

Santiago, ocho de abril de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N°9361-2019, se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones presentadas por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE), Cencosud S.A., SMU S.A., Walmart Chile S.A., la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile y la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, todas en contra de la sentencia de veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que acoge el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las tres requeridas, declarando que ellas infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011. Como consecuencia de lo anterior, condena al pago de una multa de 5.766 Unidades Tributarias Anuales (UTA) a Cencosud; 3.438 UTA a SMU y 4.743 UTA a Walmart, además de imponerles la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, que deberá contemplar como mínimo las acciones detalladas en el cuerpo de la decisión.



Finalmente, se condena en costas a Cencosud S.A. y SMU S.A. por haber sido totalmente vencidas.

Los antecedentes se inician con el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, donde explica que tomó conocimiento de posibles conductas anticompetitivas de las requeridas en la venta minorista de la carne de pollo, a propósito de la investigación previa a Agrosuper, Ariztía, Avícola Don Pollo y la Asociación de Productores Avícolas de Chile. Asevera que las empresas Cencosud S.A., SMU S.A., Walmart Chile S.A., entre 2008 y 2011, en forma colectiva y por medio de sus proveedores comunes, observaron y exigieron que sus competidores aplicaran una regla que buscaba impedir la venta de pollo fresco en supermercados bajo su costo de adquisición mayorista, actuando bajo el conocimiento de que su competencia se encontraba sujeta a la misma regla, siendo activos en monitorear los incumplimientos, por la vía de solicitar al proveedor común que interviniera cuando el precio estaba por debajo. Añade que se trataba de una práctica concertada para regularizar el mercado y así evitar guerras de precios, considerando que el pollo fresco comercializado por Agrosuper, Ariztía y Don Pollo tiene un único valor de lista mayorista y el acuerdo fue no vender bajo aquella cifra.

Por otro lado, los precios de venta al público fueron monitoreados por cada una de las requeridas, comparándolos con su competencia. Ello era en Cencosud y Walmart



controlado por el área de pricing que luego lo enviaba al área comercial y así, cuando una competidora vendía bajo el costo, se reclamaba a los proveedores comunes para que ellos gestionaran la elevación de precio. En otras palabras, las requeridas asumían que los proveedores actuarían como intermediarios, regularizando el precio de la competencia e incluso supeditando el abastecimiento o la realización de promociones al acatamiento de la regla. En este sentido, las requeridas no fijaron sus precios libremente, sino que adhirieron a un esquema común que les confirió más del 91% del poder de mercado en las ventas de pollo fresco.

Las conductas anteriores, en concepto del órgano administrativo, configuran una infracción al artículo 3° inciso 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N°211.

En cuanto al mercado relevante, explica que las tres principales cadenas tienen, al año 2011, un 92% del mercado, aglutinando un poder significativo por la existencia de fuertes barreras de entrada.

Explica que existen hoy dos mercados distintos: el vínculo entre el proveedor y el supermercado y aquel entre el supermercado y el consumidor. Los consumidores se abastecen de varios productos y no deciden donde comprar en función de un precio individual, de modo que el poder del mercado se ejerce respecto de uno o más productos. En este caso, el mercado relevante afectado se limita sólo a la



comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a consumidores finales, puesto que este producto es de aquellos en que sí se compite por el precio, dado que atrae clientes que luego compran otros bienes y, por tanto, hay incentivos para su venta bajo el costo.

En cuanto al mercado geográfico, lo anterior se extiende a todo el territorio nacional.

Solicita, finalmente, tener presente que Walmart ya ha sido condenado con anterioridad por infracciones a la libre competencia.

Por todo lo señalado, estima que corresponde aplicar a cada una de las requeridas una multa de un 10% sobre las ventas para cada uno de los años incluidos en la imputación, lo cual supera el monto máximo de 30.000 UTA contemplado en el Decreto Ley N°211. En definitiva, solicita que les sea impuesto un castigo pecuniario de 30.000 UTA, además de ordenar el cese inmediato de las prácticas, con costas.

A fojas 67 se hace parte la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (en adelante Conadecus), quien señala que los hechos infraccionales no se limitan a la carne de pollo fresco, existiendo antecedentes que dan cuenta de otros productos como carne de cerdo, carne de pavo, vinos, entre otros, razón por la cual exige se sancione a las requeridas con el máximo de las multas contempladas en el Decreto Ley N°211.



A fojas 222 Walmart S.A. contesta el requerimiento, negando la comisión de cualquier ilícito, en cualquier período.

Explica que lo acusado es la reacción propia de algunos colaboradores que, habiendo adquirido productos a cierto costo, procuran que la empresa los venda a un precio final superior. Eso es una conducta natural del mercado, se busca no sufrir pérdidas, de modo que no puede imputarse a este respecto una práctica concertada. Por el contrario, la venta bajo costo puede esconder estrategias exclusorias que el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sancionado. En este sentido, la actitud de los trabajadores reclamando en ciertos momentos que sus costos de adquisición no permitían mantener precios competitivos, es una reacción esperable, sin perjuicio de reconocer la existencia de correos puntuales con expresiones que denomina "poco felices", pero sin que de ellos pueda construirse un concierto que, en realidad, no existe.

Añade que Walmart Inc tomó control de D&S en el año 2009 y, desde esa fecha, ha reforzado el respeto a la libre competencia, con políticas que cumplen estándares internacionales, que incluyen capacitaciones a sus colaboradores sobre la ilicitud de cualquier coordinación. En esta parte, el requerimiento no es detallado sobre la estructura organizacional de Walmart o los incentivos para la actuación que se imputa, puesto que lo único que ha



hecho la empresa es mantener precios bajos al público y conseguir costos lo más competitivos posibles.

Asevera que, en tanto su finalidad corporativa es asegurar la oferta más atractiva y, a la vez, obtener una rentabilidad razonable, hay dos áreas en la compañía, una que se relaciona con los proveedores, define costos, descuentos y el surtido de productos; la segunda es el área de pricing que determina los precios de los productos, sin injerencia alguna de los compradores. En este caso, se imputa a los compradores haber incurrido en conductas en la fijación de precios, mientras que ellos no toman esas decisiones.

En razón de lo señalado, el contenido del requerimiento no corresponde a la realidad, puesto que desde 2009 la estructura organizacional de la compañía se opone a la materialización de la presunta regla.

Agrega que el área de pricing trabaja con objetivos por canasta y no por cada producto, de modo que no se establece el precio de cada pollo fresco en relación al competidor, sino en relación a una canasta. Para tal efecto, se hace necesario contar con la información de precios de venta de los competidores y del mercado en general, función que cumple la empresa Nielsen, que hace estudios de mercado sobre la base de información pública, los cuales se reciben todos los lunes, conteniendo la información sobre precios, tomada el jueves anterior, esto



es, se trata precios promedio rezagados, entonces no es posible controlar el cumplimiento de la regla que señala la FNE.

En cuanto al mercado relevante, el requirente omite cualquier consideración a las empresas aguas arriba, que fueron condenadas por existir un acuerdo que ahora pareciera ser irrelevante. En este orden de ideas, no tiene sentido que los productores ya coludidos hubieren actuado como facilitadores de un acuerdo entre los supermercados para los mismos bienes, puesto que ello no tendría utilidad alguna. La relación normal con el proveedor es una pugna, sobre todo considerando que esos proveedores actuaban a través de un cartel. Cuando los tomadores de precio advirtieron que el competidor tenía precios más bajos que el costo al cual adquiriría Walmart, los compradores interactuaron con el proveedor para mejorar su posición en el mercado, eso es un actuar independiente que descarta la práctica concertada.

También corresponde tomar en consideración, por una parte, que el pollo congelado es un sustituto, de modo que se debía atender al rol que Walmart jugó en la importación de ese producto, lo cual no concuerda con una práctica concertada; por otra, tampoco se razona en torno a la existencia de negociaciones anuales, promociones, descuentos especiales negociados con el proveedor o la evolución de las participaciones de mercado.



Asegura que para que su negocio sea rentable, la mayoría de sus productos son vendidos sobre su costo. En ocasiones ha vendido bajo el costo como estrategia de posicionamiento y eso ha sido validado por el tribunal.

Luego de analizar en detalle los correos electrónicos que sustentan la postura de la FNE, asegura que no hay prueba de contactos entre Walmart y sus competidores, como tampoco un patrón en el tiempo o una reiteración de voluntades. En esta materia, el estándar probatorio es particularmente estricto puesto que se requiere algo más allá del intercambio de información entre distribuidor y proveedor; debe probarse la entrega de información futura de precios de un distribuidor a otro por intermedio de ese proveedor y su uso efectivo para adoptar un comportamiento determinado, de lo cual no hay evidencia respecto de la empresa. Todo lo anterior da cuenta que Walmart no fue ejecutor de una conducta contraria a la libre competencia, sino que fue una afectada directa; los proveedores tenían interés en que el precio de venta al público no fuera inferior al precio de lista, para garantizar la estabilidad de su propio cartel, pero esos intentos chocaron contra la política de este supermercado, de defender su libertad para fijar precios.

Walmart ha satisfecho todo lo que le es exigible para el cumplimiento de las normas de libre competencia, tiene una gerencia de cumplimiento; ha exigido a sus



colaboradores cuidar el lenguaje; ha establecido que sea la unidad de pricing quien fije los precios y no los compradores; implementó Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Marcaderías y Acuerdos Particulares Complementarios que regulan sus relaciones comerciales. Luego, con la toma de control de D&S por parte de Walmart, se estableció un programa de cumplimiento, nombrándose un oficial de cumplimiento, con capacitaciones masivas y otras medidas que detalla para, finalmente, adoptar en el año 2013 un programa de cumplimiento de segunda generación. Por lo anterior, asegura que sus colaboradores no han incurrido en conductas reñidas con la libre competencia y, si lo hicieron, no corresponde responsabilidad corporativa, razón por la cual solicita se le exima de ella.

En subsidio, opone excepción de prescripción respecto de todas las conductas anteriores al 20 de enero de 2011, puesto que el requerimiento fue notificado el 20 enero de 2016. Sobre el particular, expresa que no se trata de una infracción permanente, no hay sistematicidad u organicidad para configurar una única infracción desde 2008 a 2011, tratándose de conductas independientes que se agotaron en cada negociación concreta; todos los casos en que se ha estimado que la infracción es permanente son distintos a este y, en ese sentido, no se puede señalar que Walmart formó parte de un patrón colusivo si desde 2009 reforzó sus políticas de libre competencia.



En subsidio, pide que la eventual multa sea reducida, puesto que aquella solicitada por la FNE es desproporcionada, a lo cual se añade que no ha obtenido beneficio económico alguno, colaboró con la Fiscalía Nacional Económica y no es reincidente, en tanto sobre ella recayó una condena anterior por una supuesta competencia desleal, que no guarda relación alguna con las conductas de esta causa o con la infracción al artículo 3° letra a). Alega en su favor, además, una falta de conciencia de la ilicitud de la conducta, puesto que todo el actuar reprochado es previo a la implementación del programa de cumplimiento adoptado por Walmart y, en el peor de los casos, habría negligencia y no dolo.

Finaliza señalando que, atendido que ya cuenta con un plan de cumplimiento, una multa de la cuantía solicitada por la FNE no cumpliría sus fines disuasivos.

Solicita que se rechace el requerimiento interpuesto en su contra, en subsidio se declare la prescripción de las conductas en los términos solicitados y, de manera subsidiaria a lo anterior, que se rebaje la multa que se le imponga.

A fojas 500 contesta el requerimiento la empresa Cencosud S.A., quien alega, en primer lugar, la falta de legitimación pasiva, puesto que el requerimiento se dirige en su contra, en circunstancias que tiene la calidad de sociedad matriz respecto de Cencosud Retail S.A., siendo



esta última la titular de la explotación, gestión y administración de los supermercados. Alega que no es posible hacer extensibles a la matriz las conductas ejecutadas por las filiales y, específicamente en materia de libre competencia, el artículo 25 letra c) del Decreto Ley N°211 expresamente distingue a la persona jurídica que intervino en el acto, de otras del mismo grupo.

En cuanto al fondo del requerimiento, asevera que la supuesta conducta tuvo lugar en la interacción del mercado aguas arriba y aguas abajo, de modo que el análisis del mercado aguas arriba es importante. En efecto, Agrosuper representa el 64% de las compras de carne de pollo fresco de Cencosud y su principal proveedor a nivel sudamericano, tratándose de un mercado altamente concentrado. Sin embargo, para Agrosuper, Cencosud es un cliente muy inferior puesto que su producción la distribuye por otros canales; ello da cuenta que Cencosud no tiene un gran poder de negociación.

Corresponde considerar en este tópico, además, que resultó establecido que entre 2008 a 2011 hubo un cartel entre los proveedores, que controló las cuotas de producción de carne de pollo.

Sobre el mercado geográfico, se señala en el requerimiento que es todo el territorio nacional, pero se olvida que él está determinado por isócronas de viajes en automóvil, de modo que varía por la distancia, vías de



acceso, medios de transporte y otros. También se omite el rol disciplinador de las carnicerías en algunas de estas zonas.

Asegura que entre las tres requeridas hay fuerte competencia, lo cual no se condice con la fijación de un precio mínimo de venta. La carne de pollo es un producto que el cliente generalmente compra cada vez que visita el local y genera importantes ventas, por ello las ofertas masivas siempre incluyen esta categoría. En cuanto a la determinación de su precio, hay uno de lista mayorista que aplican los proveedores; sobre ese valor pueden existir descuentos negociados con cada proveedor y, luego de eso, hay una banda dentro de la cual se fija el precio al público, mientras se monitorea el valor fijado por la competencia y se va ajustando el propio, dentro de la banda.

Fuera de ese precio regular se encuentran las promociones para aumentar la venta, ellas son negociadas entre el proveedor y el supermercado y financiadas en la mayoría de los casos, por ambos, pero puede que el proveedor se niegue y obligue a Cencosud a sacrificar su margen para realizar una oferta atractiva, es eso lo que permitió a los proveedores imponer restricciones en los precios de carne de pollo fresca.

El requerimiento nada indica sobre el origen de la regla imputada y, por el contrario, reconoce que este no es



claro; no se menciona a los proveedores relevantes y se omite toda consideración al caso de colusión aguas arriba. Además, hace una imputación alternativa, mencionando un "acuerdo o práctica concertada", expresiones que no son equivalentes, puesto que si bien se imputa una coordinación anticompetitiva, existen diferencias en la forma de materializarla.

Añade que Cencosud no ha participado en ninguna clase de acuerdo, por cuanto la regla descrita por la FNE siempre fue entendida como una restricción impuesta por los proveedores en el marco de las promociones de determinados productos; la estrategia general siempre ha sido vender sobre el costo y, en algunos casos, se vendió bajo el costo en el marco de una estrategia más agresiva, sin respetar la regla. Expresa que no hay un efecto en el mercado antes y después del supuesto acuerdo, de hecho, Cencosud mejoró sus márgenes cuando los proveedores dejaron de imponer la conducta.

Asegura que el monitoreo de precios de la competencia es natural en la industria supermercadista, para verificar si se está siendo lo suficientemente competitivo y, además, tomando en consideración que para Cencosud había consecuencias negativas si la competencia tenía condiciones más favorables. Por otro lado, el incumplimiento también generaba tales efectos, por la amenaza de los proveedores de no despachar a quien se apartara de la regla. Es por eso



que, para evitar la sanción de corte de despacho, Cencosud se abastecía con anticipación de suficiente volumen para poder responder a la oferta bajo costo, celebrando también acuerdos con otros proveedores para asegurar determinadas promociones.

Por lo anterior, no se observa que exista responsabilidad subjetiva u objetiva de la empresa, por el contrario, goza de un programa de cumplimiento de la libre competencia desde el año 2008 que impide estas conductas y, en efecto, en autos no existe prueba clara y concluyente sobre las imputaciones.

Finalmente, opone excepción de prescripción, puesto que las conductas atribuidas habrían tenido lugar entre los años 2008 y 2011 y, considerando la fecha de notificación del requerimiento, se encuentran prescritas aquellas anteriores al 6 de enero de 2011, por aplicación del artículo 20 del Decreto Ley N°211.

□Solicita el rechazo del requerimiento y, en subsidio, que no se le aplique multa alguna o bien ella sea rebajada a su respecto.

□A fojas 582 contesta la empresa SMU, quien expone que el requerimiento se sustenta en una supuesta regla inexistente, que descansa en un comportamiento natural en todo mercado, esto es, vender a un precio superior a los costos, sin tener en consideración que el costo de venta es



distinto al precio de lista, dado que el primero suma otros montos fijos y variables de la actividad comercial.

Tampoco la FNE considera que, a la fecha de los hechos, SMU era un entrante al mercado y desarrollaba su actividad por medio de estrategias comerciales que no se condicen con la conducta denunciada. SMU ingresó al mercado en 2008 con una participación muy menor a la que se le atribuye, no superaba el 9%, entonces no tenía posibilidad alguna de instrumentalizar a los proveedores. Relacionado con ello, cuando comienzan los hechos investigados, SMU realizaba reiteradas promociones para ganarle mercado a Walmart y Cencosud y así expandirse regionalmente.

