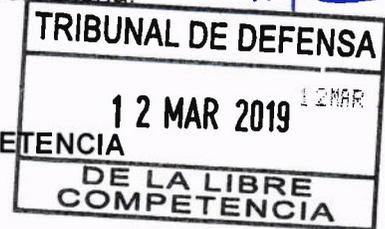


13883

EN LO PRINCIPAL: Recurso de reclamación. OTROSÍ: Acredita personería.

1/c



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante indistintamente, "**Fiscalía**" o "**FNE**"), en autos caratulados "**Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Cencosud S.A. y otros**", Rol C N° 304-2016, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante indistintamente, "**H. Tribunal**" o "**H. TDLC**") respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley 211 (en adelante, "**DL 211**"), y encontrándome dentro de plazo legal, interpongo fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 167/2019 dictada por el H. Tribunal con fecha 28 de febrero de 2019, (en adelante "**Sentencia N° 167**" o "**Sentencia**"), notificada personalmente a esta Fiscalía con la misma fecha según consta en la certificación de fojas 13564, en lo relativo a las sanciones dispuestas para las empresas Cencosud S.A. (en adelante, "**Cencosud**"); SMU S.A. (en adelante, "**SMU**") y Walmart Chile S.A. (en adelante, "**Walmart**", y conjunta e indistintamente con las anteriores, las "**Cadenas Requeridas**" o las "**Requeridas**").

Solicito al H. Tribunal tener por interpuesto y admitir a tramitación el presente recurso, de manera que la Excm. Corte Suprema, conociendo de él, haga lugar al mismo y enmiende la Sentencia N° 167, conforme a los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que se expondrán en esta presentación, aumentando finalmente las multas impuestas a cada una de las Cadenas Requeridas a 30.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, "**UTA**"), o a la suma que la Excm. Corte Suprema considere ajustada a derecho, con expresa condena en costas para cada una de ellas.

La Sentencia N° 167 da cuenta de un acuerdo colusorio entre las Requeridas del tipo "*hub and spoke*", es decir uno en el que la coordinación se produce a través de un intermediario. Según lo resuelto por el H. Tribunal, las principales cadenas supermercadistas que operan en el mercado chileno participaron "*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*

13884

*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*¹.

Así, la Sentencia N° 167 es contundente en cuanto a dar por acreditadas íntegramente las imputaciones realizadas por la Fiscalía en su requerimiento, a saber: (i) la existencia de una regla de actuación en la que participaban las Cadenas Requeridas y sus principales proveedores de carne fresca de pollo, mediante la cual acordaron un precio mínimo de venta de este producto en supermercados al menos entre los años 2008 y 2011 y; (ii) la adhesión por parte de las Requeridas a esta regla en el entendido que las demás cadenas actuarían de la misma forma, lo cual configura un actuar horizontal coordinado reprochable desde la perspectiva de protección de la libre competencia.

Para efectos de fundar su decisión, el H. Tribunal se valió de diversos elementos probatorios que incluyen correos electrónicos provenientes de las diligencias de incautación realizadas en dependencias de las Cadenas Requeridas; declaraciones rendidas ante la Fiscalía y el H. TDLC; informes económicos y en derecho; entre otras evidencias incorporadas en estos autos.

Sin perjuicio de la gravedad de esta conducta, el H. Tribunal resolvió imponer una multa de 5.766 UTA a Cencosud, una multa de 3.438 UTA a SMU y una multa de 4.743 UTA a Walmart, entre otras medidas. La cuantía de estas multas, como se argumentará en este escrito, es baja y fue fijada sin considerar lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, toda vez que: (i) subestima los efectos anticompetitivos, directos e indirectos, que generó la conducta implementada por las Requeridas y; (ii) no cumple los objetivos y fines propios de las sanciones en esta sede, al no considerar los criterios establecidos en la ley y en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

Junto con lo anterior, la reducción de un 15% en la multa base impuesta a Walmart, dada la implementación de un programa de cumplimiento y ética tampoco se ajusta a derecho, puesto que: (i) supone como base que la existencia de este tipo de programas podría importar la exención de la responsabilidad en esta clase de ilícitos y; (ii) no encuentra justificación en los antecedentes probatorios aportados en el proceso y reconocidos por el H. Tribunal.

Antes de entrar a analizar las razones por las cuales se solicita el aumento de la multa aplicada las Requeridas, se revisará cuál fue la imputación sostenida por este Servicio en

¹ Sentencia N° 167, Resuelvo 2.

su requerimiento (Sección I) y cómo la Sentencia N° 167 tuvo por acreditados los hechos fundantes del ilícito (Sección II). Posteriormente se argumentará cómo la cuantía de la multa fue erróneamente calculada según la metodología propuesta por el H. Tribunal y cómo los criterios legales y jurisprudenciales para su determinación fueron desatendidos (Sección III). Enseguida, se abordará cómo el H. Tribunal consideró erradamente que un programa de cumplimiento y ética podría constituir un eximente de responsabilidad, resolviendo equivocadamente reducir la multa de Walmart en un 15% (Sección IV), para finalizar con nuestras conclusiones (Sección V). Lo anterior, en base al siguiente índice:

