dominante, sin que sea necesario el juzgamiento de éstos. Funda tal alegación en pronunciamientos anteriores del TDLC en tal sentido, debiendo el tribunal, en consecuencia, resolver la responsabilidad de los demandados, aun cuando hayan tenido participación en los hechos terceros ajenos al proceso, respecto de los cuales los demandantes desistieron su



acción.

Como siguiente reproche, alega que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió sancionar a las demandadas incluso sin necesidad de analizar la conducta de G&N, fundándose para ello en que el informe económico de Andina parte de la base que los demandados gozan de una posición dominante en sus respectivos mercados relevantes, lo que además es un hecho público y notorio. En tales mercados, los franquiciados participan como clientes, por lo tanto, perfectamente pueden ser víctimas de abusos de posición dominante por parte de ambas empresas, sin necesidad de que participe G&N. Por lo demás, dicha posición era una realidad ya dada y reconocida por las demandadas.

Finalmente, denuncia como error grave el que la sentencia recurrida haya creado una causal de extinción de responsabilidad infraccional fuera de la ley, pues no obstante reconocer expresamente que podría estar frente a actos anticompetitivos, optó por no analizar la conducta reprochada a Andina y Embonor, dejándolos libre de toda sanción en base a los desistimientos presentados respecto de G&N. Agrega que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene facultades para exonerar de responsabilidad *prima facie* y sin causal legal a un demandado, y sólo puede hacerlo sobre la base de un proceso legalmente tramitado, donde no haya sido posible acreditar



la responsabilidad del demandado. Ello, afecta gravemente la posibilidad de celebrar equivalentes jurisdiccionales a futuro en el caso de ilícitos plurisubjetivos, dado que, por un lado, provoca incertidumbre para el demandante respecto de los efectos de su acción en contra de los demás ejecutores de la conducta y, por el otro, fuertes desincentivos para que este tipo de acuerdos se celebren.

Para argumentar la existencia de los abusos de posición dominante por parte de Andina y Embonor, las reclamantes aluden a las características de los contratos de franquicia celebrados con G&N y su importancia para resolver el fondo del asunto, pues éstos acreditan aquella obligación impuesta a los franquiciados en orden a comprar insumos únicamente a los proveedores demandados, lo que da cuenta que tal exclusividad emana de la relación de franquicia y no del contrato de distribución que vincula a los proveedores y G&N. En consecuencia, la posición de éstos sería la de un monopolista asignado, dado que impide a los franquiciados vender productos a los consumidores finales a un precio distinto del que se les impone.

Luego exponen que en el proceso pudo acreditarse que Andina y Embonor participan en tres mercados secundarios relevantes, estos son, el de las bebidas carbonatadas; el de los jugos y néctares; y el de aguas minerales.

En cuanto al poder de mercado de estos proveedores, expresan que su posición dominante fue reconocida por la



Fiscalía Nacional Económica en el mercado de bebidas carbonatadas de Chile, con ocasión del requerimiento interpuesto en su contra el año 2011. Asimismo, aluden a su alto porcentaje de la participación en el mercado, superior al 60%.

En relación a la discriminación de precios denunciada, manifiestan, en términos similares a los expuestos por el tercero coadyuvante, que Andina y Embonor han exigido precios superiores a los cobrados a otros operadores de cadenas de comida rápida, sin que pudieran acreditar que los franquiciados hubieran recibido los demás aportes entregados por los demandados a G&N. Es más, son los mismos franquiciados quien terminan financiando esos aportes, sin recibir ningún beneficio a cambio.

Asimismo, expresan que tales precios no son objetivos, lo que quedó acreditado con los documentos, informes y testimonios que detalla; tampoco son transparentes, pues el contenido de los aportes y fondos, fueron conocidos por los franquiciados únicamente con motivo de la medida prejudicial preparatoria que precedió a la demanda; son arbitrarios, pues los demandados justifican los millonarios pagos efectuados sistemáticamente a G&N, en razón de "prestaciones publicitarias" que nunca se han verificado, es más, se acreditó que son los mismos demandantes quienes financian tal publicidad; carecen de justificación económica suficiente, pues ninguna de las pruebas



acompañadas permite explicar los mayores precios pagados por los franquiciados. Todo ello ha tenido como consecuencia una afectación sustancial en la competitividad de los franquiciados, forzando a muchos a salir del mercado, pues los altos precios cobrados por los insumos aumentaron sus costos al nivel de hacer inviables sus operaciones.

En lo que respecta a la explotación abusiva de la relación de dependencia que tienen los franquiciados con los proveedores demandados, exponen que en el proceso quedó acreditada la concurrencia de los requisitos para configurar tal ilícito, dado que existe una demanda cautiva producto de la dependencia, lo que se manifiesta en el hecho que el franquiciado se obliga a comprar únicamente a los proveedores autorizados o designados por la franquiciante. Asimismo, existen barreras de movilidad que generan esta relación de dependencia, tanto de entrada como de salida, pues por un lado los franquiciados deben efectuar una importante inversión inicial que es soportada única y exclusivamente por ellos, y por el otro, no tienen posibilidad de disponer con libertad de sus activos destinados a la operación de la franquicia, lo que da lugar a aprovechamientos abusivos.