Añade que el requerimiento es impreciso, no hay certeza del ilícito, el período o sus efectos, no se distingue entre acuerdo y práctica concertada, nada se indica sobre cómo se implementó el esquema, de qué manera se cumplió, cuál fue el precio resultante, cuáles eran los factores que incidían en su fijación, la aptitud de los hechos para afectar la libre competencia y si hubo algún eventual impacto en el consumidor. En este orden de ideas, SMU nunca se supeditó a una supuesta regla y sus precios son reiteradamente distintos a los de la competencia.

Señala que la carga de la prueba es de la FNE, que debe acreditar de manera clara todos los supuestos de hecho constitutivos de la práctica concertada, no sólo el intercambio de información, sino también un comportamiento



que sería consecuencia del intercambio, descartando hipótesis alternativas, para cuyo efecto necesariamente ha de analizarse ambos mercados, aguas arriba y aguas abajo. En cuanto al primero, la FNE pretende reprochar una conducta lícita de negociaciones normales en la industria, sin considerar que para SMU, Agrosuper representa el 57,5% de la compra de pollos y conjuntamente con Ariztía y don Pollo completan el 98,6%, de modo que ellas tenían un gran poder sobre un actor entrante como Unimarc, con aproximadamente un 9% de participación de mercado el año 2008. Es así como son los proveedores de pollo fresco quienes impulsaron un precio de venta al público que estuviese a un nivel que les permitiera desarrollar su actividad en términos equivalentes, maximizando sus ingresos, lo cual llevó a la dictación por esta Corte, de una sentencia que estableció que ellos se coludieron, limitando la producción de carne de pollo y asignándose cuotas en el mercado de comercialización y producción de éste, donde también se concluyó que había una coordinación en el precio de los productos.

Respecto del mercado aguas abajo, hay mecanismos para analizar el comportamiento de la competencia y sus precios, ya sea por empresas externas o por los propios trabajadores de SMU. Luego se establece un margen por canasta de productos, no por cada producto individual, dividiendo el análisis en zonas geográficas, de modo que el mercado



relevante está definido por esas zonas y el precio no necesariamente era el mismo en cada una. Añade que cada una de las cadenas desconoce el precio de compra de la competencia, su estructura de costos y las condiciones que puede acordar cada supermercado con su proveedor, de modo que el precio de lista carece de real eficacia a la luz de descuentos que usualmente se pactan con los proveedores y no es el único elemento relevante en la determinación del costo de venta, porque también hay otros costos fijos y variables.

Asegura que SMU reiteradamente vendió bajo sus costos y no tiene herramientas para exigir que sus competidores vendan a precios determinados.

□En su concepto, no concurren los presupuestos exigidos por el artículo 3° del Decreto Ley N°211 y, además, es improcedente pretender que unos mismos hechos constituyan la figura general inciso 1° y además aquella de la letra a) del inciso 2° de la misma norma. Tampoco existe ningún antecedente sobre el contenido del supuesto acuerdo, su comienzo o término, se pretende acreditar su existencia sobre la base de correos electrónicos aislados que no se vinculan entre sí y donde no hay ningún antecedente de la participación de SMU, un intercambio de información sensible e idónea para producir un efecto anticompetitivo o un comportamiento sobre la base de esa información.



En subsidio, alega que no actuó con intencionalidad anticompetitiva y, en concordancia con ello, la ausencia de culpabilidad o de dolo específico.

En subsidio de lo anterior, opone la excepción de prescripción, explicando que no se trata de una conducta permanente, sino de conductas separadas y hechos aislados, de modo que no existe una unidad de acción. Además, corresponde distinguir la norma aplicable, puesto que el Decreto Ley N°211 está modificado por la Ley N°20.361 que entró en vigencia el 14 de octubre de 2009, de manera que para los hechos anteriores al 14 de octubre de 2009, la prescripción es de 2 años contados desde la ejecución de la conducta y se trataría, por tanto, de hechos que ya están prescritos. Para aquellos posteriores a esa fecha, el término extintivo es de 5 años y, encontrándose notificado el requerimiento el 13 de enero 2016, opone la excepción respecto de todos aquellos anteriores al 13 de enero de 2011.

En subsidio, pide se le exima o se rebaje la multa, en tanto su monto es desproporcionado y no hace ningún distingo entre las requeridas, considerando además que no tuvo beneficio económico y, a la fecha, tiene implementado un programa de cumplimiento.

A fojas 13.411 se hace parte la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (en adelante Odecu), adhiriendo a la pretensión formulada por la FNE.



Ambas organizaciones de consumidores designan procurador común a fojas 13.445 de autos.

Por sentencia de fojas 13.452 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia razona, en primer lugar, que la forma en que se ha planteado la controversia es más jurídica que fáctica, puesto que se centra en la calificación jurídica de las conductas desplegadas por las requeridas en relación a sus proveedores y, del mérito de los antecedentes, se ha arribado a la convicción de que efectivamente incurrieron en la conducta acusada por la FNE.

Exponen los sentenciadores que la conducta consistió en la mantención de un precio mínimo de reventa del pollo fresco, en el entendido que las demás cadenas también actuarían de la misma forma y que cualquier conducta distinta podría ser sancionada. No se trata de un cartel duro, sino de un acuerdo o práctica concertada que afecta la libre competencia, la cual habría consistido en el establecimiento de un precio mínimo para el pollo fresco, el cual no podía ser inferior a cierta medida común para todas las cadenas, fijada por los proveedores a través de una restricción vertical por separado a cada una de ellas.

En el requerimiento la formulación de la regla no es unívoca, se habla primero del "precio de lista mayorista", luego del "costo de adquisición mayorista" y finalmente "precio de lista mayorista más IVA", todos conceptos



distintos, cuestión que resulta reprochable, pero que no afecta el núcleo de la acusación, estimando el Tribunal que a la FNE le bastaría con probar cualquiera de las formulaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, se concluye que la regla se refirió al precio minorista del pollo fresco, el cual no podía ser menor al precio de lista mayorista más IVA.

Se explica que ese precio mínimo no equivale al costo marginal, porque hay otros componentes adicionales y el hecho que el precio dado por la regla fuere mayor al costo marginal no puede ser interpretado como resultante de la simple racionalidad económica o buena administración. A ello se añade que los acuerdos verticales entre distribuidores y proveedores no son una conducta reprochable, el punto es cuándo este acuerdo vertical pasa a ser uno horizontal e ilegal, para lo cual se requieren elementos adicionales, dados por la regla de comportamiento que, según la FNE, fue aplicada bajo el entendido que los demás actuaban de la misma forma. Se trata del acuerdo colusorio denominado "hub & spoke", hay un centro del acuerdo que mantiene varios acuerdos verticales separados, pero los competidores en realidad mantienen un acuerdo implícito. En este caso, el centro del acuerdo serían los proveedores de pollo fresco, que se consideran como uno solo, puesto que fueron sancionados antes por mantener un acuerdo de actuación conjunta.



Sin embargo, tales proveedores no han sido requeridos, como tampoco se discute la existencia de acuerdos entre los proveedores y los supermercados. En consecuencia, el único pronunciamiento que corresponde al Tribunal es sobre la eventual existencia del acuerdo horizontal.

Expone la sentencia que no hay antecedentes jurisprudenciales del "hub & spoke" en Chile, citando jurisprudencia de Estados Unidos y Europa en relación a los requisitos, esto es, unidad de propósito, diseño y entendimiento común y "unidad de mentes"; añade que cuando hay intercambio de información intermediado por un tercero, se ha conocido como hub & spoke del tipo ABC, pero esta no es la única forma que puede adoptar este tipo de acuerdo y, en efecto, el requerimiento no hace referencia a un intercambio de información de este tipo.

Concluyen los sentenciadores que lo relevante en este caso es establecer si los acuerdos meramente verticales existentes entre las requeridas y los proveedores tuvieron un elemento común que los "horizontalizó" y si cada cadena cumplía el acuerdo en el entendido que las demás lo harían y exigía su cumplimiento.

Como cuestión previa, se indica que la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 es la especificación de lo dispuesto en el inciso primero de ese artículo y cualquier infracción a las letras es siempre una infracción al enunciado general, de modo que no hay requisitos



distintos en uno u otro caso. Por otro lado, la distinción entre un acuerdo y una práctica concertada está superada en el derecho norteamericano y en el europeo, como también en doctrina nacional y la jurisprudencia del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este contexto, el texto legal siempre ha tenido la amplitud suficiente para cubrir toda clase de prácticas, por tanto, la decisión habla de acuerdo, entendiéndose también comprendidas las prácticas concertadas.

A continuación, se destacan ciertas particularidades de la industria supermercadista y su funcionamiento. Los precios regulares minoristas son fijados por cada empresa, teniendo en consideración objetivos de margen y posicionamiento; este último no se mide por cada producto, sino por canastas, según declararon los testigos.

Añade que la forma de fijación de precios fue cambiando, puesto que fue quitada al área comercial para entregarse a otra denominada *pricing*. Sin embargo, durante el periodo acusado, 2008-2011 los encargados de *pricing* no tenían plena autonomía para fijar los precios promocionales, quedando esa tarea encargada a compradores y sus superiores. La relación entre proveedor y supermercado se canalizaba a través de un vínculo bilateral entre ejecutivos, cada proveedor tiene un Key Account Manager (KAM) y en el supermercado hay uno o más compradores.



En cuanto al producto, el pollo fresco es de rápida perecibilidad, su duración es de solo 12 días, razón por la cual su oferta está fija en el corto plazo, lo cual impide a los supermercados y a los productores reaccionar con rapidez cuando enfrentan shocks positivos de demanda. Lo anterior tiene como corolario que el abastecimiento mayorista de pollo fresco sea más irregular que en otros productos y el porcentaje de cumplimiento de los pedidos sea también menor al de otros productos. Por otro lado, el pollo congelado no es una porción relevante en las ventas.

Debe considerarse, además, que el pollo fresco es un producto "gancho" o *loss leading*, esto es, los actores pueden estar dispuestos a venderlo bajo costo para así atraer clientes al local y aumentar las ventas de otros productos, característica importante porque de los antecedentes se desprende que la práctica acusada sólo tuvo relevancia en los precios promocionales; cuando había precios normales, los márgenes por venta eran positivos, acercándose al límite sólo con precios promocionales. Ello también significa que las cadenas no toman las decisiones comerciales para este producto de manera independiente de los demás.

En cuanto al mercado geográfico, es nacional y no local, porque la acusación dice relación con acuerdos adoptados a nivel central, que involucran los mercados aguas arriba y aguas abajo, siendo necesario que la FNE



realizara un análisis del mercado aguas arriba, aun cuando la ausencia de ese análisis no invalida la acusación, puesto que no es esencial.

Respecto de la prueba de la conducta, ésta se infiere de la actuación de las partes materializada en comunicaciones entre ellas y los proveedores. La prueba se analiza y valora de manera holística, tomando en cuenta también la prueba indiciaria consistente en correos electrónicos referidos a otros productos no requeridos. En este contexto, si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, el conjunto de esos correos y la prueba testimonial ante el tribunal y la FNE, permiten arribar a la conclusión de que las cadenas infringieron el Decreto Ley N°211, tomando en cuenta, además, que el estándar probatorio no exige que no exista una explicación alternativa, sino que el conjunto de la prueba lleve a concluir la hipótesis de colusión.

Analiza a cada una de las cadenas por separado, comenzando por Cencosud y la excepción de falta de legitimación pasiva por ella opuesta.

En cuanto a esta defensa, exponen los sentenciadores que lo relevante para su adecuada resolución es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente



autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Así, si las decisiones son adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial, la responsabilidad por los hechos ejecutados puede atribuirse a la matriz de dicho grupo.

En autos, existen diversos elementos que permiten concluir que, para efectos de resolver este caso, Cencosud puede ser considerada como una sola unidad económica que incluye a su matriz: ambas entidades poseen unidad de dirección, lo cual se demuestra no sólo por el hecho de que la propiedad ampliamente mayoritaria de Cencosud Retail S.A. pertenece a Cencosud S.A., sino también por lo declarado por el propio gerente general de Cencosud S.A., Jaime Soler Botinelli a fojas 3852, donde afirma ser responsable de cada una de las divisiones en los 5 países, compartiendo la matriz y la filial, ejecutivos centrales comunes. Finalmente no se ha acreditado que ambas sociedades sean administradas de manera independiente, razón por la cual la excepción es rechazada.

En cuanto al fondo, esta requerida no niega la existencia de la regla, sino que señala que ella le fue impuesta por las productoras de pollo fresco y que no le habría dado cumplimiento.

Luego de mencionar a los ejecutivos de Cencosud involucrados en el acuerdo y sus cargos durante el periodo acusado, reproduce una serie de correos electrónicos



conforme a los cuales la regla existía y su cumplimiento era exigido entre los supermercados, supeditado a su observancia por parte de los demás competidores aguas abajo. Enseguida, el carácter horizontal de las prácticas acusadas se aprecia también en dos extractos de declaraciones testimoniales prestadas durante el proceso, que se reproducen

Cita además un correo electrónico de 10 de marzo de 2009 que se considera particularmente relevante, puesto que emana de un ejecutivo de Cencosud y está dirigido a sus respectivas contrapartes en las empresas productoras de pollo fresco, reconociendo la existencia de una "banda de precios" histórica, que no se aplicaba sólo a Cencosud, sino también a sus competidores. A ello se añade que el motivo del correo es una queja respecto a la actuación comercial de su competidor Walmart, en parte responsabilizando de ello a los receptores del correo, señalando que se espera de los productores una "*respuesta concreta y no sólo buenas intenciones*", lo cual permite concluir razonablemente que el objetivo era influir en las decisiones comerciales de su competidor a través de los proveedores de pollo fresco.

La naturaleza horizontal de la conducta se ve reforzada por las comunicaciones verticales en que, como en el correo anterior, pero ahora de modo más explícito, Cencosud buscaba algún tipo de represalia o llamado de



atención hacia sus competidores. Estas comunicaciones y su contenido fueron reconocidas tanto por parte de Joseba Loroño, ex ejecutivo de Cencosud, como también por Cristián Tirado, ex trabajador de Ariztía, en sus declaraciones testimoniales que se reproducen.

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

Cencosud sostiene que la regla de comportamiento fue impuesta por los productores de pollo fresco y que, por tanto, no existía base para acusar un acuerdo, como prueba de lo cual acompaña diversos correos electrónicos recibidos. Sin embargo, las peticiones de los productores de pollo a los supermercados no solo pueden considerarse como evidencia de una imposición unilateral por parte de los proveedores, sino también como testimonio del monitoreo propio de un acuerdo como el acusado por la FNE, de modo que no constituyen prueba de la defensa planteada, como tampoco resulta verosímil la declaración sobre el punto de Joseba Loroño, ex ejecutivo, considerando el tenor de los correos enviados por él mismo.

En síntesis, la prueba analizada permite concluir que Cencosud fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; esta regla fue aplicada



por dicha cadena; la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y Cencosud mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados.

Respecto de SMU, su posición es más ambigua, puesto que primero desconoce la regla, pero luego no controvierte que los proveedores habrían intentado imponer ciertas condiciones. Sin embargo, existe prueba suficiente para dar por acreditada su adhesión a una regla común.

Luego de mencionar a sus ejecutivos intervinientes en la conducta, hace presente que la existencia de un acuerdo horizontal se puede observar en una primera cadena de correos intercambiados entre Pablo González, de SMU, y Francisco Noguera, de Agrosuper, de fecha 29 de septiembre de 2009, que se transcribe. Estas comunicaciones no dejan lugar a dudas en cuanto a que SMU esperaba que Agrosuper tuviese injerencia en los precios de los otros supermercados, pidiéndole incluso que se hiciese responsable de posibles perjuicios que SMU pudiese sufrir en caso de no cumplirse un rol fiscalizador. Tal comunicación, así como la respuesta por parte de Agrosuper, demuestran que la aplicación de la regla de comportamiento en el caso de SMU estaba condicionada a la existencia y aplicación de las otras reglas verticales del mercado. Asimismo, en los correos se destaca el reconocimiento por



parte del ejecutivo del supermercado, de que las ventas que no cumplen con la regla conllevan un "desorden" en el mercado, indicio adicional de que las reglas verticales existentes en el mercado eran vistas por las cadenas de supermercados como elementos que operaban a nivel conjunto y eran beneficiosas para todas ellas. Cita además otros correos que dan cuenta del componente horizontal ya referido.

Se reproducen, además, comunicaciones que, en concepto del Tribunal pueden interpretarse en el sentido de una reclamación y otras adicionales de las cuales se evidencia que la fijación de precios no era independiente, haciéndose referencia al precio de la competencia y al costo, con petición expresa de no caer en una guerra de precios.