I.	El Requerimiento Formulado por la Fiscalía en contra de Cencosud, Walmart y SMU	5
II.	La sentencia N° 167 tuvo por acreditados los principales hechos que dan cuenta del acuerdo o práctica concertada imputado por la FNE en su Requerimiento, desestimando las defensas de las Cadenas Requeridas	7
	(i) Primer antecedente consignado en la Sentencia: En el mercado de comercialización de carne fresca de pollo por los supermercados 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	7
	(ii) Segundo antecedente consignado en la Sentencia: El precio mínimo que constituía la regla no es el verdadero costo que enfrentaban los supermercados en el abastecimiento de pollo fresco	8
	(iii) Tercer antecedente consignado en la Sentencia: La regla es un acuerdo entre cada proveedor de carne de pollo fresca con cada una de las Requeridas, y no una imposición de los primeros	8
	(iv) Cuarto antecedente consignado en la Sentencia: Las Requeridas exigieron a los proveedores la aplicación de la regla a sus competidores y condicionaron su cumplimiento a la aplicación de la misma regla a su competencia	9
	(v) Quinto antecedente consignado en la Sentencia: La conducta descrita en el Requerimiento y sancionada por el Tribunal no corresponde a una estructura <i>Hub & Spoke</i> del tipo ABC sustentada en el intercambio de información sensible de los competidores a través de sus proveedores	10
	(vi) Sexto antecedente consignado en la Sentencia: La existencia de un cartel de producción aguas arriba no obsta a la existencia del acuerdo entre las Requeridas	11
	(vii) Séptimo antecedente consignado en la Sentencia: Las características del mercado son consistentes con la existencia de la conducta acusada	12
	(viii) Octavo antecedente consignado en la Sentencia: Las explicaciones alternativas de las Requeridas para justificar las comunicaciones analizadas en la Sentencia no logran desacreditar la existencia del acuerdo	13
	(ix) Noveno antecedente consignado en la Sentencia: Los indicios de la existencia y aplicación de la regla en otras categorías de producto sirven como prueba de contexto al acuerdo materia de la acusación	14
	(x) Décimo antecedente consignado en la Sentencia: Los programas de cumplimiento de las Requeridas adolecen de los requisitos de seriedad, credibilidad y efectividad, y, en dos de los casos ni siquiera ameritan una rebaja de la multa a imponer	15
III.	Las multas impuestas a las Requeridas subestiman los efectos de la conducta y se apartan de los criterios establecidos en el DL 211 y la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema	16
	(i) La multa base es insuficiente en consideración a los efectos totales de la conducta	16
	a) Bajo la metodología aplicada por el H. Tribunal, es incorrecto sostener que sólo una porción de las ventas de pollo fresco se vio afectada por la colusión. La conducta tuvo efectos sobre todas las ventas de este producto	17
	b) El H. TDLC se equivoca al identificar ventas promocionales con aquellas que tienen un margen de 0% a 10%: los supermercados marginaron más en un gran porcentaje de las ventas promocionales	21
	c) El criterio de "ventas afectadas" y no las ventas del producto o servicio asociados a la infracción es ajeno a la jurisprudencia y experiencia comparada	23
	(ii) Las multas impuestas a las Requeridas no cumplen adecuadamente sus fines y objetivos y no consideran los criterios establecidos por el DL 211 y jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema	25
	a) El efecto disuasivo de la multa no se satisface con la sanción impuesta por el H. Tribunal	26
	b) El efecto retributivo de la multa no se satisface con la sanción impuesta por el H. Tribunal.	
	Gravedad de la conducta ejecutada por las Requeridas	29
	a. La conducta acreditada en autos constituye un acuerdo entre competidores, práctica de mayor gravedad en esta sede	30

13886

- b. La conducta identificada por el H. Tribunal afectó directamente a los consumidores, respecto de un producto sensible 31
- c. Reducido número de empresas en el mercado y participación relevante de las Requeridas en conjunto 32
- d. Extensión territorial de la conducta 34
- c) Otros criterios de ponderación 34
 - a. Beneficio económico reportado por la infracción 35
 - b. Capacidad económica del infractor 36
 - c. Calidad de reincidente de Walmart 38
 - d. Ausencia de colaboración con la autoridad 38
- IV. Improcedencia de la reducción de la multa base aplicada a Walmart y del razonamiento de fondo del H. TDLC en relación a los programas de cumplimiento 40
 - (i) De acuerdo a la legislación aplicable y a una política pública de libre competencia eficaz y consecuente, un programa de cumplimiento no puede ser apto para exonerar de responsabilidad a un agente económico 41
 - a) Nuestro ordenamiento jurídico solo otorga excepcionalmente a los programas de cumplimiento la capacidad de operar como eximentes de responsabilidad 41
 - b) La única causal de exención legal de responsabilidad infraccional en nuestro ordenamiento jurídico de libre competencia es la institución de la delación compensada 44
 - c) De aceptarse la exoneración de responsabilidad en base a un programa de cumplimiento, se generarían incentivos perversos para los agentes económicos, que a la larga atentarian contra la eficacia del sistema y sus principios básicos 45
 - d) La legislación y jurisprudencia comparada en materia de libre competencia tampoco admiten que la existencia de un programa de cumplimiento permita exonerar a una empresa de responsabilidad 48
 - (ii) La reducción de multa aplicada a Walmart es improcedente a la luz de los hechos concretos del caso: la Requerida no contaba con un programa de cumplimiento oportuno, serio, creíble y efectivo a la fecha de las conductas sancionadas 49
 - a) Walmart no contaba con un programa preexistente a la época de los hechos ilícitos constatados, por lo que el mismo carecía de aptitud alguna de cumplir con su fin propio: evitar conductas anticompetitivas 50
 - b) Como corolario de lo anterior, las acciones implementadas por Walmart no fueron efectivas para prevenir las conductas colusorias imputadas, adoleciendo de falencias relevantes 53
 - c) Las acciones implementadas por Walmart tampoco condujeron a que la Requerida tomara las acciones legales que estaban a su disposición para denunciar los ilícitos ante la autoridad de libre competencia 56
 - d) De acuerdo a lo expuesto, queda claro que Walmart en caso alguno cumplió con su carga probatoria de demostrar que contaba con un programa oportuno, serio, creíble y eficaz 58
- V. Conclusiones 58