Refiriéndose al cobro de precios excesivos denunciado, las reclamantes estiman que la prueba rendida permite tener por acreditado de manera clara y concluyente, que los



demandados sólo en virtud de su alto poder de mercado y posición dominante, cobraron precios significativamente mayores a los franquiciados, lo que sin embargo la sentencia recurrida evadió, fundándose en la imposibilidad de hacer este análisis como consecuencia de los desistimientos de los franquiciados respecto de G&N.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, estiman que es improcedente, pues resulta indiscutido que los Franquiciados tenían un motivo plausible para litigar y no puede afirmarse que éstos hayan resultado totalmente vencidos, pues si bien la demanda fue rechazada, también fueron desestimadas las excepciones de incompetencia del tribunal, prescripción y faltas de legitimidad.

Conforme al mérito de estos antecedentes pide que se declare que Andina y Embonor han ejecutado los actos contrarios a la libre competencia señalados; que se ordene a tales demandados el cese inmediato de dichas conductas, prohibiéndolas para el futuro por atentar en contra del artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211; y que se les imponga la multa que se estime pertinente, más costas.

Séptimo: Que de lo hasta ahora expuesto, se concluye que no es posible entrar a dilucidar la existencia de un ilícito anticompetitivo sin que de forma previa exista un pronunciamiento de fondo acerca de las materias que han sido puestas en conocimiento del Tribunal, puesto que, no obstante la existencia de las transacciones y



desistimientos de algunos de los recurrentes, entre los cuales se alegó la existencia de litis consorcio pasivo, no anuló el vigor de los hechos denunciados, toda vez que ellos pueden afectar únicamente a la calidad de parte, mas no los bienes jurídicos que resultan indisponibles, según se ha expuesto, y que deben ser materia de una resolución conforme a derecho. Su característica esencial es que son de orden público, enmarcadas en la protección del interés general de los consumidores y no el individual de las partes que suscriben los acuerdos, la denuncia planteada acerca de su infracción queda sin una resolución que importe la terminación del proceso.

Cabe señalar que la doctrina especializada considera que el orden público representa el orden del Estado, es decir, una cierta organización necesaria para su buen y regular funcionamiento. (COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri; Curso Elemental de Derecho Civil, Madrid, 1952, p. 256). Planiol, por su parte, señala que a pesar que una ley sea de derecho privado puede ser, sin embargo, de orden público, lo que sucederá todas las veces que la disposición de la ley está inspirada en la consideración de un interés general que se encontraría comprometido si los particulares pudieran impedir libremente la aplicación de la ley. (PLANIOL, Marcel; "Traite Elementaire de Droit Civil", Libraire Generale de Droit & Jurisprudence, Tomo I, París, p. 290 a 294).



La circunstancia que los hechos denunciados, trasciendan la disputa entre franquiciante y franquiciado impide abdicar de la función que tienen los Tribunales que imparten justicia, ya que al tratarse de materias de orden público, el objeto del procedimiento es la tutela de sus elementos esenciales. La renuncia a esta labor infringe el principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, circunstancia que además no se condice con el objeto de este tipo de procedimientos, como por lo demás, reconoce el propio tribunal recurrido admitiendo que la protección de un interés público resulta indisponible por las partes.

A ello se agrega la circunstancia que en el reclamo se refiere a un ilícito anticompetitivo, se endereza a reprochar la conducta de varios sujetos unidos procesalmente bajo el régimen Litis consorcio pasivo necesario, es decir como se ha dicho "*entre partes directas y de terceros en ciertos casos, que ocupan una situación conexa o afín*" (Enrique Paillas Peña, "El litisconsorcio", Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, N° 11 año 1976, págs. 68 a 78). En el supuesto enjuiciado esta comunidad jurídica asentada sobre supuestos fácticos y jurídicos similares, se produce entre el franquiciante y los proveedores por los motivos que se han expuesto en este fallo, al no existir en la especie una única titularidad pudiendo afectar por extensión o de forma refleja los efectos del fallo que se dicte en esta causa.



En este orden de ideas, si las referidas conductas de sujetos procesales que han intervenido en los mismos hechos terminan para algunos, pero se mantienen vigentes para otros que no han dispuesto del objeto del proceso, todas ellas deben ser resueltas a través de una única sentencia y en ningún caso de forma separada terminando el proceso como si fuera de interés privado. Enfrentados a una situación jurídica común, la ausencia de pronunciamiento se torna inexcusable y exige ser subsanada por esta magistratura no a través de decisiones parciales, sino que -acogiendo el reclamo al tenor de lo expuesto, en los considerandos que preceden.

Octavo: Que así las cosas y en razón de todo lo expuesto, esta Corte actuará de oficio, dejando sin efecto lo obrado en estos antecedentes desde la dictación de la sentencia definitiva, atendido que ha existido en ella una grave omisión, al faltar pronunciamiento sobre una cuestión esencial para la adecuada resolución del conflicto, según se ha razonado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, **se anula de oficio** la sentencia dictada en esta causa y, en consecuencia, se dispone que vuelvan los autos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de que jueces no inhabilitados emitan un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión



deducida, atendida su naturaleza y la posición de los reclamantes e intervinientes.

Atendido lo resuelto, se hace innecesario emitir pronunciamiento respecto de los recursos de reclamación interpuestos.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dispondrá lo necesario para emitir pronunciamiento en el plazo de noventa días hábiles.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Prado.

Rol N° 16.604-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Vivanco por estar en comisión de servicios. Santiago, 05 de diciembre de 2019.



En Santiago, a cinco de diciembre de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