A todo lo anterior se añade la prueba testimonial, dando cuenta del conocimiento de la regla vertical en SMU y las otras cadenas, como también las declaraciones de los ejecutivos de los productores de pollo, en el mismo sentido.

Con lo razonado, existen numerosos argumentos para descartar los argumentos de SMU en su contestación. En efecto, de la prueba se puede concluir que: (i) la regla acusada por la FNE era relevante sólo para los precios promocionales, por lo que es consistente con márgenes altos para precios normales; (ii) los precios promocionales tenían como objetivo atraer clientes a los supermercados y



que éstos compraran productos adicionales a los promocionados, de modo que sí podía ser rentable vender con un margen negativo; (iii) los objetivos de margen de los supermercados son a nivel de canastas de producto y no de productos en particular, siendo posible compensar márgenes menores en ciertos productos; y (iv) que el supuesto punto focal en el precio de lista mayorista no es el verdadero costo marginal que enfrentan los supermercados, principalmente debido a los descuentos, premios por objetivos y pagos retroactivos.

Se refiere, además a los informes económicos incorporados por esta requerida, los cuales contienen datos imprecisos, circunstancia que impide darles valor probatorio.

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

En cuanto a Walmart, sus ejecutivos señalaron que no existía un acuerdo o que la empresa no participaba en él, a pesar de lo cual hay prueba documental que permite dar por acreditada su adhesión y apego a ella.



Luego de especificar quiénes eran sus ejecutivos en el periodo investigado, exponen los sentenciadores una comunicación interna de Walmart que hace referencia dos veces a que el precio de la competencia estaría bajo el costo, lo cual no sólo implica el conocimiento de la regla de comportamiento, sino también que ésta se aplicaba a los otros supermercados. La cadena de correos tiene fecha 9 de junio de 2010 y es transcrita en la decisión, así como otras comunicaciones unilaterales del proveedor a Walmart, que son indicio de que conocía la existencia de una restricción vertical.

Lo anterior se complementa también con una cadena de correos electrónicos donde se muestra que el ejecutivo de un productor de pollos le envía a un ejecutivo de Walmart una foto que contendría precios cobrados por el supermercado en su local de Macul, mensaje que luego es reenviado a un funcionario de Cencosud. A ello se suman otros mensajes donde se evidencia el conocimiento de una regla de comportamiento y la intervención activa de los proveedores en la actuación comercial de distintos supermercados.

Se expresa que las comunicaciones internas de Walmart sobre los precios de su competencia son lícitas, pero son cuestionables cuando se usan para incidir en el actuar de dichos competidores, según se evidencia de una nueva cadena de mensajes que reproduce, donde aparece una advertencia al



proveedor, en orden a que saldrá un precio bajo el precio de lista y la respuesta del ejecutivo de Agrosuper confirma la existencia de la restricción vertical.

En cuanto a la defensa de Walmart, relacionada con su estructura corporativa, el área de *pricing* se desarrolló de manera incremental, comenzando en el periodo imputado y demorándose varios años en estar implementada. Sobre el particular, cita la declaración de la ex jefa de *pricing* Daniela Cañón, quien expone que la autonomía se logró en 2012-2013, esto es, después del periodo acusado.

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

Esta requerida alegó la existencia de un programa de cumplimiento como motivo de exención de responsabilidad y el Tribunal reconoce y destaca sus esfuerzos en esta materia. Sin embargo, se concluye que la empresa carecía de un programa serio, creíble y efectivo, en tanto la conducta reprochada no consistió en acciones individuales, sino en un patrón de comportamiento extendido, con ejecutivos de



rango superior involucrados o enterados de las acciones de sus subalternos, quienes validaron sus actuaciones. Tampoco se trató de un programa preexistente o cuya finalidad correctiva resultara acreditada, de modo que no tuvo una función preventiva.

En suma, los antecedentes presentados no son suficientes para eximir de responsabilidad a Walmart considerando su programa de cumplimiento y ética, atendido principalmente a su estado incipiente de implementación y diseño a la época en que ocurrieron los hechos denunciados.

En aquello que concierne a la prescripción alegada, en este caso resulta manifiesto que la conducta acreditada es única y no puede ser subdividida en partes independientes. Las actuaciones fueron sucesivas, con un grupo de ejecutivos permanente, las cadenas expresaron constante preocupación por el seguimiento de la regla y los proveedores debían hacerse cargo de supuestas desviaciones, hay evidencia de comportamiento análogo respecto de otros productos. El acuerdo se mantuvo hasta por lo menos el año 2011 y el requerimiento fue notificado el 7 y 20 de enero de 2018, de modo que no ha operado la prescripción, por aplicación del artículo 20 incisos 3° y 4° en su versión posterior a la Ley N°20.361 que es aquella norma que corresponde aplicar en la especie.

Respecto de las medidas sancionatorias, la multa que se aplique debe considerar, para efectos de su cuantía, el



beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente y la colaboración a la FNE. Por otro lado, dado que las acciones se desarrollaron bajo el régimen de sanciones vigente hasta el año 2016, la multa final no puede exceder 30.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA).

En primer término, para determinar la multa base es necesario establecer un valor de referencia y, en concepto de los sentenciadores, no es correcto utilizar la totalidad de las ventas de pollo fresco de los supermercados, puesto que el acuerdo sólo incidió directamente en una proporción menor de las decisiones de precio de los productos involucrados. Tampoco es posible acudir al beneficio económico obtenido por los infractores, puesto que existen deficiencias informacionales en el expediente, atendido que no fue rendida prueba al respecto por la FNE y, además, porque el cálculo del beneficio es complejo si se considera que se requiere determinar un contrafactual adecuado a un caso como el de autos, lo cual es difícil particularmente por la interdependencia en la demanda de los distintos productos vendidos por las requeridas.

Por lo anterior, para el cálculo de la multa base el Tribunal utiliza como valor de referencia las ventas netas de pollo fresco, las cuales han sido obtenidas de las bases de datos utilizadas en los informes acompañados por Cencosud, SMU y Walmart. Dado lo anterior y consistente con



la conducta acusada y acreditada, para efectos del cálculo no se consideran los datos correspondientes a productos congelados y se atiende sólo a las ventas netas efectuadas por Agrosuper, Ariztía y don Pollo a las requeridas.

El acuerdo era por el pollo fresco en el caso de precios promocionales y el margen promedio de la venta minorista de este producto es el 25%. En atención a ello, se toman como ventas afectadas aquellas por las cuales se obtuvo un margen de 0% a 10%, esto es, cercano al costo, por lo cual la probabilidad que la venta estuviera afectada por el acuerdo es alta. Ello da como resultado que en promedio el 6,5% a un 7,5% de las ventas se habrían visto afectadas.

Se añade la consideración a tratarse de una conducta especialmente grave, que recae sobre una variable estratégica (el precio) y que merece el mayor reproche dentro de la legislación, razón por la cual se sanciona con el equivalente al 20% de las ventas afectadas, durante todo el periodo en que se acreditó el ilícito, de lo cual se obtienen 5.766 UTA para Cencosud, 3.438 UTA para SMU y 5.580 UTA para Walmart.

La prueba rendida no permite acreditar la existencia de un real programa de cumplimiento por parte de Cencosud y SMU, menos uno que cumpla con los estándares ya señalados anteriormente. Distinta es la situación de Walmart, en tanto ella desplegó un esfuerzo particular para demostrar



que sí diseñó un programa de cumplimiento que, si bien no era preexistente y tenía falencias, su diseño fue superior desde un inicio y continuó siendo implementado con posterioridad al periodo requerido, razón que motiva una rebaja de la multa en un 15%, quedando éstas en 5.766 UTA para Cencosud, 3.438 UTA para SMU y 4.743 UTA para Walmart.

A ello se añade, como sanción, la obligación de las requeridas de adoptar un programa de cumplimiento que satisfaga los requisitos de la Guía dictada por la FNE al efecto, de junio 2012, que se detallan en la misma sentencia.

A fojas 13.571 Cencosud deduce recurso de reclamación en contra de la decisión anterior, reprochando que el Tribunal construyera y aplicara un estándar incorrecto para tener por configurado el acuerdo colusorio, el cual resulta insuficiente e infringe el principio de tipicidad, puesto que la sola observancia de una regla no configura una colusión. Los sentenciadores afirman que no hay precedentes jurisprudenciales, pero ellos sí existen en el fallo de esta Corte Rol N°2578-2012, donde el estándar fue bastante más estricto, exigiendo también una finalidad, un resultado, una intención y aumento del poder de mercado, nada de lo cual se analizó en la sentencia.

Denuncia la existencia de errores en el análisis probatorio, en tanto se interpretó erradamente las comunicaciones verticales entre Cencosud y los proveedores,



analizando 5 correos electrónicos de más de 100 acompañados en el proceso. Asegura nuevamente que hubo una regla impuesta por los proveedores de pollo para evitar variaciones en los volúmenes de venta de la carne que pudiera desestabilizar el cartel en que ellos participaron. Esta regla no tenía sentido comercial para Cencosud porque le quitaba flexibilidad para fijar sus precios y considerando la alta perecibilidad del pollo, la existencia del cartel aguas arriba, con cuotas de producción, las guerras de precios en los supermercados no eran factibles; quienes tenían incentivo para hacer cumplir la regla eran los proveedores y eran ellos quienes tenían el poder de negociación.

Por otro lado, la regla no fue cumplida por Cencosud y los proveedores presionaron para su cumplimiento, lo cual se evidencia del mérito de los correos electrónicos que detalla. También hay mensajes intercambiados entre los productores de pollo, donde aparece que monitoreaban activamente los precios de venta al público y acordaban acciones para estabilizar el cartel. En este sentido, se omitió analizar si las comunicaciones cuestionadas tenían una correlación con la conducta en el mercado, puesto que se dice que las requeridas adhirieron a una regla, pero nada se razona en torno a si eso se tradujo en los precios, en circunstancias que constituyó un punto de prueba sobre el cual Cencosud aportó elementos referidos a la evolución



de sus valores y su actuar comercial, que no fue ponderada por el tribunal.

Reitera sus alegaciones de falta de legitimación pasiva, puesto que esa excepción fue rechazada por falta de prueba, en circunstancias que no fue incluida en la interlocutoria respectiva, restringiéndose su posibilidad de acreditar sus fundamentos. Igualmente, expresa que no hay antecedentes que permitan concluir que las conductas de colaboradores de los Cencosud Retail hayan sido conocidas por la matriz, puesto que se trata de decisiones comerciales que se adoptan de manera independiente.

Añade que la multa impuesta es desproporcionada, considerando que no se sancionó por un cartel duro que es la figura más grave, tampoco se consideró elementos adicionales para la reducción de la multa, como el hecho que no obtuvo beneficio económico con la conducta, tampoco tiene la calidad de reincidente y, además, prestó colaboración con la investigación.

Asevera que los términos del programa de cumplimiento impuesto resultan excesivos o se superponen a medidas ya vigentes del programa que tiene Cencosud. En efecto, dispone desde 2009 de un programa en el marco del cual se realizan charlas y entrenamientos anuales, asesorados por un estudio de abogados. Esto es especialmente gravoso para la empresa requerida, que no es la sociedad que desarrolla el giro supermercadista y, en razón de ello, pide se



elimine la exigencia de que el oficial de cumplimiento sea externo, porque implicaría la remoción de la persona que actualmente ejerce el cargo y se suprima también la declaración jurada de lectura y entendimiento de la sentencia, porque su análisis y explicación ya se encuentra en las capacitaciones anuales. A continuación, reprocha la obligación de realizar una auditoría a las casillas de correo electrónico y registros de llamados, por ser desproporcionada y afectar a gerentes y funcionarios que no tienen ninguna relación con los hechos y, finalmente, pide se excluya el envío de reportes escritos anuales a la FNE, puesto que no ha sido solicitado por la FNE, quien ya tiene las facultades de velar por el cumplimiento de los fallos.

Por último, solicita se elimine la condena en costas por haber tenido motivo plausible para litigar y considerando que se le impuso una multa muy menor a la pretensión de la FNE.

A fojas 13.745 la requerida Walmart deduce recurso de reclamación, explicando que el acuerdo colusorio es un tipo de resultado y no de peligro abstracto y, en ese sentido, reprocha que la sentencia no explicó cómo se habría verificado una lesión a la libre competencia.

Por otro lado, la decisión reconoce que el requerimiento no es claro en cuanto a la formulación de la supuesta regla, pero señala que bastaba probar una de las hipótesis posibles, lo cual es una invitación a formular



libelos poco precisos, infringiéndose así el principio de congruencia.

Afirma que lo sancionado es una conducta comercial que no supone la existencia de una regla, es solo el reclamo a los proveedores porque la competencia está en mejores condiciones. Tampoco se razona sobre la colusión de los productores y los efectos que ella tuvo en los hechos investigados y, por el contrario, se utiliza prueba respecto de otros productos como indiciaria, se valora la prueba de manera holística - término impreciso - y se señala que para condenar no es necesario que no exista una explicación alternativa, basándose en presunciones e inferencias. En este sentido, los sentenciadores utilizan correos electrónicos de proveedores a la compañía, sin constancia de respuesta, los cuales constituyen un grupo menor.

Alega una infracción a las reglas de la sana crítica, puesto que no hay prueba suficiente para estimar que hubiera una práctica concertada que, además, se ve desvirtuada por la prueba testimonial y los informes económicos aportados. Debía acreditarse la existencia de comunicaciones consistentes en el intercambio de información sensible, que el intercambio hubiere sido a sabiendas y con la intención de influenciar las condiciones de mercado, que la información luego hubiere sido traspasada a otro distribuidor y que se usara efectivamente



para adoptar un comportamiento en relación a políticas de precios, nada de lo cual consta en el expediente. Por el contrario, se probó que Walmart vendió de manera sistemática el pollo bajo el costo, durante y después del periodo imputado, refiriendo alrededor de 120 ventas diarias en esa situación.

Añade que la sentencia reconoce que la prueba testimonial da cuenta que Walmart no participó en el supuesto acuerdo y, de hecho, ninguno de los 20 testigos señaló que le constara la participación de Walmart. En este orden de pensamiento, afirma que si el tribunal no hubiese acudido al método holístico y acumulativo y, en su lugar, hubiera considerado la multiplicidad, gravedad, precisión y concordancia de la prueba, habría concluido la inocencia de Walmart.

Se refiere en detalle a cada uno de los correos utilizados, indicando que no es razonable esperar que no existan quejas o discusiones destinadas a mejorar las condiciones comerciales de cada una de las partes. Ninguno de esos correos evidencia que Walmart accediera a modificar los precios de venta a público de sus productos bajo la condición que las demás requeridas lo hicieran, de manera que la evidencia no es clara y concluyente.

En relación a su programa de cumplimiento, la sentencia es correcta en permitir la exención de responsabilidad por este motivo, reconociendo que Walmart



lo implementó de manera seria y oportuna. Sin embargo, no era posible pedirle el programa antes de 2009, considerando que a esa fecha ninguna empresa lo tenía y que la FNE publicó su guía sólo en 2012. Expresa que las razones que llevaron al tribunal a considerar el programa de cumplimiento sólo como una atenuante y otorgar un 15% de rebaja son insuficientes y dan lugar a resultados desproporcionados, puesto que no es razonable que se cuestione en ese sentido a una empresa que fue pionera en la materia.

□Reitera sus alegaciones de prescripción, aseverando que las conductas no constituyen un acuerdo único y continuado, no existen antecedentes suficientes para acreditar una conducta de 4 años, razón por la cual se debió acoger la excepción de prescripción al menos respecto de las conductas previas al 20 de enero de 2011.

En subsidio, señala que la sanción es desproporcionada, por cuanto la legislación contempla como tope el 30% de las ventas y en este caso se consideró el 20%, en circunstancias que no se trata de un cartel duro, la conducta fue específica y acotada a no vender bajo costo la carne de pollo fresco en actividades promocionales y Walmart tuvo una participación acotada.

Concluye solicitando que se acoja la reclamación, revocando la sentencia; en susidio, se declare la prescripción en los términos solicitados y, en subsidio de



todo lo anterior, se rebaje la multa y/o se deje sin efecto la obligación de adoptar un programa de cumplimiento.

A continuación, a fojas 13.883, la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación, estimando que se tuvo por acreditado que en este mercado operó una regla de comportamiento consistente en que el precio minorista del pollo fresco no podía ser menor al precio de lista mayorista más IVA, cuya aplicación fue exigida por las requeridas, condicionando su cumplimiento a la observancia de la misma por parte de la competencia.

Explica que la conducta descrita en el requerimiento y sancionada por el Tribunal no corresponde a una estructura hub & spoke sustentada en el intercambio de información sensible de los competidores a través de los proveedores, como tampoco la existencia de un cartel de producción aguas arriba no obsta a la existencia de un acuerdo entre las requeridas.