13882

I. El Requerimiento Formulado por la Fiscalía en contra de Cencosud, Walmart y SMU

1. Con fecha 06 de enero de 2016, la FNE formuló Requerimiento en contra de las Cadenas Requeridas². La acusación que la Fiscalía imputó dice relación con que estas empresas, por sí o a través de sus relacionadas, participaron de un acuerdo o práctica concertada destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista más IVA³.
2. Para los efectos de ejecutar el acuerdo imputado en autos, según se sostuvo en el Requerimiento "(...) al menos entre los años 2008 y 2011, las Cadenas Requeridas, 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"⁴.
3. Como presupuesto del acuerdo horizontal que fue imputado a las Cadenas Requeridas, subyace la existencia de "(...) una regla que fue aplicada entre las principales cadenas supermercadistas del país (dentro de ellas las Requeridas) y los proveedores comunes de pollo fresco, en virtud de la cual se estableció que el precio mínimo de venta de los distintos productos pertenecientes a la categoría carne de pollo fresca, está dado por el precio de lista mayorista de los mismos (como señalamos, común a todos los supermercados), más IVA"⁵.
4. El precio de lista mayorista más IVA, conforme el entendimiento de las Cadenas Requeridas en aplicación de la regla, no consideraba eventuales descuentos transitorios otorgados con ocasión de promociones ni los cobros realizados por los supermercados por concepto de *back*⁶, lo que determina que este precio, en la práctica, resultaba ser mayor al

² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica que rola a fojas 15 y siguientes de "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otros", Rol C N° 304-2016 (en adelante, "Requerimiento").

³ Según se acreditó ante el H. TDLC, el precio de lista corresponde al precio mayorista al que se ofrece un producto al supermercado. En específico hace referencia a un valor que el proveedor de pollo establece sobre la mayor parte de los productos que comercializa dentro de un documento denominado "lista de precios" que es enviado a los supermercados distribuidores. Este precio de lista constituyó, en la práctica, el punto de partida sobre el cual compradores de supermercados y los KAM de los proveedores, negociaban el precio final de adquisición de los distintos cortes de carne fresca de pollo, al que se aplicaban de manera directa descuentos transitorios o temporales.

⁴ Requerimiento, p.2.

⁵ Requerimiento, p.4.

⁶ También conocidos como *back margin*, corresponden a un porcentaje del valor de la compra del supermercado al proveedor –cobro vía *sell in*–. En otro caso, puede corresponder a un porcentaje del valor de la venta del supermercado al consumidor final –cobro vía *sell out*–. Ejemplos de estas

13888

costo real que asumen los supermercados. Así, la aplicación de la regla impidió que estos ingresos por *back* y descuento promocional fueran traspasados a los consumidores, así como evitó en general una mayor presión competitiva a la baja de los precios en el mercado.

5. Las acciones ejecutadas por las Cadenas para garantizar el cumplimiento de la regla en relación a sus competidores otorgan el carácter horizontal a la conducta imputada. En efecto, tal como se sostuvo en el Requerimiento, con la información obtenida del monitoreo de precios efectuado entre las Requeridas *"el área comercial de las Cadenas Requeridas debía realizar gestiones con sus proveedores comunes de carne de pollo, consistentes en dirigirles los reclamos cuando una cadena competidora estaba vendiendo al público bajo el costo, identificando el incumplimiento y el (los) local (es) en que tenía lugar"*⁷.

6. El objeto de tales reclamos era que los proveedores gestionaran el alza de precio de la competencia, sea refiriendo explícitamente este objeto en las comunicaciones o asumiendo *"que los proveedores de pollo actuarían como intermediarios, transmitiendo y gestionando la regularización del precio de venta a público en la competencia"*⁸.

7. Asimismo, las Cadenas Requeridas *"condicionaron su respeto a la regla de no vender bajo costo a que sus competidores obraran del mismo modo. De esta forma, las Cadenas Requeridas transmitían a sus proveedores comunes que estaban dispuestas a mantener su precio de venta a público sobre el costo en la medida en que las cadenas de la competencia hicieran lo mismo. Y los proveedores se encargaban de transmitir a las cadenas que las demás observarían la regla en la medida que todas lo hicieran"*⁹.

8. Así, mediante la conducta descrita, las Cadenas Requeridas sustituyeron la incertidumbre de la competencia por un acuerdo o práctica concertada que, les permitió fijar un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en los supermercados, restringiendo la competencia en dicho mercado.

9. Como se verá en esta presentación, todos los hechos antes mencionados y que fundaron el Requerimiento deducido por la Fiscalía, fueron debidamente acreditados durante el proceso y el H. Tribunal así lo estableció en su Sentencia N° 167, razón por la

prestaciones contenidas en los distintos acuerdos comerciales suscritos entre proveedores y supermercados, son: *rappel*; distribución centralizada; merma cero; pronto pago; reposición; devolución; aporte por inclusión de nuevos productos; inversión por apertura de nuevas salas; aportes por publicidad; premios por cumplimiento de escalas de crecimiento, entre otras.

⁷ Requerimiento, p.6.

⁸ Requerimiento, p.6.

⁹ Requerimiento, p.7.

13889

que el petitorio formulado en el Requerimiento debió ser acogido en su totalidad, imponiendo a todas las requeridas las multas en él mencionadas.