En cuanto a la prueba, las explicaciones alternativas de las requeridas para justificar las comunicaciones no logran desacreditar la existencia del acuerdo e incluso existen indicios de la aplicación de la regla en otros productos, que sirven como prueba de contexto.

En su concepto, las multas subestiman los efectos de la conducta y se apartan de los criterios del Decreto Ley N°211 y la jurisprudencia de esta Corte, sin que la metodología del tribunal explicita cómo construye el margen



utilizado para determinar la multa base, disminuyendo significativamente el monto de ventas afectado. En la fijación de ese monto tampoco se consideran parámetros como la disuasión, retribución y otras circunstancias que expone la ley. En esta línea, es incorrecto sostener que sólo una porción de las ventas de pollo fresco se vio afectada, puesto que la conducta tuvo efectos en todas las ventas de ese producto, ignorándose el efecto sistémico del ilícito implementado por las cadenas, puesto que las promociones que efectivamente se verificaron no son necesariamente aquellas que hubiesen existido en un escenario sin colusión. De este modo, la reducción de la competencia permitió asegurar la ganancia y subir los precios, sin traspasar los descuentos a los consumidores finales.

Explica que la regla afectó a todas las ventas de pollo fresco porque modificó el precio de referencia de toda la categoría de productos. Incluso existe literatura que señala que afectaría todos los precios del agente económico. Por tanto, el Tribunal se equivoca al considerar sólo las ventas promocionales, las que califica como aquellas que tienen un margen de 0% a 10%, porque los supermercados marginaron más en un gran porcentaje de las ventas promocionales. En efecto, según la información aportada por Walmart el margen promedio de las promociones es cercano al 20% y en más del 90% de las promociones el margen fue superior al 10% llegando a márgenes incluso



sobre el 80%, de modo que no es posible identificar una promoción acudiendo a un margen entre 0% y 10%.

Agrega que el concepto de ventas afectadas es ajeno a la regulación del Decreto Ley N°211, la jurisprudencia comparada tiende a considerar no solo las ventas influenciadas directamente por el cartel sino todas aquellas realizadas en el mercado afectado, cuyo monto hace que, considerada la multa en un 20%, ella excede el tope legal de 30.000 UTA para cada una de las requeridas.

Relacionado con lo anterior, las multas impuestas no cumplen sus fines objetivos y no consideran criterios de retribución y disuasión, lo cual tampoco es analizado por el tribunal. No debe olvidarse que la colusión es el ilícito más grave y, en este caso, afectó directamente a los consumidores en un producto sensible, con poca posibilidad de sustitución y en un mercado donde las requeridas concentran conjuntamente el 91,23% de las ventas, extendiéndose a todo el territorio nacional. Tampoco fue considerada la capacidad económica de las infractoras, la ausencia de colaboración con la autoridad y la calidad de reincidente de Walmart, por prácticas anticompetitivas.

Alega la improcedencia de la reducción de la multa aplicada a Walmart, puesto que ella parte de la premisa errada que un programa de cumplimiento puede servir para eximir de responsabilidad al agente económico que lo



implementó, lo cual no resulta posible y es fruto únicamente de la interpretación analógica de lo dispuesto en la Ley N°20.393, mientras que el único caso de exención legal de responsabilidad infraccional en libre competencia es la delación compensada y, de aceptarse el programa de cumplimiento como eximente, se genera un incentivo perverso.

Tampoco Walmart contaba con un programa oportuno, serio, creíble y efectivo, éste no existía a la época de los hechos y, entonces, carecía de aptitud para cumplir con su fin de evitar las conductas anticompetitivas.

Pide que se enmiende el fallo, aumentando la multa impuesta a las tres requeridas a 30.000 UTA, sin perjuicio de otras medidas que se pudieran adoptar.

A continuación, a fojas 13.493 deducen recurso de reclamación Conadecus y Odecu, quienes reclaman que la multa impuesta a las requeridas es insuficiente, tomando en consideración que se acreditó un ilícito de colusión cometido durante años, respecto de un producto sensible para la población y que, para su ejecución, se valió de la existencia de otro cartel. Por tanto, el castigo pecuniario aplicable debió ser el máximo establecido en el Decreto Ley N°211.

Cuestionan que la sentencia no contenga un pronunciamiento sobre la participación y reproche que corresponde a los proveedores, quedando esa conducta



absolutamente impune, puesto que la misma decisión indica que existieron actuaciones sucesivas entre competidores y proveedores.

En adición a lo anterior, no se hace un análisis de los otros productos involucrados en la colusión, sobre los cuales las reclamantes hicieron hincapié, como el vino, la carne de cerdo y la carne de pavo. El mismo requerimiento señaló que las interacciones no se limitaban al pollo fresco, existiendo también respecto de otros bienes de la canasta y, por tanto, está demostrada una colusión mayor a la sancionada.

Finalizan señalando que no corresponde considerar programas de cumplimiento como una atenuante, puesto que si esos programas hubieren sido serios, se habrían prevenido actuaciones como las acreditadas.

Solicitan que se aumenten las multas impuestas; se emita pronunciamiento en relación a la colusión que afectó a otros productos, aplicando las sanciones pertinentes o, a lo menos considerando tales antecedentes como agravantes; además, que se resuelva sobre el grado de participación de los proveedores, imponiendo medidas para que esa conducta cómplice no quede impune, con costas.

A fojas 13.957 la empresa SMU presenta el último de los recursos de reclamación, expresando que la sentencia se sustenta en simples conjeturas, al omitir la consideración de los antecedentes que desvirtuaban las imputaciones a su



respecto. Sobre la base de la apreciación holística de la prueba, la decisión formula un relato coherente únicamente sobre algunos aspectos, pero no hace un análisis de las probanzas rendidas en juicio, las cuales revisa de manera parcial y con un efecto acumulativo, tomando sólo aquellas que se ajustan a su decisión y obviando aquella en contrario. De este modo, se declaró la existencia de un cartel sin prueba clara y concluyente, olvidando elementos que acreditan que el cartel no existe, en tanto hay evidencia en torno a que los reclamos de otras cadenas no tuvieron un efecto en las decisiones competitivas de SMU y, así, no se sustenta la eficacia de la conducta, por cuanto SMU vendió por debajo del precio de lista en más de 6.000 oportunidades.

Reconoce que la empresa reclamaba a sus proveedores como actor entrante con baja participación en el mercado, cuando veía que se le estaba discriminando en la venta de un producto con que debía competir en igualdad de condiciones. Por tanto, hay una explicación alternativa para las comunicaciones, de la cual el tribunal no se hace cargo.

Asegura que existe un error de la sentencia al suprimir el análisis de los efectos del cartel de los proveedores, puesto que esta Corte reconoció que la principal preocupación del cartel era evitar los excesos de oferta y por tanto los supermercados son víctimas del



cartel de los pollos. Reitera, en consecuencia, que se trató de una restricción vertical, los supermercados no exigían nada de los proveedores, sino que eran éstos quienes monitoreaban su imposición amenazando con cortes de despacho.

La sentencia impugnada tampoco reconoce diferencias entre SMU y las otras requeridas, como su participación de mercado, puesto que al año 2008 tenía participación de poco más de un 5%, razón por la cual se trataba de un actor que carecía de aptitud para acordar una restricción vertical o para "horizontalizar" la misma. Por otro lado, los proveedores en conjunto abarcan el 92% de la producción de pollo, eran su única fuente de acceso a un bien esencial de la canasta, todo lo cual hacía que la conducta imputada fuera inviable para SMU.

En cuanto al mercado relevante, la decisión no toma en cuenta que el efecto se produce en el consumidor final, donde se compite a nivel de isócronas, por esto, los precios no son los mismos en todas las sucursales para una misma fecha y las promociones son de carácter local.

Expone que la sentencia sanciona por una conducta distinta a la que es objeto del requerimiento, de modo que se vulnera el principio de congruencia, por cuanto la acusación era de un "acuerdo vertical fingido", relacionado con el ilícito denominado hub & spoke y así lo entendió el tribunal en la interlocutoria de prueba; pero luego condenó



por adherirse a una restricción vertical de los proveedores, condicionando su observancia al cumplimiento de los demás y exigiendo a los proveedores la constatación de ese cumplimiento. Este giro se dio en la reposición de la FNE contra la interlocutoria de prueba, donde acomodó su acusación.

Reprocha que la sentencia condena a SMU sin prueba a su respecto y sin hacer análisis de toda la prueba rendida, tomando en cuenta incluso correos de los proveedores cartelizados que carecen de imparcialidad. Por el contrario, los correos citados en la sentencia confirman que se buscaba poder competir y no proteger un acuerdo, lo cual es refrendado por la prueba testimonial.

En cuanto a la tipicidad, se sanciona una colusión soslayando que el legislador exige una serie de requisitos para este ilícito, como la existencia de un acuerdo, efectos sobre la libre competencia, que se haya otorgado poder de mercado y la aptitud del acuerdo para producir el resultado, nada de lo cual está acreditado respecto de SMU.

Reitera sus alegaciones de prescripción, aseverando que no se trató de una sucesión de actos, sino de hechos aislados en el orden temporal y geográfico, no hay unidad de acción y, por tanto, a los actos ejecutados antes del 14 de octubre de 2009 se aplica el plazo de 2 años y están prescritos; a los posteriores a esa fecha se aplica el



plazo de 5 años y estarían prescritos todos aquellos anteriores al 13 de enero de 2011.

Por todo lo anterior solicita que se rechace el requerimiento, dejando sin efecto tanto la multa como las medidas preventivas adicionales.

En subsidio, solicita la rebaja de la multa, para lo cual requiere tener en consideración que en la época de inicio de la conducta SMU tenía participación de mercado 5% y, en consecuencia, nulo poder de negociación. Por otro lado, la restricción fue fijada por los proveedores y, en todo caso, la regla no fue eficaz porque sus supermercados vendieron bajo costo y los reclamos de otros no tuvieron incidencia en sus precios, tampoco se acreditó que hubiese obtenido beneficio económico alguno, no ha sido sancionada con anterioridad y, además, colaboró con la investigación.

Finalmente, pide se le exima de la condena en costas, puesto que tuvo motivo plausible para litigar.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que para el análisis de cada una de las alegaciones contenidas en los recursos de reclamación, útil resulta recordar que el requerimiento entablado por la FNE atribuyó a cada una de las requeridas - Cencosud S.A, SMU S.A. y Walmart Chile S.A. - la celebración y ejecución de un acuerdo o práctica concertada destinada a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta de la



carne de pollo fresca que fuera igual o superior al precio de lista mayorista, conducta que se materializó entre los años 2008 y 2011, restringiendo o tendiendo a restringir la competencia en precios en el mercado de comercialización de la carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales. Todo lo anterior, estima el ente fiscalizador, constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley N°211.

En particular, se expresa que las requeridas fijaron sus precios en el entendido que sus competidores se hallaban sujetos a la misma regla y, además, fueron activos en monitorear y exigir su cumplimiento a través del proveedor. La finalidad de esta conducta sería regularizar el mercado y evitar guerras de precios entre los supermercados.

Segundo: Que, como cuestión previa, reiterada en su arbitrio impugnatorio, Cencosud S.A. opuso excepción de falta de legitimación pasiva, la cual funda en que la requerida es la sociedad matriz de, entre otras, Cencosud Retail S.A., teniendo sólo esta última la explotación, gestión y administración de los supermercados.

Sobre el particular, esta Corte concuerda con lo razonado por el tribunal a quo, en tanto se tuvo por establecido que Cencosud Retail S.A. puede ser considerada como una sola unidad económica con su matriz, puesto que



poseen unidad de dirección, lo cual queda demostrado, en primer lugar, por la circunstancia no discutida que la propiedad mayoritaria de la primera pertenece a Cencosud S.A., pero, de manera aún más patente, fluye de la propia declaración de su representante legal Jaime Soler Botinelli, quien expresa: *"si bien no trabajo directamente en ninguna de las divisiones, soy el responsable de cada una de las divisiones de la compañía a lo largo de cinco países. Me explico: el cargo de Gerente General Corporativo de Cencosud implica liderar, supervisar y dirigir cada una de sus unidades de negocios en los cinco países donde actualmente participamos (...) tienda por departamento, supermercado, mejoramiento para el hogar, retail financiero y centros comerciales (...) el cargo que ostento actualmente, por lo tanto, no soy el responsable directo de una división en la actualidad, pero sí soy el líder y el jefe de los gerentes generales de las diferentes divisiones a lo largo del país"*. Añade más adelante: *"implica una responsabilidad sobre 10 marcas de supermercados o más, a lo largo de la región"*, explicando que existe un gerente general de la división supermercados, que depende del gerente general.

Tercero: Que corresponde consignar que resulta efectivo - según alega la requerida - que, en materia de libre competencia, el artículo 26 letra c) distingue expresamente a las personas naturales y jurídicas que intervinieron en la conducta, al expresar: *"Las multas*



aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo".

Tal modificación fue introducida por la Ley N°20.361 y, analizada la historia de la disposición, aparece que su finalidad se refiere a "la conveniencia que las multas aplicadas, tratándose de personas naturales, sean efectivamente pagadas por ellos y no por las empresas o sociedades" (Historia de la Ley N°20.361, Segundo Informe Comisión de Economía, pág. 244). Lo anterior se ve refrendado por la misma disposición, en tanto agrega, como ya se transcribió: "En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo".



En este orden de ideas, encontrándose asentado como un hecho de la causa que Cencosud S.A. y Cencosud Retail S.A. forman parte de un mismo grupo empresarial, resulta evidente que lo obrado por la segunda produce un efecto económico beneficioso para la primera, quien tiene la propiedad mayoritaria sobre la segunda, lo cual necesariamente lleva al acertado rechazo de la excepción.

Por último, corresponde tener presente que, en la resolución del asunto, debe prevalecer aquella interpretación que conlleve una mayor protección y seguridad respecto de la tutela de la libre competencia. En la misma línea, el derecho comparado se ha encargado de otorgar una mayor flexibilización al concepto de empresa en sede de libre competencia, de modo de centrar la definición en la autonomía económica y no en la independencia que puede otorgar el estatuto jurídico, al señalar: *"Por otro lado, el concepto de empresa que a los efectos de la aplicación del derecho de la competencia ha venido acogándose tradicionalmente por las autoridades europeas ha sido recogido en la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que ofrece una definición, esta vez sí, positivada en su Disposición Adicional Cuarta, plenamente coincidente con la del derecho europeo. La LDC establece que: 'A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con*



independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiamiento'" (Derecho de la competencia. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, página 79).

Cuarto: Que, desestimada la excepción de falta de legitimación pasiva, para iniciar el análisis de los arbitrios impugnatorios, resulta pertinente destacar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, sino también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.



La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Sobre el particular, se ha dicho: *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado"*. (Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en



el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger *"no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro"* (Valdés, obra citada, página 187).

Quinto: Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica y que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

Sexto: Que asentados los conceptos vertidos precedentemente, el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que dispone, en lo pertinente: *"El que ejecute o celebre,*



individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores".

Séptimo: Que conforme al contenido de la disposición reproducida más arriba, esta Corte ha señalado en oportunidades anteriores - a modo ejemplar, Roles CS N°2578-2012, N°5609-2015 y, más recientemente, el N°278-2019 - que los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su



objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

En este sentido, no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que el mismo tienda a producir efectos que alteren la libre competencia. En consecuencia, y como antes se ha expresado, no es preciso que se concrete o desencadene un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad colusoria desplegada, de manera que, por el sólo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino considerado como un atentado contra los principios básicos que sustentan la normativa del Decreto Ley N°211, esto es, el otorgamiento de la misma oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia de las modalidades de ese mercado para cada uno de los actores que en él intervienen.

Octavo: Que las reflexiones anteriores son útiles para descartar una de las primeras alegaciones compartidas por las requeridas, en orden a que no existiría en el requerimiento y luego en la sentencia, claridad en torno a



la real naturaleza de la conducta imputada, esto es, si se trata o no del ilícito comúnmente denominado "hub & spoke", un acuerdo colusorio o una práctica concertada, puesto que lo cierto es que el sustrato esencial de aquello atribuido a las requeridas tiene que ver con la adopción de una regla común que influyó sobre la fijación de sus precios para la carne de pollo fresca. En otras palabras, más allá de la denominación técnica que se le otorgue, la imputación dice relación con que el accionar de las empresas no estuvo determinado por una libre fijación de precios, sino que hubo una voluntad común para el acatamiento de una regla cuya observancia fue, además, exigida por la competencia, todo lo cual ciertamente produjo efectos anticompetitivos, en tanto se alteró el precio que el consumidor debe pagar por un producto de difícil sustitución, que integra la canasta básica en el consumo de la mayor parte de la población.

Noveno: Que, establecidos cuáles son los elementos básicos para que se configure el ilícito de colusión y que es necesario sean acreditados por la requirente y establecidos por el tribunal, corresponde recordar que en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La del primer tipo consiste en pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestren claramente que ha existido



comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia, si es grave y precisa, sea suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos; por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, como ya lo ha señalado esta Corte con anterioridad, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta.

Décimo: Que, en este orden de ideas, las requeridas reprochan la forma en que el tribunal abordó el análisis de los antecedentes aportados, que se manifiesta en el motivo septuagésimo del fallo en alzada, al señalar: *“Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica”*.



Undécimo: Que el artículo 22 inciso final del Decreto Ley N°211 se limita a preceptuar: *"El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica"*. Sin embargo, esta Corte ha tenido oportunidad de razonar en torno a qué debe entenderse por sana crítica y cuál es la labor del juez en dicho sistema de apreciación. De este modo, se ha resuelto: *"La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo*



medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos"
(CS Rol N°396-2009).

El legislador en nuestro país ha expresado en diversas normas los elementos anteriores - disposiciones analizadas en extenso detalle en la sentencia CS Rol N°396-2009, citada con anterioridad - de las cuales se puede extraer que la sana crítica compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los sentenciadores. Específicamente, estas reglas imponen mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo, una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida a motivar o fundar sus decisiones de manera razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como el mérito mismo que se desprende de ellos.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá, por tanto, el señalamiento de todos los medios, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare. Con lo anterior, el análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es,



haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada, dejando explicitadas en la decisión las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas, teniendo especialmente en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto que fueran fácilmente observables. Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador quien se remite a tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos. Por lo mismo su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus



determinaciones, sino que, además, se quebranta la ley, vulnerando las garantías que el legislador concede a las partes, con lo cual se contraviene el ordenamiento jurídico en general.

Duodécimo: Que, a la luz de lo expuesto, en concepto de esta Corte la referencia que los sentenciadores hacen a una ponderación "*de manera holística*", no es más que una apreciación sistemática de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, lo cual siempre exige que en la sentencia deban precisarse necesariamente las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud se asigna valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso.

Es en este contexto y, a la luz de los parámetros ya analizados, que entregar a esta ponderación el calificativo de "*holística*", no exime a los sentenciadores de la obligación de realizar una valoración comparativa de los medios de prueba rendidos, esto es, determinando el valor de convicción que tiene el conjunto de pruebas aportadas, contrastarlas, analizar en qué se oponen unas a otras y, finalmente, decidir cuáles de ellas resultan más convincentes. En otras palabras, establecer el mérito o eficacia probatoria de los distintos antecedentes aportados en el proceso.



Décimo tercero: Que, entrando al fondo del asunto, útil resulta establecer ciertos lineamientos en relación al mercado relevante donde tienen influencia las prácticas imputadas.

Sobre la conceptualización del mercado relevante, se ha planteado por la doctrina: *"supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la cual las condiciones de competencia para el suministro de dichos bienes o servicios son suficientemente homogéneas, diferentes en todo caso de las otras áreas geográficas próximas"* (Alfredo Ugarte Soto. Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. vol.20 N°2. Año 2013). Se debe hacer presente que, en la definición de un mercado relevante, tiene además especial importancia el examen de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, esto es, determinar en qué grado es posible reemplazar un producto o transacción por otro, dentro de un territorio determinado.

Décimo cuarto: Que, relacionado con este tópico, no es posible soslayar que en autos CS Rol N°27.181-2014 esta Corte se pronunció sobre los recursos de reclamación entablados en contra de la sentencia que condenó a



Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Don Pollo S.A. al pago de sendas multas por la infracción al artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°2011 y, en ese contexto, se tuvo la oportunidad de analizar el mercado de la venta de carne de pollo fresca a nivel de los productores, realizando ciertas consideraciones en torno al producto que resultan también aplicables a este caso.

Así, por ejemplo, se estableció que el pollo congelado y el pollo fresco no son sustitutos perfectos; que cerca del 50% de las ventas realizadas por los proveedores corresponde a supermercados y una proporción importante de ese 50%, a las grandes cadenas; que no existe fundamento para concluir que exista un mercado relevante diverso para cada pieza o parte de pollo y, finalmente, que se trata de un producto que forma parte de la canasta básica de consumo de la mayor parte de la población.

Décimo quinto: Que, sin embargo, esta causa dice relación con un acuerdo en el mercado aguas abajo, esto es, el nivel donde los supermercados se relacionan con el consumidor final de modo que, si bien las consideraciones relativas al producto pueden influir en el caso, para efectos de delimitar un mercado relevante han de considerarse también otros aspectos más específicos.

En primer lugar, se trata de un mercado altamente concentrado. En este punto, el fallo recurrido no realiza un análisis del porcentaje preciso de participación de



mercado que se asigna a cada una de las empresas, sin perjuicio de lo cual esta Corte estará a aquellos expresados por la FNE en su requerimiento, que son los siguientes para el año 2011, conforme a su investigación:

<u>Supermercado</u>	<u>Participación de</u> <u>mercado al año</u> <u>2011</u>
Cencosud	34.05%
Walmart	33.68%
SMU	23.50%

Del recuadro anterior, es posible desprender que las tres requeridas, en conjunto, representan una alta participación de mercado, dejando a otros actores en una posición muy menor, puesto que su gran tamaño les permite comprar altos volúmenes y, a su vez, acceder a negociar con los proveedores un precio que les habilita para fijar mayor cantidad de promociones, precisamente aquellos escenarios donde se verificó la conducta imputada. Ello se relaciona - y se acentúa - al momento de considerar, tal como expresa el fallo recurrido, que el pollo fresco es un producto "loss leading", esto es, de aquellos en que los actores



pueden estar dispuestos a vender bajo costo, para así atraer clientes al local y aumentar las ventas de otros productos.

Décimo sexto: Que, respecto del mercado geográfico, las requeridas han afirmado que éste es local y, en efecto, desde el punto de vista de los consumidores efectivamente lo es, puesto que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados serán considerados por los compradores finales como sustitutos cercanos. Es así que para el cliente, el área comprendida en cada mercado geográfico varía, por ejemplo, por las características de la zona o el tiempo que demore el traslado a cada uno de los establecimientos, entre otros factores.

Sin embargo, esto debe conjugarse, a nivel supermercadista, con el matiz antes señalado, por cuanto la escala de operación de las principales cadenas de supermercados - las requeridas - les permite obtener significativas ventajas de costos, tales como, por ejemplo, la obtención de mejores condiciones de aprovisionamiento en comparación con competidores de menor tamaño. Así, a pesar que la competencia por los consumidores sea de carácter local, el precio y la oferta quedan determinados por decisiones que se adoptan a un nivel central, tal como viene resuelto y queda en evidencia de la gradual implementación de las áreas de *pricing*, precisamente



encargadas de la fijación centralizada de precios, todo lo cual obliga a una evaluación del mercado relevante, para este caso, a nivel nacional.

Décimo séptimo: Que, arribados a este punto, para efectos de determinar la concurrencia de los presupuestos legales del ilícito colusorio, es necesario el examen de la prueba que afecta a cada una de las requeridas por separado.

No desconocen estos sentenciadores la dificultad probatoria en relación a este tipo de conductas, la cual también ha sido analizada por la doctrina afirmando: *"en la medida en que las empresas suelen ser conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fraccionario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción única y continuada"* (María Labrada Mellado y Beatriz de Guindos Talavera. La infracción única y continuada. Anuario de la Competencia. Universitat Autònoma de Barcelona. España, año 2009, pág. 195 y siguientes).

Sin embargo, como ya ha señalado esta Corte en otras oportunidades, el grado de convicción que ha sido requerido para sancionar la colusión es la existencia de una prueba



clara y concluyente, lo cual demanda un examen no en relación a su cantidad, sino a su preponderancia y aptitud de convicción en relación a la conducta imputada. En efecto, la existencia de la regla y el control de su cumplimiento, dada su naturaleza, quedan de manifiesto únicamente cuando ella era infringida, puesto que un contexto de acatamiento por todas las requeridas, ciertamente no hacía necesaria comunicación alguna y, en este orden de ideas, aquello que debe primar al momento de ponderar los correos electrónicos objeto del proceso, no es su número, sino su contenido y extensión durante todo el periodo imputado, siendo posible colegir que, en el tiempo intermedio entre uno y otro mensaje, el patrón de conducta se mantuvo y fue seguido por los participantes.

En este orden de pensamiento, ha señalado la doctrina: *“Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre*



precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente". "A nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación" (La Libre Competencia en Chile, Aldo González, página 146, Editorial Thomson Reuters).

Décimo octavo: Que, en el presente caso, se cuenta con prueba material en relación al acuerdo de las partes. En efecto, son detalladamente analizados en la sentencia recurrida aquellos antecedentes obtenidos respecto de cada una de las requeridas, principalmente correos electrónicos que dan cuenta de la existencia de una regla, su observancia y la exigencia de que ella fuera cumplida por los demás competidores.

1. Cencosud.

Décimo noveno: Que, respecto de esta requerida, obra en autos una serie de correos electrónicos, dentro de los cuales se encuentran (se omiten referencias a datos sensibles, al tenor de las versiones públicas):

1. Correo de 19 de noviembre de 2008 enviado por Víctor Velásquez, Key Account Manager (KAM) de Agrosuper a Jorge Kuncar, product manager de Cencosud y Alfredo Calvo,



jefe de productos cárnicos, donde se expresa: *"Jorge, para estar seguros, realizamos revisión del PVP del pollo entero Súper Pollo de la competencia. Como verás el precio de venta que marca es de \$..., el cual ha sido el mismo durante los últimos días. Ruego a ustedes regular su precio"*.

2. Cadena de correos electrónicos de 19 de enero de 2009 donde participan los mismos funcionarios y se indica: *"Víctor, el compromiso que llegamos el viernes fue que el precio del pollo entero subiera a \$..., el sábado, no se cumplió"*. En un mensaje anterior, se señala: *"si les interesa que mañana hagamos un último intento por estabilizar el precio, no tenemos problemas en hacerlo, pero será nuestra última espera ya que llevamos más de 30 días"*.

3. Correo electrónico de Jorge Kuncar a Cristián Tirado, KAM de Ariztía el 10 de marzo de 2009, donde escribe: *"hace ya un tiempo les estamos informando que el precio del pollo entero se está prostituyendo en nuestra competencia. Les envío adjunto situaciones actuales de Líder Belloto y Líder Talca (...) Señores, necesito saber de manera formal cuál es la estrategia de precios de venta a público que ustedes manejan en este producto, ya que históricamente la banda de precio estaba fija en todo el mercado. Esperamos una respuesta concreta y no solo buenas intenciones"*.



4. Correo electrónico de 6 de julio de 2009, dirigido por Pablo González, product manager de carnes de Cencosud a Víctor Velásquez: *"Favor tus comentarios ante volante de la competencia 'Especial Súper Cerdo' donde está publicando bajo costo. Creo que como empresa hemos sido bastante respetuosos con la postura de no salir bajo costo, pero se hace difícil cuando vemos que nuestra competencia cada vez más seguido realiza este tipo de acciones"*.

5. Correo de 8 de enero de 2010, de Joseba Loroño, gerente de negocios de carnes de Cencosud a Daniel Concha, subgerente de cuentas claves de Agrosuper: *"no aceptaré diferencia en criterios frente a nuestros competidores. O todos publicamos sobre el costo con cualquier medio de pago, o todos podemos hacer lo que queramos con el negocio financiero, pero disparidades, no podemos aceptar"*.

6. Entre los mismos intervinientes y en la misma fecha anterior, se dijo: *"Daniel, habíamos llegado a un acuerdo y tú me aseguraste que el mercado estaba igualado en criterio arriba de costo. Hoy aparece publicado southern cross en el sur con trutro entero bajo costo (...) te pido tomar las medidas correctivas"*.

7. El 18 del mismo mes y año, los mismos funcionarios intercambian el siguiente mensaje: *"Daniel, ayer en la noche Tottus volvió a aparecer en la TV con la publicación bajo costo (...) Tenemos que definir (aunque ya lo habíamos*



definido) cuáles serán las reglas del juego para todos los participantes".

8. Más evidente resulta un correo de 25 de febrero de 2010, con el asunto "reunión Agrosuper/Cencosud" intercambiado entre Joseba Loroño y Daniel Concha, donde se señala el texto de aquello que se singulariza como "minuta de reunión de hoy", expresando en el punto d: "todas las ofertas comunicadas de manera masiva deben ir necesariamente sobre el precio lista del producto", para luego, en otro punto: "en el caso de que la competencia no cumpla el acuerdo señalado en el punto d), el proveedor asegura que el retail no tendrá producto exhibido en sus góndolas durante todo el periodo de la oferta". Se añade una observación que expresa: "ojo, que lo hablamos, la sanción es el corte de despacho, se suma además una segunda sanción la que consta de que la cadena de supermercado que no cumpla con lo acordado no tendrá ofertas en sección crudos por parte de Agrosuper por un periodo de 15 días".

9. Correo electrónico de Cristián Tirado a Cristian Calvo, donde le adjunta un mensaje enviado a Fernando Díaz, product manager de carnes de Tottus el 20 de agosto de 2010 y le dice: "Me complica vender bajo el costo, ya que desordena el mercado y produce una guerra de precios que no es deseada por ninguno de los actores", mensaje que se origina por la solicitud de Cristián Tirado de corte de despacho a su competencia.



10. Cadena de correos intercambiada entre Joseba Loroño y Daniel Concha los días 3 y 4 de mayo de 2011, donde el primero de ellos señala: *"La acción de Unimarc el fin de semana fue grave para nosotros. No podemos perder todo lo avanzado en ese sentido. Dime a qué se debió y cuáles fueron las consecuencias"*, ante lo cual el segundo responde: *"seguimos tal cual con las políticas bajo el costo y Unimarc no tuvo despacho y fue severamente castigado al respecto dado que este tipo de acciones ya no está en juego para nosotros, por lo pronto esta semana Unimarc sigue con problemas de despacho por parte nuestra por este tipo de situaciones"*.

Vigésimo: Que se han tomado, a modo ejemplar, correos electrónicos que se extienden durante todo el periodo imputado, a los cuales se suma la declaración testimonial de Joseba Loroño Andraca a fojas 1519 quien consultado por la FNE sobre quién fija el precio de venta a público, responde: *"cuando es arriba del costo, el supermercado. O sea, en este caso nosotros, no sé qué hacía el resto la verdad. Y cuando es bajo el costo, el proveedor no dejaba que saliéramos bajo el costo. Entonces, de cierta manera, es como que él fijaba el precio de venta"* (fojas 1566). Añade a fojas 1577: *"La restricción consistía en que nosotros no podíamos poner un precio de venta bajo el costo en ninguno de los productos de los proveedores de los que comunicábamos. Cómo ellos hacían saber esta restricción,*



por teléfono, mail", expresando que se refiere a Agrosuper y Ariztía, que se trató de una exigencia que se le informó cuando llegó a trabajar y agrega: "el proveedor cuando uno salía bajo el costo, te cortaba los despachos, entonces, que había que tener cuidado (...) cuando uno sale bajo el costo, te llamaban para reclamar".

En cuanto a las sanciones, explica a fojas 1590: *"a las penalidades que ellos me hacían a mí, que es cortar el abastecimiento o no ofrecerte productos buenos a futuro".*

Sobre la interacción con la competencia, expone: *"si él me amenaza [refiriéndose al proveedor] por cinco días por equis producto, lo que yo exijo es que amenace a mi competencia también (...) lo que yo exigía era que a mí no me trataran peor que a mi competencia" y luego, consultado a fojas 1582 sobre "¿por qué usted asume que en el caso de Walmart también hay una situación parecida? Responde: "no es que yo asuma, lo que yo le estoy pidiendo al proveedor es que no me castigue a mí y que al resto no le haga nada (...) en el fondo por qué me amenazai a mí si mi competencia está saliendo bajo el costo también. Entonces, es básicamente pedir igualdad de condiciones".*

2. Walmart.

Vigésimo primero: Que, en estrados, la representante de esta requerida realizó una distinción, entre aquello obrado por D&S y luego por Walmart, afirmando que existían correos electrónicos relacionados con la primera y que, por



tanto, no podían imputarse a Walmart, por cuanto no había aún asumido el control de la compañía.

Sobre el particular, no está discutido que Walmart, empresa extranjera, desde el año 2009, inició un proceso de integración con D&S S.A., que con anterioridad operaba diversas marcas de supermercados en el territorio nacional. Ello culminó con la adquisición de una participación mayoritaria y la operación bajo la razón social Walmart Chile S.A.

De lo anterior se desprende que Walmart Chile S.A. - la requerida - es la sucesora legal de D&S y, por tanto, asumió participación en ella con todos sus derechos y obligaciones anteriores, puesto que se trata de sociedades de capital. Ello impide que Walmart Chile S.A. pueda eximirse de responsabilidad por las actuaciones de D&S, por el contrario, está reconocido que existió una continuidad legal entre ellas.