II. **La sentencia N° 167 tuvo por acreditados los principales hechos que dan cuenta del acuerdo o práctica concertada imputado por la FNE en su Requerimiento, desestimando las defensas de las Cadenas Requeridas**

10. En lo que sigue, daremos cuenta de cómo la Sentencia N° 167 dio por acreditados los hechos fundantes del Requerimiento interpuesto por la FNE en contra de las Cadenas Requeridas, rechazando las defensas que durante el juicio fueron levantados infundadamente por éstas.

(i) **Primer antecedente consignado en la Sentencia: En el mercado de comercialización de carne fresca de pollo por los supermercados 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**

11. Tal como la Fiscalía sostuvo en su escrito de observaciones a la prueba rendida en autos¹⁰, los antecedentes acompañados al proceso dejan de manifiesto la existencia de acuerdos verticales entre las Requeridas y sus proveedores comunes de carne fresca de pollo tendientes a fijar un precio de venta de estos productos a público igual o superior al precio de lista mayorista más IVA.

12. La Sentencia N° 167 recoge solo parte de la abundante evidencia documental que acredita la existencia de la regla, circunstancia que también fue acreditada mediante el testimonio de diversos ejecutivos en sus declaraciones ante la FNE, como mediante las audiencias testimoniales desarrolladas ante el H. Tribunal.

13. El H. Tribunal concluye que la regla de comportamiento es una restricción vertical acordada entre cada uno de los proveedores y con cada una de las Cadenas Requeridas, que opera como base del actuar coordinado alcanzado por los supermercados requeridos¹¹.

¹⁰ Escrito de observaciones a la prueba de la Fiscalía Nacional Económica que rola a fojas 12750 y siguientes de "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otros", Rol C N° 304-2016 (en adelante, "Observaciones a la prueba de la FNE").

¹¹ Sentencia N° 167, considerando 7°.

(ii) **Segundo antecedente consignado en la Sentencia: El precio mínimo que constituía la regla no es el verdadero costo que enfrentaban los supermercados en el abastecimiento de pollo fresco**

14. Algunas de las Requeridas cuestionaron la razonabilidad de la regla en orden a que el comportamiento de toda actividad comercial importaría vender los productos sobre los costos de producción del mismo, sin necesidad de una regla que así lo establezca¹². El H. Tribunal, acertadamente, y conforme el mérito de la evidencia concluye que el precio mínimo que constituía la regla no equivale al verdadero costo que soportan las Cadenas Requeridas en la adquisición del pollo fresco¹³.

15. En efecto, la existencia de componentes adicionales al precio, propios de la negociación entre proveedor y supermercado tales como descuentos, pagos (retroactivos o *back*) por concepto de *rappel* o por metas¹⁴, llevan a que, en teoría, una venta con margen frontal negativo no importe necesariamente una pérdida económica para la cadena, pudiendo darse márgenes positivos incluso por debajo del precio asociado a la regla¹⁵⁻¹⁶.

(iii) **Tercer antecedente consignado en la Sentencia: La regla es un acuerdo entre cada proveedor de carne de pollo fresca con cada una de las Requeridas, y no una imposición de los primeros**

16. La regla operó sobre acuerdos verticales adoptados entre cada uno de los proveedores relevantes de carne de pollo fresco y las Cadenas Requeridas, en una dinámica que resultaba beneficiosa para todos los partícipes de la misma.

17. Lo anterior desacredita otro argumento esbozado en el proceso por el cual se sostuvo que la regla habría sido una imposición de los proveedores de carne fresca de pollo a las Cadenas Requeridas. En el análisis de evidencia efectuado respecto de cada una de las Requeridas, el H. Tribunal descarta tal alegación. En efecto, en relación a Cencosud,

¹² Contestación de SMU S.A. que rola a fojas 582 y siguientes de "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otros", Rol C N° 304-2016, p. 10 y siguientes.

¹³ Sentencia N° 167, considerando 13°.

¹⁴ El *rappel* corresponde a un pago que realiza el proveedor a la cadena de supermercado por la presencia de sus productos en la respectiva cadena. Este pago se calcula haciendo referencia a un porcentaje de las ventas del proveedor al supermercado. Generalmente se pactan en los acuerdos comerciales que año a año suscriben proveedores y supermercados.

¹⁵ En el mismo sentido, Sentencia N° 167, considerando 13°.

¹⁶ Conforme se sostuvo en las observaciones a la prueba de la FNE, estas cifras de cobros *back* son relevantes atendida la importancia de la categoría de carne de pollo fresco para los supermercados. A título ejemplar, un 3,5% del valor de la compra de carne de pollo fresca del año 2011, que es un porcentaje promedio de esta clase de cobros, para cualquiera de las Requeridas, equivale a una cifra superior a 2 millones de dólares.

13891

luego de referir abundante evidencia documental y declaraciones de personeros vinculados a esa requerida, el H. Tribunal concluye: *"Que atendido todo lo señalado, la defensa de Cencosud relativa a que la restricción vertical fue una imposición por parte de los proveedores no ha sido acreditada en el proceso"*¹⁷.

18. Enseguida, en lo que respecta a SMU, al abordar esta defensa en particular, agrega: *"un comportamiento proactivo de los proveedores de pollo fresco en hacer cumplir la regla vertical no contraría la teoría del caso planteada por la FNE. Es más, como se ha indicado, el acuerdo horizontal se materializó a través de una serie de restricciones verticales interrelacionadas y, por tanto, fue necesario algún mecanismo de control vertical para la mantención de su estabilidad"*¹⁸. Finalmente, dado que Walmart desconoció la existencia de la regla¹⁹, el H. Tribunal no hace alusión a una eventual imposición por parte de los proveedores a su respecto.