Vigésimo segundo: Que, con todo, respecto de esta requerida existe también en autos un cúmulo de antecedentes, anteriores y posteriores a 2009, que dan cuenta de la efectividad de las imputaciones:

1. Correo electrónico de 29 de septiembre de 2008, intercambiado entre Patricio Delgado, KAM de Agrosuper, Julio Southerland, comprador de D&S y Roberto Hernández, también funcionario de esta última: "*Patricio, necesito que me des una respuesta formal al respecto ya que es*



inconcebible que teniendo tan malos niveles de servicio la competencia salga con esta oferta". La respuesta es: "Julio, te cuento que no se le está entregando trutro a Santa Isabel el día de hoy. Tal como lo conversamos, es una actividad que ellos implementaron sin ningún respaldo nuestro".

2. Correo electrónico enviado por Patricio Delgado a Luis Zamorano, comprador de carnes blancas de D&S, el 20 de enero de 2009, que indica: *"Lucho, te cuento que Cencosud dejó el precio del pollo entero a \$..... el kg tal como lo conversamos ayer. Necesito que lo iguales para que no sigan con esta pelea que todos perdemos plata. Si no lo aumentas ellos te igualarán y seguiremos perdiendo plata, te pido si lo puedes revisar ahora"*. Esta cadena inició con un mensaje de Luis Zamorano que expresó *"Si el Jumbo lo tiene a \$1490, nos deberíamos posicionar"*.

3. Correo electrónico de Alfredo Díaz, KAM de Agrosuper a Andrea Malhue, compradora de Walmart, el 3 de marzo de 2009, donde expresa: *"Andrea, estaríamos ok para el catálogo del 11 al 22 de marzo con la pechuga cocida granel, te adjunto propuesta con la situación (...) para salir a PVP \$....., ya que menos de eso quedamos bajo el costo lo que nos trae problemas comerciales con las otras cadenas"*.

4. Cadena de correos intercambiados entre Patricio Delgado y Alfredo Díaz, ambos KAM de Agrosuper, con María



Soledad Heisse, gerenta de D&S y Luis Zamorano, el 22 de octubre de 2009. Estos mensajes inician cuando María Soledad Heisse expresa: *"mi competencia de stgo (vegamercado) se quedó pegado con el pollo fresco a \$.... Por favor ayúdeme para 2 locales"*, a lo cual reacciona Patricio Delgado señalando: *"Luis, creo que podrías conversar con la gente de Ariztía ya que está sin margen el producto"*.

5. Correo electrónico de 23 de octubre de 2009 entre Luis Zamorano, Alfredo Díaz y Patricio Delgado, donde estos últimos reprochan: *"por último, en pechuga estás bajo el costo y no fue el precio acordado como PVP, no podemos salir bajo el costo"*, a lo cual el primero responde: *"nos juntamos el lunes y revisamos todos estos temas"*.

6. El 12 de noviembre de 2009 Luis Zamorano escribe a Alfredo Díaz y Patricio Delgado: *"Alfredo te adjunto el catálogo de Jumbo (...) acá aparece el trutro combinado tal para cual bajo el costo base. El mismo producto se dio para D&S para el catálogo siguiente, ante lo cual tuve que eliminarlo de mi catálogo. Te recuerdo que el costo es de \$.... Te pido que envíes esta información a quien corresponda, porque la próxima semana vamos a salir con la chuleta vetada a \$.... No puedo ir más caro"*. Frente a ello, se le responde: *"Luis, no podemos salir bajo el costo en la chuleta. Con respecto a Jumbo, ya se conversó con la cadena"*.



7. Cadena de correos electrónicos de 11 de junio de 2010, entre Luis Zamorano, Vincent Godon y Julio Southerland, todos funcionarios de Walmart, relativos al precio del pollo entero en la cadena Bigger, ante lo cual Luis Zamorano explica: *"según las conversaciones con los proveedores, han cortado los despachos de pollo entero por salir a un precio bajo el costo. No sé qué tan real sea este tema, habría que verlo directamente en los locales de la competencia para ver si tienen pollo entero"*.

8. Correos electrónicos intercambiados el día 25 de septiembre de 2009 entre Alfredo Calvo, jefe de productos cárnicos de Cencosud y Víctor Velásquez, de Agrosuper, que refiere una actuación de D&S en los siguientes términos: *"Alfredo, sé que es una cifra 'menor' pero de igual manera solicito encarecidamente que cumplas con el acuerdo tácito de salir sobre los costos con tus precios oferta, inclusive con las ofertas cerradas. Esta vez saliste \$... bajo margen y D&S reclamó"*.

9. Correo electrónico de 9 de junio de 2010, dirigido por María Soledad Heisse a Luis Zamorano, donde le indica que la cadena Bigger estaría vendiendo bajo costo. Frente a ello, el segundo responde: *"No sabemos si es promoción o no, pero es Ariztía a \$.... Favor ver y me cuentas (se supone que no pueden hacer esto con el pollo fresco)"*.

Vigésimo tercero: Que a estos antecedentes, además de aquellos que consigna el fallo en alzada, se une la



declaración testimonial de Luis Zamorano, quien a fojas 7548 señala: *"en el caso de que un competidor nuestro tenga un precio de venta que es inferior al costo de compra que nosotros tenemos en ese minuto, sí se levanta con el proveedor para conseguir un mejor costo de tal forma de ser competitivos frente a esa competencia"* y, específicamente, consultado por la comunicación de 12 de noviembre de 2009, da respuestas evasivas señalando que no sabe por qué se le señala que no puede salir bajo costo y que también desconoce a qué se refiere el proveedor con el *"precio acordado"*.

Sobre el correo de 20 de enero de 2009, declara: *"por el recuerdo que tengo, efectivamente nosotros fuimos con el pollo entero bajo el costo. Jumbo debe haber salido también con ese producto y estábamos ahí en esa...en esa guerra de precios. Hasta que él me dice, Jumbo ya subió a \$1.490, necesito que iguales; o sea, en ese minuto, claro, lo miro y digo no debería tener por qué estar conversando con él el precio de venta de ese producto"*. Agregando que no entiende por qué el proveedor menciona que *"no sigamos perdiendo plata"* y reconociendo luego que comunicó al productor sus gestiones en relación al precio de venta, explicando que *"hoy día es algo que no contestaría"*, agregando que fue amonestado por dicho motivo y que el cambio en su conducta precisamente radica en la asistencia a charlas relacionadas con la libre competencia.



Declara también Julio Southerland, funcionario de Walmart desde 2006, quien a fojas 6548, consultado si el proveedor se oponía a las ventas bajo costo, responde que sí, añadiendo: *"Agrosuper era el que más alegaba. Y Ariztía también, muchas veces llamó y 'oye estai' bajo el costo, te vamos a cortar el despacho"*. Añade: *"cada vez que nosotros salíamos una promoción bajo costo, nos cortaba despacho. O cuando ya era repetitivo en un local también cortaba despacho"*.

Preguntado a fojas 6600 si reclamó a los proveedores de pollo, en los casos en que las cadenas competidoras efectuaban ventas bajo el costo, responde: *"si yo tenía un mal nivel de servicio como se explica en el mail, sí, pero por el nivel de servicio no por el precio"*, añadiendo que las ventas bajo el costo de las cadenas de la competencia afectaban el nivel de servicio a Walmart.

3. SMU

Vigésimo cuarto: Que, respecto de esta requerida, también existen antecedentes relativos a su actuación respecto de los precios de la carne de pollo fresco, en el periodo investigado, a modo ejemplar:

1. Correo electrónico de Pablo González, administrador de la categoría de carnes de SMU a Francisco Noguera, subgerente de cuentas claves de Agrosuper, de 29 de septiembre de 2009, donde expresa: *"Francisco, según lo conversado encuentro que es importante lograr mantener la*



política de no salir bajo costo que finalmente, como tú dices, sólo desordena el mercado. Por nuestro lado trataremos de mantener en pie esta postura hasta donde la competencia nos lo permita ya que entenderás que durante la Mega Promo estaremos haciendo una apuesta hacia el incremento de ventas de sus productos, lo que podría verse perjudicado por acciones de precios bajo costo por nuestra competencia y generar sobrestock en las salas. Es por eso que necesito el apoyo de ustedes para evitar este tipo de escenario". La respuesta, del mismo día, indica: "sólo queda la palabra y hacer respetar los acuerdos, al día de hoy por parte de tu competencia debiera ser efectivo y seguiremos insistiendo".

2. Correo electrónico de 28 de noviembre de 2009, enviado por Miguel Villabona, sub gerente de ventas de Ariztía a Carlos José Tellería, KAM de Ariztía para SMU y Ricardo Herrera, administrador de carnes de SMU: "*Ricardo, personalmente llamé a todas nuestras sucursales y envié correo para instruir la no entrega de pollo entero por este tema". Ello, luego de un correo anterior donde se señalaba: "En este momento estamos informando a nuestras distintas sucursales que deben suspender los despachos de pollo entero C/M a la cadena Bigger debido a que el precio está bajo el costo".*

3. Correo enviado por Ricardo Herrera a Francisco Noguera el 6 de mayo de 2010. El mensaje que le sirve de



antecedente tenía el asunto *"Toma de precios 5 mayo Líder Punta Arenas-Agrosuper"* y la respuesta es del siguiente tenor: *"Francisco, adjunto toma de precio en Punta Arenas. Pollo entero y Pechuga Entera Bandeja, lo venden bajo costo. Necesito que normalicen los precios hoy, de manera contraria me den los descuentos que le otorgan a la competencia para poder vender a esos precios"*.

4. Correo electrónico interno de SMU, intercambiado entre Rodrigo Cabrera, administrador de la categoría de Carnes, Manuel Cáceres, gerente de mercado y Claudia Fuentes, el 18 de junio de 2010, indicando: *"Manuel, Claudia, el PVP del trutro entero informado es bajo el costo y eso no se puede hacer, si Bigger lo hizo el fin de semana pasado debieron informar para reclamar de inmediato"*.

5. Correo electrónico entre Francisco Noguera, Rodrigo Cabrera y José Francisco Valdés - KAM de Agrosuper para SMU - de fecha 1 de septiembre de 2010: *"Francisco, una cosa es ser competitivo y agresivo en precios, otra distinta es destruir el valor de una categoría, hay normas de conducta no escritas que se deben respetar como el costo de lista y en este caso no se está cumpliendo"*.

6. Correo interno de SMU, entre Rodrigo Balbontín, administrador de la categoría cerdos de SMU a Héctor Uribe, administrador del local SMU en Chimbarongo, con copia a Rodrigo Cabrera, de 12 de diciembre de 2011, donde el



primero señala: "Héctor, cómo estás. Estamos revisando la problemática de precios entre locales en mitigación. Por otro lado, tu fiscalización es clave en diciembre (...) Favor cuando hayan precios bajo el costo sácales una foto y entrégnos la descripción y dirección del local para exigir al proveedor que les corte el despacho si no normalizan sus precios a precios competitivos. Dame urgente la información solicitada para que tomemos medidas hoy".

Vigésimo quinto: Que, a los correos electrónicos citados, más aquellos que se exponen en la sentencia impugnada, se une la declaración de Pablo González Coquelet, quien a fojas 7450 expresa: "el proveedor a veces solicitaba no salir bajo el costo, por un tema de abastecimiento. Cuando entregaba una oferta se programaba creyendo en un rango de precio en que uno podía salir, si nosotros salíamos con un precio más fuerte todavía, que podría haber sido un precio bajo el costo, iba a haber una demanda de productos más allá de lo que él podía satisfacer". Luego añade: "era una política entre SMU y en este caso el proveedor Agrosuper, de tratar de no salir bajo el costo a una petición de él, para evitar desordenar el mercado. A mí tampoco me interesaba que todos los actores empezaran a pedir descuentos, porque a veces se los podían otorgar y me podían mejorar el precio que yo tenía publicado".



Se le exhibe la declaración que prestó durante la investigación de la FNE, la cual reconoce y luego admite a fojas 7462 *"un acuerdo entre SMU y Agrosuper de no salir bajo el costo, como fue solicitado por la empresa Agrosuper. Y que quedaba condicionado a que si SMU requería ser más competitivo, lo iba a ser"*. Se refirió en dicha declaración, además, a un *"acuerdo de caballeros"* cuyos actores eran también *"las otras cadenas de supermercados"*. Así lo reitera a fojas 7467, al referir que *"tenía una práctica de no salir bajo el costo porque la empresa me pedía rentabilizar la categoría"*, expresando que tal acuerdo era entre SMU y Agrosuper.

4. Antecedentes comunes

Vigésimo sexto: Que, finalmente, existen declaraciones testimoniales que involucran a las requeridas en conjunto:

1. Declaración de Pablo González Coquelet, subgerente de carnes de SMU, quien señala que hasta agosto de 2009 ejerció funciones como product manager de carnes rojas de Cencosud y a fojas 7456 asevera: *"yo lo que sí sabía es que cuando estuve en Cencosud se me pudo haber hecho el mismo requerimiento, por eso el proveedor menciona que yo sé cómo funciona"*. Solicitado que aclare a qué se refiere con ese requerimiento, responde: *"de no salir bajo el costo con un producto (...) que es una solicitud que hacía el proveedor"*. Añade *"en Cencosud el proveedor también me solicitaba no salir con los productos de cerdo bajo el costo"*.



2. Declaración de Cristián Tirado Zañartu, KAM de Ariztía, quien a fojas 7094 señala: "cuando alguna cadena veía que la competencia estaba con un precio muy agresivo, le llamaban el famoso bajo costo, recibíamos un llamado, yo personalmente o el key account, recibiendo un mal trato, diciendo que en un principio queriendo igualar el descuento (sic), asumiendo que nosotros habíamos dado un descuento especial para llegar a esas condiciones, cosa que no era así, entonces cuando decíamos que no podíamos igualar las condiciones, que no podíamos entregarle un descuento excesivo pa que él llegara a esas condiciones, en muchos casos recibíamos amenazas. Amenazas como eh... o sea, pedía que bloqueáramos en algunos casos los despachos hacia esa cadena en particular, y por otro lado decía que no iba, iba a bloquear la orden de compra que nosotros, que nos había hecho, por lo tanto que no iba a recibir producto nuestro, eh, que no íbamos a participar en promociones, en las siguientes promociones, por lo tanto íbamos a perder participación de mercado, o directamente que habláramos con la otra cadena para que subiera los precios".

Añade: "en general hablé con Cencosud y con SMU particularmente. Algo... o sea, lo había hablado con Supermercados del Sur, que estaba acá, y en algún momento con Tottus, tuvo que haber sido". Luego, solicitado que explique por qué una comunicación con Supermercados del Sur es reenviada a un funcionario de Cencosud, aclara: "para



que me quitara la presión de encima, en el fondo, eh... para que viera que yo había hecho lo que él quería, que era intervenir en esto del precio mínimo".

Sobre el mismo punto anterior, a fojas 7096, en relación a Cencosud, explica: *"él quería que igualáramos las condiciones que él creía que tenían en cuanto a descuento [en referencia a SMU]. A nuestra respuesta negativa, porque no estábamos dispuestos a dar esos descuentos, él pedía muchas veces que bloqueáramos los despachos como medida (...) y tres que habláramos con ellos".*

Finalmente, preguntado sobre la finalidad del corte de despacho, responde: *"que suba el precio".*

3. Declaración de Francisco Noguera Lecaros, subgerente de cuentas claves de Agrosuper, quien señala haber atendido las cuentas de Cencosud y SMU. Consultado a fojas 5809 *"¿entre quién sería este acuerdo de no salir en productos de la mega bajo los costos de precio de lista entregados?"* responde: *"entre Agrosuper y la cadena"* y agrega: *"velando por el interés de los, del resto de los clientes y de acuerdo a las políticas que se ... comerciales que se fijan"*. A continuación, indica *"quedamos de acuerdo en no salir bajo el costo pa no volver y que no se genere... y que no... y que me genere nuevamente un debate, o hacer una gestión con el resto de las cadenas"*.

Finaliza señalando que se trataba de un acuerdo de palabra y basado en la confianza.



4. Declaración de Juan Carlos Gosen, a cargo del área de alimentación de Walmart, quien a fojas 2963 señala: *"era la práctica que tenía el proveedor, ciertos proveedores tenían las prácticas de cortar los despachos cuando, yo voy a hablar por mi cadena, uno vendía bajo el costo"*.

Vigésimo séptimo: Que todas las probanzas antes reseñadas, sumadas a aquellas que fueron ponderadas en la sentencia recurrida, dan cuenta de la existencia de un comportamiento concertado entre las requeridas, que se materializaba a través de sus proveedores, consistente en fijar sus precios de modo que éstos no fueran menores al precio de lista mayorista más IVA, respecto de la venta de carne de pollo fresco al consumidor, en precios promocionales. En efecto, hay correos electrónicos emanados de cada una de ellas, ya sea internos entre sus funcionarios o intercambiados con los proveedores comunes, donde fluye que se hacía un activo monitoreo de los precios de la competencia, con la finalidad que, cuando quedaba en evidencia que otra de las requeridas vendía la carne de pollo fresca bajo el precio de lista, se levantara esta información hacia el proveedor, manifestándole, ya sea un reproche a la circunstancia de haberse infringido el patrón de conducta o, derechamente, exigiendo la aplicación de medidas sancionatorias a ese competidor.

En este orden de ideas, no se trata solamente de comunicaciones solicitando al proveedor mejores condiciones



- lo cual permite descartar la hipótesis alternativa planteada por las requeridas - puesto que en el tenor de los correos electrónicos y el análisis conjunto de éstos con la prueba testimonial citada, aparece que directamente los competidores se acusaban entre sí con el proveedor, en conocimiento que dicho aviso significaría que, entre otras medidas, los productores cortarían el despacho a los infractores, como medida de presión para la elevación de precios. De este modo, también cada una de las cadenas estaba consciente que vender bajo costo traería conflictos, no con el proveedor, sino con la competencia.

Vigésimo octavo: Que esta Corte no desconoce que la venta bajo el costo - en la medida que no se configure una práctica de precios predatorios - no es en sí misma una actuación ilícita y puede de manera legítima formar parte de la estrategia comercial o de posicionamiento de un actor determinado del mercado. En este sentido, no se reprocha de las requeridas el solo hecho de vender bajo el costo.

Por otro lado, tampoco cuestiona esta Corte la circunstancia de que los supermercados hubieren llevado un catastro de los precios de su competencia, a fin de compararlos con los propios y así evaluar cuál es su posición en el mercado, en la medida que se trata de información pública que está disponible en las salas de ventas de cada uno de los establecimientos e incluso



existen empresas que ofrecen dentro de sus servicios, el procesamiento y entrega de estos antecedentes.

Aquello que se reprocha de las requeridas radica en que la fijación de sus precios promocionales no fue libre, puesto que estuvo condicionada a una regla que acataron bajo el entendimiento que sus competidoras también lo harían, formulando reparos cuando ello no ocurría, los cuales se canalizaron a través de los proveedores que, a mayor abundamiento, tenían también un acuerdo relativo a cuotas de producción. Todo esto se verificó, a lo menos, durante el periodo indicado en el requerimiento, esto es, entre los años 2008 y 2011 y significó que el valor de venta al consumidor final de carne de pollo fresca no se estableció a la luz de la oferta y la demanda, sino que se vio intervenido por un patrón de conducta de los oferentes, con el consiguiente perjuicio a los consumidores en relación a un producto altamente demandado a nivel nacional y difícilmente sustituible.

Lo anterior resulta aún más patente si se considera que esa alta demanda de la carne de pollo influye en la elección que el consumidor haga de uno u otro local y, en tales visitas, la experiencia indica que no sólo se adquiere ese producto, de modo que también puede estimarse que la regla de conducta tuvo efectos en la demanda de otros bienes.



Vigésimo noveno: Que cada una de las requeridas discute la efectividad de los hechos, afirmando que, de existir una regla - la cual niegan - igualmente realizaron ventas bajo el costo y, de este modo, presentan informes que acreditarían dicha circunstancia.

Sin embargo, coincide esta Corte con aquello que expresa el TDLC en cuanto a que dichas situaciones evidenciarían únicamente situaciones de ineficiencias de la regla, pero no son suficientes para desvirtuar su existencia.

Incorpora Walmart un informe denominado "Ventas bajo el costo y márgenes del pollo fresco en Walmart 2008-2016, elaborado por los profesionales Alexander Galetovic y Claudio Montenegro, quienes expresan que, analizados los patrones de ventas, *"366.241 veces un local de Walmart vendió por debajo del costo alguna pieza de pollo fresco de algún proveedor durante un día (...) uno de cada tres locales de Walmart vendía alguna pieza de pollo por debajo del costo"*. Sin embargo, tal conclusión no es suficiente para modificar lo que se viene resolviendo, precisamente porque se trata de un producto que es vendido por los supermercados en distintas presentaciones - ya sea el pollo entero, en piezas o trozos - y se ha coincidido en que la estructura de precios de la industria supermercadista se fija a nivel local, en relación a la competencia con el establecimiento más cercano y dentro de un espacio



territorial acotado, de modo que, por ejemplo, los precios del pollo fresco en una ciudad, no necesariamente se replican en las demás. En otras palabras, el hecho que en alguna sucursal se vendiera determinada pieza de pollo bajo el costo, no fija parámetro alguno que permita presumir qué ocurría en las demás.

Por otro lado, SMU incorpora el informe denominado "Evaluación de la hipótesis de colusión para la fijación de precio de venta de pollo en supermercados" emitido por Rómulo Chumacero y Cencosud acompaña el texto "Evaluación económica de argumentos FNE versus Cencosud" de Carlos Noton Norambuena. Ambos se centran, en primer lugar, en afirmar que cada una de estas empresas vendió bajo el costo en diversas oportunidades - a lo cual resulta aplicable el argumento ya consignado en el párrafo anterior - y, además, en cuestionar la teoría plasmada en el requerimiento, por la vía de añadir al análisis los efectos del cartel que existía aguas arriba. El primero de estos informes expresa: *"de haber sido efectivo un acuerdo colusivo entre productores (aguas arriba), en general, no sería de su interés fomentar o facilitar un acuerdo colusivo entre supermercados (aguas abajo) debido al problema de doble marginalización que se presentaría, prefiriendo fomentar la competencia aguas abajo. Una manera de maximizar utilidades aguas arriba, es la de fijar precios máximos de reventa aguas abajo; garantizando así que los supermercados no*



puedan restringir la oferta de carne más allá de donde el productor maximice beneficios, aun en caso en que los supermercados estuviesen coludidos". El segundo de estos documentos refiere: "el escaso poder de negociación por parte de Cencosud frente al cartel de productores de pollos hace imposible que Cencosud pudiese establecer unilateralmente los términos comerciales necesarios para la ejecución de un acuerdo como el imputado por la FNE".

Trigésimo: Que, dado que esta Corte no puede emitir un pronunciamiento sobre el mercado aguas arriba, menos aún en los términos de condena solicitados por el arbitrio de los terceros Odecu y Conadecus, puesto que ello, según viene resuelto, no formó parte del requerimiento, sólo se limitará a recordar que, según se estableció en la sentencia CS Rol N°27.181-2014, el acuerdo entre los productores no dijo relación derechamente con la fijación de precios - si bien influyó en ellos - sino con el establecimiento de cuotas de producción. Se indicó en esa decisión: *"Que en el contexto descrito, el tribunal dio por establecido que existió un acuerdo entre las empresas avícolas requeridas, coordinado por la APA, consistente medularmente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne de pollo destinada al mercado nacional. Para concretar la conducta, se determinaba anualmente la cantidad de carne de pollo a ser producida para el mercado nacional. Además, la APA*



formulaba recomendaciones o sugerencias de ajustes de cargas futuras. Se precisó que la principal preocupación de la APA y de las empresas requeridas se concentró en evitar excesos de oferta de carne de pollo con el fin de mantener el precio en el mercado nacional en niveles superiores a los que se habrían observado en ausencia de un acuerdo. Agregó el tribunal que se usaron herramientas para restringir o ajustar la oferta como matar crías recién nacidas, aumentar el stock o el inventario de carne de pollo, congelar la producción o aumentar la exportación. Estableció que las requeridas eran conscientes de la aptitud objetiva de sus acuerdos de producción para afectar la libre competencia, concretamente, influir en el precio de la carne de pollo" (motivo vigésimo octavo).

El contexto fáctico, establecido de esa forma, permite comprender la participación de los proveedores en la coordinación de los supermercados para el cumplimiento de la regla de fijación de precios, puesto que una guerra de precios entre ellos necesariamente significaría una mayor demanda que, atendido el establecimiento de las referidas cuotas, los productores habían acordado no solventar. Por otro lado, la regla también beneficiaba a las requeridas, puesto que les permitía contar con una banda de precios constante que impediría el éxodo de clientes a las salas de venta de la competencia y, en ese sentido, fue seguida, acatada y monitoreada por los supermercados.



De ahí se puede entender, por un lado, las referencias a la "estabilidad" y al "orden" del mercado que contienen muchos de los correos electrónicos que han servido como prueba en la presente causa y, por otro, la circunstancia de que aquellos correos hubieren surgido únicamente cuando la regla era rota por alguno de los participantes, puesto que, como se adelantó, en los momentos de estabilidad, no era necesaria comunicación alguna.

Trigésimo primero: Que, establecidos los hechos en la forma ya descrita, respecto de la intencionalidad, esta Corte ha resuelto con anterioridad: *"Las conductas de quienes se concertan deben estar relacionadas con el conocimiento y la finalidad de la obtención de un beneficio o/y un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico"* (CS Rol N°2578-2012). Sobre el punto, la doctrina ha señalado: *"Por acuerdos expresos comprendemos a aquellos pactados en términos explícitos y directos, acordados tanto por vía escrita como oral. En tanto que por acuerdos tácitos entendemos a los inferidos a través de antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente nos conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia"* (Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., "Colusión Monopólica, Prueba de la



Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos, en "Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A. página 60).

Trigésimo segundo: Que las pruebas reseñadas tanto en esta decisión como en la sentencia impugnada, permiten establecer una conducta continuada en el tiempo, caracterizada por una intencionalidad común y un conocimiento de parte de cada una de las requeridas, de los efectos anticompetitivos que ella traía consigo. En efecto, como ya se adelantó, se quería precisamente evitar que alguno de los supermercados incurriera en una rebaja excesiva de sus precios que obligara a la competencia a posicionarse y, en definitiva, disminuir las utilidades que genera la venta de un producto de alta demanda, como es la carne de pollo fresca.

Relacionado con lo anterior, si bien la carencia de un contrafactual concluyente impide determinar cuál habría sido la cantidad de precios promocionales, de no haber existido la regla de comportamiento, la forma de construcción de la regla indica que la prohibición de vender bajo el costo necesariamente motivó que las requeridas, para "*no tener problemas con la competencia*" - según se expresa en los correos electrónicos ya ponderados - debieron elevar sus precios, salvo en aquellas oportunidades en que infringieron dicha pauta de comportamiento y, como consecuencia, se generaron los



correos electrónicos que acreditan la existencia del ilícito.

Trigésimo tercero: Que, respecto del poder de mercado, este elemento fue insertado en el artículo 3° del Decreto Ley N°211 por la Ley N°20.361 de 13 de julio de 2009, puesto que el texto anterior del precepto refería en su letra a): *“Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”*.

Según se ha analizado en oportunidades anteriores, en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.361 ha quedado reflejado el fundamento por el cual fue reemplazada la frase *“abusando del poder”* por *“que les confieran poder de mercado”*. En la tramitación del proyecto de ley, en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se explica respecto de la nueva redacción de la letra a), que los acuerdos que se celebren por los competidores *“deben conferirles el poder para abusar en el mercado”*, de otro modo no debiera ser sancionable. Así, *“la exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad”*, puesto que el *“poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar condiciones de comercialización, de manera*



independiente al resto, con la posibilidad de abusar". Es así que la expresión "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran" encuentra equivalencia en "los acuerdos (...) que les confieran poder de mercado". (Historia de la Ley N°20.361).

En efecto, el elemento subjetivo del tipo sancionatorio, en que el o los sujetos activos del ilícito deben tener la voluntad de abusar del poder que les confieren en el mercado los acuerdos que celebren o ejecuten, encuentra su correspondencia en la nueva redacción, en el antecedente de que los acuerdos a que llegan los sujetos activos de la conducta, deben otorgarles influencia en el mercado.

De este modo, la referencia al "poder de mercado" se concreta mediante acuerdos que desarrollen la capacidad de fijar condiciones de comercialización, lo cual constituye una forma particular de abusar de dicho poder, precisamente, por los acuerdos adoptados. Ambos elementos reposan en que los sujetos activos del actuar ilícito estructuran una voluntad común, expresa o tácita, destinada a celebrar o ejecutar conductas que les permitan hacer mal uso del poder que obtengan. El mal uso o abuso del poder se encamina a concretar atentados contra la libre competencia en las actividades económicas o en los mercados. En consecuencia, el legislador castiga a quien abusa o hace mal uso de la capacidad que tiene de influir directamente



en la fijación de precios de los bienes y servicios que produce, distribuye o vende, alterando las leyes de la oferta y la demanda en su beneficio y/o en perjuicio de terceros en un mercado determinado.

Trigésimo cuarto: Que, conforme a lo razonado, en los términos en que ha sido descrito en los motivos precedentes, el acuerdo ejecutado por las requeridas sin duda les ha conferido poder de mercado, en tanto sus precios no han sido fruto de una fijación libre, sino que se ha establecido para éstos un piso mínimo, a través de una regla que las empresas acataron y cuyo cumplimiento monitorearon y exigieron, que incidió en el valor de la carne de pollo fresca, un producto que, según se ha dicho, es de alto consumo en el mercado nacional, erigiéndose como uno de los elementos importantes de la canasta básica familiar.

A su vez, concuerda esta Corte con aquello que manifiesta la FNE en su arbitrio impugnatorio, esto es, que si bien la señalada regla tenía aplicación - ello no ha sido discutido - únicamente en los precios promocionales, sin perjuicio de lo que se resolverá en torno a la determinación del monto de la multa, lo cierto es que aquel universo de precios promocionales ocurre en un escenario colusivo y afectaba a todas las ventas de pollo fresco, de modo que es lógico concluir que, de haberse fijado libremente los precios, el número de promociones hubiere



sido mayor a aquel que efectivamente se verificó bajo el imperio de la regla.

En otras palabras, tomando en consideración que se trata de un mercado relevante en el que los operadores nacionales requeridos tienen una participación de suyo importante, respecto de un producto de alta influencia en el consumo nacional, no corresponde sino concluir que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado, afectando seriamente el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, la libre competencia en los mercados y ello por la vía de acordar y exigir determinados precios de venta al público, evitando o entorpeciendo la natural intermediación de los bienes.

En suma, por medio de este acuerdo las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él, lo cual permite calificar estos hechos como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, perpetrado entre los años 2008 y 2011.

Las conductas, además, pueden subsumirse dentro del tipo general del inciso primero del artículo 3°, puesto que ciertamente constituyen hechos que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

Trigésimo quinto: Que corresponde, a continuación, razonar en torno a la prescripción alegada por las requeridas y la discusión respecto a si se trata, en la



especie, de un ilícito continuado, permanente o de varios hechos sucesivos que deban considerarse de manera aislada.

Sobre el término de la prescripción, el artículo 20 del Decreto Ley N°211 preceptúa, en lo pertinente: *"Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.*

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción".

Consta en autos que el requerimiento fue notificado el 7 y 20 de enero de 2016.

Trigésimo sexto: Que esta Corte ya ha resuelto con anterioridad la problemática relativa a la unidad y pluralidad de acciones, recurriendo a la doctrina penal que ha desarrollado profusamente el tema, expresando que la unidad jurídica de acción se da en situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones u omisiones que se complementan. Así, se ha conceptualizado el delito permanente como *"aquellos en los que se crea una situación*



fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación (...) crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga (...) con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento" (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 272).

El mismo autor se refiere al delito continuado expresando: *"se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas"* (Obra citada, pág. 275).

En aquello relativo específicamente a la libre competencia, esta Corte también ha resuelto el punto en autos Rol CS N°6249-2014, donde se expresó, en esa oportunidad, que *"el ilícito de colusión de precios en la*



ruta Santiago Curacaví, objeto del requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando" (motivo vigésimo).

Trigésimo séptimo: Que, en este caso, se observa la existencia de una regla que tiende a un objetivo común, como es la fijación de un piso mínimo del precio respecto de un mismo bien, como es la carne de pollo fresca, todo lo cual se verificó entre las mismas empresas implicadas, a través de un grupo relativamente estable de ejecutivos, cumpliendo durante el periodo imputado con una misma forma de ejecución y análoga pauta de actuar ante eventuales incumplimientos de la regla por parte de los competidores,



a saber los contactos vía correo electrónico, dirigidos a los proveedores comunes.

Como ya se adelantó y se ha fallado en otras oportunidades (a modo ejemplar, CS Rol 27.781-2014), el hecho de no haberse allegado prueba específica de algunos períodos de la duración del acuerdo no resulta ser un elemento de convicción suficiente para descartar su continuidad y/o para llegar a la conclusión de haberse concebido un nuevo acuerdo que diera inicio a un periodo distinto, pues se comprobó que, en el marco de la infracción establecida que duró varios años, se verificaron permanentemente idénticas manifestaciones del pacto en períodos diferentes, circunstancia que conduce naturalmente a determinar que no operó suspensión o cambio de modalidad en la forma de hacer operativo el cartel, sin que exista prueba o se hubiere alegado algún periodo de interrupción.