(iv) Cuarto antecedente consignado en la Sentencia: Las Requeridas exigieron a los proveedores la aplicación de la regla a sus competidores y condicionaron su cumplimiento a la aplicación de la misma regla a su competencia

19. Analizando el núcleo de la conducta materia del Requerimiento, el H. Tribunal señala: *"lo relevante consiste, entonces, en establecer cuándo un acuerdo meramente vertical (es decir, entre firmas que participan en diferentes niveles de una cadena de distribución), que puede ser legal o contrario a derecho dependiendo de las circunstancias, pasa a configurar uno de tipo horizontal (es decir, entre competidores), de naturaleza ilegal. Para ello se requiere acudir a elementos adicionales que permitan inferir una coordinación horizontal (...). Que a esos factores adicionales que materializan el acuerdo horizontal hace alusión el requerimiento cuando se refiere al segundo elemento mencionado en el considerando séptimo, esto es, la observancia de la regla de comportamiento. De acuerdo a la FNE, cada requerida la habría aplicado en el entendido que las demás actuaban de la misma forma. En otras palabras, habría existido un curso de acción común consentido entre los rivales"*²⁰.

20. Las tres cadenas negaron la existencia del componente horizontal de la acusación. El H. Tribunal, luego de analizar la evidencia aportada respecto de cada una de las Requeridas, arriba a una conclusión diversa y equivalente para cada una de las cadenas,

¹⁷ Sentencia N° 105, considerando 99°.

¹⁸ Sentencia N° 167, considerando 137°.

¹⁹ Sentencia N° 167, considerando 73°.

²⁰ Sentencia N° 167, considerandos 15° y 16°.

la que resume en los siguientes términos: "(...) la prueba aportada en estos autos y analizada precedentemente, consistente en correos electrónicos, declaraciones testimoniales, informes en derecho y económicos y otras declaraciones prestadas ante la FNE, considerada en su conjunto, permite concluir que las tres cadenas requeridas adhirieron a una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender a un precio mínimo el pollo fresco en sus diversos locales. Además, la adhesión estaba condicionada al hecho que el resto de ellas también lo hiciera, lo cual se concluye especialmente al observar que cada supermercado exigió a los proveedores el cumplimiento de la regla por parte de sus competidores"²¹.

21. La evidencia a la que alude el considerando recién transcrito es recogida en la Sentencia N° 167 y analizada pormenorizadamente respecto de cada una de las Requeridas en el fallo pronunciado por el H. Tribunal. En dichos apartados, se enuncia y valora la autenticidad de los antecedentes vertidos en el proceso, los que -de modo indubitable- acreditan la horizontalidad del acuerdo imputado, dado que cada cadena cumplía su respectivo acuerdo a condición que las demás así también lo harían y exigía tal cumplimiento a través de los proveedores comunes de carne de pollo²².

(v) **Quinto antecedente consignado en la Sentencia: La conducta descrita en el Requerimiento y sancionada por el Tribunal no corresponde a una estructura Hub & Spoke del tipo ABC sustentada en el intercambio de información sensible de los competidores a través de sus proveedores**

22. Tal y como queda consignado en la Sentencia, algunas de las Requeridas durante el proceso realizaron esfuerzos destinados a reescribir la imputación planteada por esta

²¹ Sentencia N° 167, considerando 193°.

²² Así se concluye para cada una de las Cadenas Requeridas: (i) en relación a Cencosud: "(...) un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplieran la regla de comportamiento (esto es, que respetaran el precio mínimo) se puede concluir que ésta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo. Así, en el siguiente correo electrónico de Cencosud a un proveedor se puede apreciar la existencia y observancia de la regla por parte de la cadena (...)". Sentencia N° 167, considerando 92°; (ii) en relación a SMU: "(...) la comunicación anterior no deja lugar a dudas que SMU esperaba que Agrosuper tuviese injerencia en los precios de los otros supermercados, pidiéndole incluso que se hiciese responsable de posibles perjuicios que SMU pudiese sufrir en caso de no cumplir su rol fiscalizador. Tal comunicación, así como la respuesta por parte de Agrosuper, demuestran que la aplicación de la regla de comportamiento en el caso de SMU estaba condicionada a la existencia y aplicación de las otras reglas verticales del mercado". Sentencia N° 167, considerando 117°; y, (iii) en relación a Walmart: "(...) existe en autos suficiente prueba documental tanto para dar por acreditada la adhesión de Walmart a una regla de comportamiento, como para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados participaban también de un esquema similar. Como se verá, la mayor parte de dicha evidencia consiste en comunicaciones internas o con proveedores en las que se hace referencia a precios bajo el precio mayorista de lista, pidiendo en ocasiones a los productores tomar medidas al respecto". Sentencia N° 167, considerando 145°.

Fiscalía, al sugerir que habría una “verdadera teoría del caso” de la FNE, distinta de aquella contenida en el Requerimiento consistente en una *práctica concertada indirecta*, también denominada *hub & spoke* o *colusión A-B-C*, en particular a aquella consistente en el intercambio de información futura de precios a través de un distribuidor o proveedor común²³.

23. El H. Tribunal, acertadamente, descarta que la acusación de esta Fiscalía descansa sobre tal planteamiento. Así, sostiene que *“aun cuando se trata probablemente del tipo de acuerdos hub & spoke más común (...), ella no es la única forma que puede adoptar este tipo de acuerdo. Más importante aún, en el caso concreto en parte alguna de su requerimiento la FNE hace referencia a un intercambio informacional del tipo ABC como base de su acusación (...) Atendida, entonces, su irrelevancia para la presente disputa, es innecesario referirse a los casos europeos que dan cuenta de acuerdos hub & spoke del tipo ABC y a los requisitos establecidos en ellos”*²⁴.

(vi) **Sexto antecedente consignado en la Sentencia: La existencia de un cartel de producción aguas arriba no obsta a la existencia del acuerdo entre las Requeridas**

24. Durante el proceso algunas de las Requeridas sostuvieron que la acusación de esta Fiscalía no tendría lógica pues, habiendo una colusión acreditada aguas arriba, no sería del interés de los proveedores promover y facilitar una colusión aguas abajo, sino que, por el contrario, la competencia aguas abajo le aseguraría la obtención de la renta monopólica o máxima. Lo anterior se debería al conocido problema de la doble marginalización²⁵. Asimismo, se sostuvo que, bajo el supuesto de colusión de proveedores, la regla de precio mínimo no habría sido señal de colusión aguas abajo, sino que sólo sería un mecanismo para garantizar el acuerdo aguas arriba²⁶.

25. En relación a estos planeamientos el razonamiento del H. Tribunal es certero al descartar estas pretendidas defensas, en línea con lo que se sostuvo por la FNE en su

²³ Por ejemplo, la Contestación de Walmart, en su sección V titulada “La verdadera teoría del caso del Requerimiento”, a fojas 222 de “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otros”, Rol C N° 304-2016 (en adelante, “Contestación Walmart”).

²⁴ Sentencia N° 167, considerando 23°.

²⁵ En tal sentido Informe Económico de don Alexander Galetovic y don Ricardo Sanhueza para Walmart, “Coordinación entre supermercados y el cartel de los proveedores: un análisis económico de la tesis de la Fiscalía”, acompañado a fojas 6629 del Cuaderno Principal de la Causa Rol N° 304/2016, p. 7, e Informe Económico de Rómulo Chumacero para SMU, “Evaluación de la Hipótesis de Colusión para la Fijación de Precio de Venta de Pollo en supermercados” (en adelante “Informe Económico de Rómulo Chumacero”), acompañado a fojas 5919 del Cuaderno Principal de la Causa Rol N° 304/2016, pp. 4 a 10.

²⁶ Informe Económico de Rómulo Chumacero, p. 9.

13894

escrito de observaciones a la prueba: *"en la forma cómo ha sido planteada, la acusación no impide que las empresas productoras de pollo fresco tuviesen un objetivo compartido con las requeridas"*²⁷.

(vii) Séptimo antecedente consignado en la Sentencia: Las características del mercado son consistentes con la existencia de la conducta acusada

26. Son diversas las características del mercado y los productos concernidos cuya concurrencia permiten comprender la dinámica de la conducta acusada y, es más, resultan funcionales a su ejecución. El H. Tribunal en sus considerandos cuadragésimo tercero a sexagésimo cuarto se detiene en el análisis de estas características descartando las alegaciones que fueron formuladas por las Requeridas en orden a objetar la definición de mercado sostenida por la FNE en su Requerimiento.

27. De esta manera, el carácter perecible del producto, sumada a la limitación de producción conforme las características de la industria avícola, además de la incidencia del cartel aguas arriba que definía cuotas de producción, son la causa que este producto constituya una categoría con bajos niveles de servicio. A esta condición es necesario agregar el carácter de producto gancho o generador de tráfico de la carne de pollo fresca, circunstancias que, a juicio del H. Tribunal *"revela un aspecto central del funcionamiento de las cadenas de supermercado. Significa que cada una de ellas no toma sus decisiones comerciales respecto de este producto de manera independiente de los demás que ofrece (esto es, con el sólo objetivo de rentabilizar su venta), sino que lo hace con el propósito de generar una efecto o externalidad sobre las ventas de otros productos"*²⁸.

28. Finalmente, y en lo que respecta al mercado relevante de producto y geográfico, el H. Tribunal coincide con la definición formulada por la FNE en el Requerimiento, descartando en relación a la conducta la competencia entre las Requeridas a nivel local, en tanto la regla y el acuerdo ejecutado por las Cadenas a su respecto tuvieron incidencia nacional.

²⁷ Sentencia N° 167, considerando 139°.

²⁸ Sentencia N° 167, considerando 57°.

13895

(viii) Octavo antecedente consignado en la Sentencia: Las explicaciones alternativas de las Requeridas para justificar las comunicaciones analizadas en la Sentencia no logran desacreditar la existencia del acuerdo

29. Junto al análisis de la evidencia que acredita la observancia de la regla por parte de cada una de las Requeridas, el H. Tribunal igualmente aborda las pretendidas justificaciones que cada una de estas argumentó durante el proceso para salvar el tenor de los correos intercambiados con los proveedores comunes de carne fresca de pollo.

30. Aun cuando en esta presentación se han abordado en forma independiente algunas de esas alegaciones y la forma en la que la Sentencia las desestima²⁹, lo cierto es que al considerar la multiplicidad de antecedentes aportados vinculados a la existencia de la regla y el acuerdo ejecutado por las cadenas a su respecto, estas explicaciones resultan ser insuficientes para que el sentenciador hubiese arribado a una conclusión distinta.

31. En efecto, y en un ejercicio de valoración propio del sistema de sana crítica³⁰, el H. Tribunal declara que: *"(...) si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, es el conjunto de ellas y de las declaraciones prestadas ante este Tribunal y ante la FNE el que permite, en este caso, arribar a la conclusión señalada de que las cadenas infringieron el D.L. N° 211 en la forma indicada por la FNE en su requerimiento. Al respecto, debe recordarse que el estándar probatorio en la materia no exige que no exista una explicación alternativa, sino que el conjunto de la prueba lleve a concluir la hipótesis de colusión"*³¹, conclusión que se mantiene al abordar posteriormente la situación de cada Cadena Requerida³².