Trigésimo octavo: Que, en este escenario, para efectos de resolver la prescripción alegada, debe estarse al último acto constitutivo de la infracción ocurrido durante el año 2011, de modo que a la fecha de notificación del requerimiento, no había transcurrido el término extintivo.

Sin perjuicio de lo ya razonado, la aplicación de aquella versión del Decreto Ley N°211 vigente al momento de inicio de la conducta, conforme a cuyo artículo 20 *“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta*



atentatoria de la libre competencia en que se fundan”, tampoco tendría influencia en aquello que se viene resolviendo, puesto que, aun considerándose cada acto de colusión de manera aislada, la comisión de aquellos posteriores produciría el efecto de renovar la acción persecutoria, haciendo perder el tiempo de prescripción transcurrido y así, finalizando éstas el año 2011, igualmente no operaría el término extintivo.

Trigésimo noveno: Que, arribados a este punto, encontrándose establecida la existencia del ilícito en los términos ya descritos, sin que hubiere operado la prescripción de la acción y, además, asentado que dicho acuerdo confirió a las requeridas poder de mercado y produjo efectos anticompetitivos, todo a la luz de lo establecido en el artículo 3° inciso primero y letra a) del Decreto Ley N°211, corresponde razonar en torno a las sanciones aplicables y, en primer lugar, respecto de la multa.

Cuadragésimo: Que, en aquello que concierne a la cuantía del castigo pecuniario, como ya se explicó, la aplicación temporal de las normas relativas a su evaluación debe remontarse al año 2011, fecha en la cual cesó la conducta colusiva y que constituye, por tanto, el hito que fija la normativa aplicable a todo el periodo en que ella se extendió.



□El 13 de julio de 2009, se dictó la Ley N°20.361, que modificó el artículo 26 letra c), en lo pertinente: “c) *Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo*”.

□Útil también resulta destacar que sólo con posterioridad a los hechos objeto del requerimiento, esto es, el 30 de agosto de 2016, se dicta la Ley N°20.945, que incorpora otros parámetros como el 30% de las ventas del infractor



correspondientes a la línea de productos o servicios asociadas a la infracción, el doble del beneficio económico y, en caso de no poder determinarse éstos, un tope máximo de 60.000 UTA, los cuales no resultan aplicables en la especie, circunstancia que impide acceder a la petición de su consideración, planteada por las requeridas.

Cuadragésimo primero: Que, a fin de entender el razonamiento que permitió al TDLC arribar a los montos impuestos a través de la sentencia que se impugna, conviene reconstruir el proceso argumentativo que aparece en sus motivos 213° y siguientes.

Parten los sentenciadores aclarando que, en su concepto, no es correcto utilizar la totalidad de las ventas de pollo fresco de los supermercados, puesto que ello implicaría equiparar un acuerdo que sólo incidió en una proporción menor de las decisiones de precio de los establecimientos, con uno que afecta la totalidad de los productos involucrados. Añaden que no es posible acudir al beneficio económico obtenido por los infractores, porque existen deficiencias informacionales en el expediente, puesto que esa prueba no fue rendida por la FNE y, además, porque el cálculo del beneficio es complejo si se considera que se requiere determinar un contrafactual adecuado, siendo ello difícil por la interdependencia en la demanda de los distintos productos vendidos por los supermercados.



En consecuencia, se opta por tomar las ventas netas de pollo fresco, las cuales han sido obtenidas de las bases de datos utilizadas en los informes acompañados por las tres requeridas, excluyendo el pollo congelado y considerando sólo las ventas netas realizadas por Agrosuper, Ariztía y Don Pollo.

Se razona señalando que el margen promedio de la venta minorista del pollo fresco es del 25%. En atención a ello, se toman como ventas afectadas aquellas por las cuales se obtuvo un margen de 0% a 10%, esto es, cercano al costo, por lo cual la probabilidad que la venta estuviera afectada por el acuerdo es alta. Ello da como resultado que en promedio el 6,5% a un 7,5% de las ventas se habrían visto afectadas.

Finalmente, de ese universo, se considera que el reproche que merece la conducta se ve reflejado mediante la imposición de una multa de un 20% de esas ventas afectadas, durante todo el periodo en que se acreditó el ilícito.

Para SMU se proyectó el cálculo a los años 2008 y 2009, porque sólo se cuenta con el cálculo de los años 2010 a 2011; mientras que para Cencosud no se dispone de los datos del primer semestre de 2008, los que se obtienen multiplicando el segundo semestre, por la proporción promedio entre cada semestre de los otros años.



La aplicación de lo anterior da como resultado 5.766 UTA para Cencosud, 3.438 UTA para SMU y 5.580 UTA para Walmart.

Cuadragésimo segundo: Que un cálculo a partir de los datos aportados, en un escenario conservador que estime como ventas afectas el 6,5% de las ventas totales, permite concluir que el TDLC razonó en torno a las siguientes cantidades, expresadas en UTA:

Requerida	Multa (20% de las ventas afectas)	Ventas afectas (6,5% de las ventas totales)	Ventas totales de carne de pollo fresca
Cencosud	5.766	28.830	443.538
SMU	3.438	17.190	264.462
Walmart	5.580	27.900	429.231

La FNE, por su parte, en el recurso de reclamación refiere montos según el siguiente detalle:

Requerida	Ventas totales de la categoría según la FNE (en UTA)
Cencosud	411.857
SMU	245.571
Walmart	398.571

Cuadragésimo tercero: Que el artículo 26 letra c) del Decreto Ley N°211 exige que para la graduación de la cuantía de la multa "se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido



con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación". Sobre estas circunstancias, en cuanto a su influencia en el monto del castigo pecuniario, el TDLC en su motivo 218° se limita a señalar: "se debe considerar que no obstante el acuerdo tuvo un alcance limitado, ello no obsta a que se trate de una conducta especialmente grave. En efecto, se trata de un acuerdo entre competidores que recae sobre una de las variables competitivas más estratégica (el precio), encontrándose por tanto entre las conductas que merecen el mayor reproche dentro de la legislación de libre competencia, como lo ha sostenido en muchas ocasiones la jurisprudencia nacional. Por ello, la multa considera un 20% de las ventas afectadas".

Cuadragésimo cuarto: Que en relación al aspecto en análisis, corresponde tener presente la dificultad que representa estimar qué habría sucedido en el mercado en ausencia de colusión o, en otras palabras, la imposibilidad de crear un escenario contrafactual satisfactorio, toda vez que no es posible conocer con certeza de qué manera las empresas habrían competido sin el acuerdo, esto es, cuál habría sido la mayor cantidad de precios promocionales que se habrían verificado sin el escenario colusorio y el grado



de influencia que tendría la interdependencia entre la demanda del pollo fresco y la de otros productos, lo cual impide cifrar de manera precisa el beneficio económico obtenido producto del ilícito.

No obstante lo anterior, como ha dicho esta Corte en otras oportunidades, el inciso final del artículo 26 letra c), ya reproducido, constituye una norma enunciativa que, por vía ejemplar describe una serie de criterios o elementos que, entre otros, orientarán al tribunal para la adecuada determinación de las multas. No es dable sostener, entonces, que la fijación de la multa haya de corresponder necesariamente al resultado de un mero cálculo basado en los beneficios económicos obtenidos - cuyo monto no fue acreditado en estos antecedentes - sino que habrá de considerarse también los demás criterios de apreciación. En similar sentido el autor Domingo Valdés Prieto ha indicado: *"El inciso final del artículo 26 contempla, a título meramente ejemplar, ciertos criterios que imperativamente deben ser empleados para graduar las multas"* (Valdés, obra citada, pág. 386).

Cuadragésimo quinto: Que, conforme se viene razonando, esta Corte estima que en la determinación de la sanción aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello



especialmente presente el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de comercialización de la carne de pollo fresca a los consumidores finales; la afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país, en relación a un producto alimenticio de alta demanda en todos los estratos sociales y de difícil sustitución, además de la extensión temporal de la conducta, entre los años 2008 a 2011.

También corresponde tener en cuenta el resultado disuasivo que es esperable de la sanción que se imponga, en tanto desincentive de persistir en conductas como las investigadas, pese a la potencialidad de beneficios que pudieran significar.

Cuadragésimo sexto: Que resulta efectivo aquello alegado por la FNE en orden a que el concepto de "ventas afectas" utilizado por el TDLC no está contemplado en nuestra legislación. Sin embargo, del análisis y cálculo que realizan los sentenciadores para arribar a dicho monto, fluye que aquello que en realidad representa ese 6,5% de las ventas totales no es el universo global de transacciones que se habrían visto alcanzadas por los efectos de la colusión investigada, sino sólo una porción respecto de la cual, atendidas sus características - con un margen de 0% a 10% - podría tenerse mediana certeza que está compuesta por operaciones que fueron objeto del acuerdo.



En este sentido, la noción de "ventas afectas" construida por el Tribunal ciertamente resulta limitada y no refleja el real alcance de los efectos del acuerdo colusorio, en los términos ya expuestos en el motivo cuadragésimo cuarto.

Por otro lado, la forma en que se desarrolló la conducta reprochada, esto es, sólo respecto de los precios promocionales, impide que pueda considerarse como una adecuada base de cálculo el monto completo de las ventas de pollo fresco, puesto que ciertamente - y eso no viene discutido - hubo un grupo de operaciones que no fueron promocionales y para las cuales el precio se fijó por sobre el costo y de manera libre por cada cadena de supermercados.

Cuadragésimo séptimo: Que, en consecuencia, el 20% de las ventas afectas, en los términos en que viene fijado el castigo pecuniario por el TDLC refleja únicamente una parte del reproche que merece la conducta sancionada, por cuanto no considera los efectos que ella tuvo sobre la demanda de otros productos y el mercado en general. Como ya se ha dicho reiteradamente, la naturaleza especial del pollo fresco como producto ampliamente demandado en nuestro país, añadida a la multiplicidad de productos comercializados por los supermercados provoca que una variación del precio del pollo influya en la decisión de los consumidores de acudir a uno u otro comercio y, en el marco de dichas visitas,



adquirir también otros bienes. En consecuencia, el reproche de fondo planteado por la FNE resulta efectivo, en cuanto a que aquel 20% de las ventas afectas no alcanza a cubrir el daño que el ilícito ha causado a la libre competencia.

Por dichas razones, tomando también en consideración la gravedad de la conducta en los términos que ya se han analizado, esta Corte estima que el perjuicio causado por los actos colusorios resulta merecedor de un castigo pecuniario ascendente al doble de las multas que vienen fijadas por el TDLC.

Este monto, además, se acerca bastante a la mitad de las multas a que fueron condenados los proveedores Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada por sentencia de 29 de octubre de 2015, dictada en autos Rol N°27.781-2014 - que se dispuso agregar a estos autos como medida para mejor resolver - que impuso a las dos primeras un monto de 30.000 Unidades Tributarias Anuales y a la última el pago de 12.000 Unidades Tributarias Anuales.

Cuadragésimo octavo: Que, si bien el artículo 26 del Decreto Ley N°211, modificado por la Ley N°20.945 establece multas *"hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la*



infracción", lo cierto es que dicha norma entró en vigencia el año 2017 y, por tanto, no resulta aplicable en estos antecedentes, de modo que las únicas limitaciones a la hora de fijar un castigo pecuniario están en el límite legal de 20.000 Unidades Tributarias Anuales - aquel contemplado por la ley vigente durante el periodo en que se extendió el acuerdo - y, por cierto, en la aplicación del principio de proporcionalidad, a la luz de los criterios contemplados en el inciso final del artículo 26.

Con todo, aquello que se viene resolviendo tampoco resultaría apto para infringir la norma posterior, por cuanto, atento a lo que se ha razonado en los motivos precedentes, el concepto de *"ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción"* no podría sino identificarse con las ventas totales del pollo fresco y no con las "ventas afectas" que han constituido la base de cálculo en el presente caso.

Finalmente, la misma Ley N°20.945 se sitúa en un escenario de imposibilidad de determinar las ventas y el beneficio económico, en cuyo caso son aplicables multas hasta por 60.000 Unidades Tributarias Anuales.

Cuadragésimo noveno: Que, a continuación, se discutió la influencia que en aquello que se viene resolviendo pudiera tener la existencia de un plan de cumplimiento en materias de libre competencia, ya sea como eximente de la



responsabilidad o, a lo menos, como una atenuante a considerar en el proceso de graduación de la multa.

Quincuagésimo: Que las requeridas se fundan en la referencia que a los planes de cumplimiento hace la Ley N°20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, al expresar en su artículo 3°: *“Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.*

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.



Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

Bajo este supuesto, Walmart construye una defensa que gira en torno a que la existencia de un plan de cumplimiento - la cual no se discute para este supermercado, desde el año 2009 - sería una eximente de responsabilidad, por cuanto los funcionarios que participaron en los correos electrónicos que sirven de prueba en la presente causa, habrían obrado fuera de las obligaciones que les impone dicho plan. En subsidio, las tres requeridas alegan que poseen códigos de buenas prácticas que, a lo menos, manifiestan su voluntad de cumplir con las normas de libre competencia y, en ese entendido, debieran motivar una rebaja en la multa.

Quincuagésimo primero: Que un programa de cumplimiento corresponde a un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia. Se trata, esencialmente, de un instrumento que, por un lado, manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia y, por otro, tiene una finalidad esencialmente preventiva, estableciendo mecanismos sancionatorios únicamente para aquellos casos en que tal labor de prevención ha fracasado.



En concepto de esta Corte debe considerarse, en primer lugar, que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N°211 como productor de dicho efecto. Es más, a modo ejemplar, la delación compensada, que sí está sancionada como una eximente en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, únicamente opera para la imposición de un castigo pecuniario, pero no exonera a la delatora, como tampoco impide que se le apliquen sanciones de otro tipo.

En otras palabras, si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador.

En cuanto atenuante, como acertadamente viene resuelto, un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por



el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos 4 años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción.

Quincuagésimo segundo: Que, en este escenario, fluye que no se ha acreditado en autos razón alguna para que las multas calculadas sean rebajadas o dejadas sin efecto.

Quincuagésimo tercero: Que como última petición los reclamantes solicitan que se les exima del pago de las costas, por no haber sido totalmente vencidos y porque tuvieron motivo plausible para litigar. Sin embargo, no es posible aceptar la referida solicitud por cuanto éstos sí fueron totalmente vencidos, desde que el procedimiento seguido en autos en su contra es de carácter sancionatorio y tenía por principal petición de la Fiscalía Nacional Económica que se acogiera el requerimiento en contra de los demandados por haber incurrido en las conductas de que se les acusa, con infracción de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N°211, siendo condenados a las sanciones que para cada uno señala, solicitud que en la especie fue



acogida por el fallo en estudio, sin que se pueda sostener que tuvieron motivo plausible para litigar.

Quincuagésimo tercero: Que, finalmente, esta Corte no puede dejar de mencionar que, en concordancia con lo expuesto en el arbitrio entablado por Odecu y Conadecus, examinado el mérito de la investigación desplegada por la FNE, en ella aparece que se solicitó antecedentes a proveedores de productos distintos a la carne de pollo fresca, a saber, carne de cerdo, carne de vacuno, vinos, lácteos, bebidas gaseosas, entre otros, respecto de los cuales no consta que se haya profundizado en la investigación de una regla análoga u otras actuaciones o conductas reñidas con la libre competencia, lo cual hace necesario que, ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia, se remitan nuevamente los antecedentes al órgano administrativo, a fin que se indague sobre el particular y se decida lo pertinente, en relación a la necesidad de medidas correctivas o prohibitivas en otros mercados.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve que:

I.- Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., en contra de la sentencia de veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



II.- Se acoge el recurso de reclamación que, en contra de la misma decisión, dedujo la Fiscalía Nacional Económica. Por tanto, se declara que las requeridas infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211, al haber participado del acuerdo destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados, igual o superior a su precio de lista mayorista, al menos entre los años 2008 y 2011.

Como consecuencia de lo anterior, se condena a las requeridas al pago de las siguientes multas:

- a) 11.532 Unidades Tributarias Anuales a Cencosud S.A.
- b) 6.876 Unidades Tributarias Anuales a SMU S.A.
- c) 11.160 Unidades Tributarias Anuales a Walmart S.A.

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, en los términos ya establecidos por la sentencia recurrida.

III.- Se acoge el recurso de reclamación entablado por Odecu y Conadecus, **sólo en cuanto** se dispone que, ejecutoriada la presente sentencia, vuelvan los antecedentes administrativos a la FNE, a fin de que se indague la existencia de conductas contrarias a la libre competencia y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctivas o prohibitivas, respecto de otros mercados u otros productos, conforme a los antecedentes que obran en la investigación administrativa.



Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Silva Cancino.

Rol N° 9361-2019.

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., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Mauricio Silva C. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 08 de abril de 2020.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Maria Eugenia Sandoval G., Angela Vivanco M., Mauricio Alonso Silva C. Santiago, ocho de abril de dos mil veinte.

En Santiago, a ocho de abril de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