²⁹ Por ejemplo, la alegación en torno a que las comunicaciones serían manifestación de imposiciones ejercidas por los proveedores a la que se hizo referencia en el apartado II.3 de este capítulo.

³⁰ Al respecto el Tribunal sostiene: *"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"*. Sentencia N° 167, considerando 70°.

³¹ Sentencia N° 167, considerando 72°.

³² Así, (i) en relación a Cencosud: *"(...) en síntesis, la prueba analizada permite concluir que Cencosud fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Cencosud mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados"*. Sentencia N° 167, considerando 111°; (ii) en relación a SMU: *"(...) en síntesis, la prueba analizada permite concluir que, al igual que Cencosud, SMU fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese también aplicada por sus competidores; y que SMU mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados"*. Sentencia N° 167, considerando 142°; y (iii) en relación a Walmart: *"(...) en suma, al igual que en el caso de Cencosud y SMU, la prueba analizada permite formar la convicción de que Walmart también fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba*

(ix) **Noveno antecedente consignado en la Sentencia: Los indicios de la existencia y aplicación de la regla en otras categorías de producto sirven como prueba de contexto al acuerdo materia de la acusación**

32. Las comunicaciones entre los proveedores y ejecutivos de las Cadenas Requeridas aportadas al proceso provienen de la diligencia de entrada, registro e incautación ejecutada en dependencias de actores de la industria supermercadista, dentro de los que se encuentran las Cadenas Requeridas, en donde se obtuvo copia de la correspondencia electrónica de los funcionarios y ejecutivos individualizados en la resolución que autorizó la diligencia respectiva.

33. De esta forma, y tal como se sostuvo en el Requerimiento, producto de la incautación practicada se pudo constatar que el tipo de comunicaciones entre supermercados y proveedores cuyo tenor fundó la conducta acusada no se limitaba a la categoría de pollo fresco, existiendo antecedentes que dan cuenta de un cierto grado de transversalidad de la regla respecto de otros productos que componen la canasta³³. Si bien la acusación radica en la carne de pollo fresca como producto relevante, no existe impedimento para que la prueba relativa a productos distintos del pollo fresco pueda ser considerada como indiciaria de un eventual acuerdo en el presente caso.

34. El H. Tribunal recoge este razonamiento, valorando tal evidencia indirecta, en orden a servir *"de contexto a lo acusado por la Fiscalía, considerando especialmente que varias de tales comunicaciones involucran a ejecutivos que participan también de la venta de pollo fresco, tanto desde los productores, como también desde los supermercados acusados"*³⁴. En efecto, y tal como se sostuvo en el proceso, estas comunicaciones *"otorgan elementos de juicio que permiten obtener inferencias válidas respecto de los hechos que se juzga, haciendo que la teoría del caso de la Fiscalía sea más probable de lo que sería sin la existencia de estos correos, en relación a las defensas planteadas por las propias requeridas en el marco del juicio"*³⁵.

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". Sentencia N° 167, considerando 170°.

³³ Requerimiento, p. 4.

³⁴ Sentencia N° 167, considerando 162°.

³⁵ Informe en Derecho de Andrés Fuchs Nissim para FNE, acompañado a fojas 8527 del Cuaderno Principal de la Causa Rol N° 304-16, p. 25.

- (x) Décimo antecedente consignado en la Sentencia: Los programas de cumplimiento de las Requeridas adolecen de los requisitos de seriedad, credibilidad y efectividad, y, en dos de los casos ni siquiera ameritan una rebaja de la multa a imponer

35. Luego de analizar los estándares bajo los cuales un programa de cumplimiento y ética satisface las exigencias de la autoridad, tanto en derecho comparado, como a partir de los lineamientos que han establecido diversas agencias de competencia, entre ellas la FNE, el H. Tribunal concluye que: *"existen razones para estimar que, al menos a la época de los hechos, Walmart carecía de un programa de cumplimiento y ética completo que contara con las características de seriedad, efectividad y credibilidad indicadas previamente"*³⁶.

36. De esta forma, el H. TDLC desestima la defensa conforme la cual Walmart solicitaba se le absolviera de la acusación formulada. Aun cuando, según se sostendrá, a nuestro juicio no es posible obtener una exención de responsabilidad a propósito de la implementación de un programa de cumplimiento, desde ya nos interesa resaltar que el TDLC concluye que el programa de Walmart no cumple con los estándares habitualmente exigidos en sede de competencia, tanto en Chile como a nivel comparado.

37. En lo que respecta a las alegaciones sostenidas por Cencosud y SMU en orden a la eficacia de sus respectivos programas de cumplimiento, el H. Tribunal es categórico al concluir que: *"en ambos casos la prueba rendida no permite acreditar la existencia de un real programa de cumplimiento y ética por parte de Cencosud y SMU; menos aún uno que cumpla con los estándares de seriedad, credibilidad y eficacia exigidos para ser base, al menos, de una reducción de la multa. Como hemos visto (considerando 182 y siguientes), la mera implementación de un "código o manual de conducta o buenas prácticas" interno (o cualquier otra denominación que pretenda dársele), las capacitaciones mediante "charlas" (no siempre obligatorias) dirigidas a un grupo o grupos de ejecutivos o el contar con una consultoría permanente son acciones que, aun consideradas en conjunto, están lejos de poder ser consideradas como un programa de cumplimiento y ética"*³⁷.

³⁶ Sentencia N° 167, considerando 185°.

³⁷ Sentencia N° 167, considerando 229°.

13898

38. En síntesis, como se ha podido apreciar en los párrafos anteriores, el H. Tribunal en la Sentencia N° 167, ha tenido por acreditado la totalidad de los hechos que sustentan la acusación formulada en autos, desestimando las distintas defensas alegadas por las Cadenas Requeridas.

III. **Las multas impuestas a las Requeridas subestiman los efectos de la conducta y se apartan de los criterios establecidos en el DL 211 y la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema**

39. El H. Tribunal impuso en su sentencia una multa de 5.766 UTA a Cencosud, una multa de 3.438 UTA a SMU y una multa de 4.743 UTA a Walmart, por haber participado en el ilícito imputado por esta FNE en su Requerimiento. En esta sección argumentaremos, en primer lugar, cómo esta sanción subestima los efectos de la conducta ejecutada por las infractoras. En segundo lugar, mostraremos cómo las multas en la cuantía aplicada se apartan de los objetivos y fines que les son propios a las sanciones en sede de competencia, y no consideran los criterios establecidos por el DL 211 y por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

40. El inciso final del artículo 26 del DL 211 vigente a la época de cometerse la infracción, establecía:

*“Para la determinación de las multas **se considerarán, entre otras**, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”.*

41. Veremos en este capítulo cómo la sentencia incurre en el vicio de no haber calculado la multa de conformidad con esta norma, por lo que resulta necesario que la Excm. Corte Suprema enmiende esta parte del fallo, imponiendo a cada una de las Requeridas una multa de 30.000 UTA, o aquella que en derecho corresponda.

(i) **La multa base es insuficiente en consideración a los efectos totales de la conducta**

42. Para efectos del cálculo de la multa, el H. Tribunal procedió a determinar en primer término la multa base. Para ello, consideró adecuado identificar las “ventas afectadas” por la conducta y calcular como multa base un porcentaje de tales ventas. Desde ya, es necesario precisar que el concepto de *ventas afectadas* es ajeno a la regulación del DL 211

138991

en su versión vigente a la época de los hechos, como asimismo a la actual regulación en materia de determinación de multas³⁸.

43. El razonamiento del H. Tribunal definió que las ventas afectadas por la conducta eran *"aquellas por las cuales se obtuvo un margen de entre 0% y 10%"*³⁹. Esto fue así pues estimó que el acuerdo, cuyo objeto era respetar un precio mínimo a ser cobrado por el pollo fresco, *"sólo era relevante en el caso de precios promocionales"*⁴⁰.

44. Dado el criterio anterior, el H. Tribunal calculó que *"entre un 6,5% y un 7,5% de las ventas de pollo fresco de los supermercados requeridos se habrían visto afectadas por la conducta"*⁴¹, pues fueron estas ventas las que tuvieron el margen señalado en el párrafo anterior. El H. Tribunal fijó la multa base en un 20% de estas ventas afectadas por la conducta, respecto del periodo comprendido entre los años 2008 y 2011.

45. La metodología del H. Tribunal no explicita cómo construye el margen utilizado en la determinación de esa multa base, la que, adicionalmente, reduce significativamente el monto de ventas afectado. Tampoco efectúa ninguna adecuación a este monto base en consideraciones a criterios como la disuasión, retribución y otros considerados en nuestro ordenamiento. A mayor abundamiento, considera como circunstancia atenuante la implementación por parte de Walmart de un sistema de *compliance*, otorgando una reducción de un 15% de la multa⁴², la que, según será tratado más adelante, resulta del todo improcedente atendido el mérito de la evidencia aportada en autos.

a) Bajo la metodología aplicada por el H. Tribunal, es incorrecto sostener que sólo una porción de las ventas de pollo fresco se vio afectada por la colusión. La conducta tuvo efectos sobre todas las ventas de este producto

46. El H. Tribunal establece que las únicas ventas afectadas por la conducta fueron aquellas cuyo margen iban desde un 0% a un 10%. Aquello no es correcto. Por el contrario, la conducta restringió la competencia afectando las decisiones generales de precios durante todo el período colusivo. Las Requeridas, a sabiendas del cumplimiento mutuo del

³⁸ Como es sabido, el criterio de un porcentaje de las ventas como monto base de la multa se vincula a la determinación de un *proxy* o aproximación de las ganancias obtenidas por el infractor en la ejecución de la conducta. Esto lleva a establecer porcentajes sobre las ventas totales de la categoría de producto asociada a la infracción, sin limitarlo a un concepto de ventas afectadas. Este razonamiento, según se expondrá, es consistente al tratamiento en derecho comparado en materia de determinación de sanciones.

³⁹ Sentencia N° 167, considerando 206°.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Sentencia N° 167, considerando 234°.

13900

acuerdo, fueron capaces de determinar sus precios para toda la categoría a niveles más altos que en un escenario competitivo (incluso por sobre el precio mínimo acordado). En efecto, como se explicará, la sentencia ignora el efecto sistémico del ilícito implementado por las cadenas y el modo en que éstas definían el precio de sus productos. Todo esto lleva a la conclusión que la multa impuesta subvalora significativamente los verdaderos efectos anticompetitivos del cartel imputado.

47. En primer término, si bien el razonamiento del H. Tribunal circunscribe el efecto de la conducta solo en relación a las actividades promocionales, desconoce que aquellas promociones que efectivamente se verificaron y, por tanto, pudieron ser consideradas en la Sentencia, no son necesariamente aquellas que hubiesen existido en un escenario sin colusión. Dado que los incentivos cambian, en un escenario competitivo las Requeridas habrían generado más eventos promocionales, por lo que, al haberse constatado la existencia del acuerdo ilícito, el universo considerando por el H. Tribunal se encuentra necesariamente subestimado. En este sentido, por efecto de la misma regla de precio mínimo, las promociones que efectivamente ocurrieron fueron sólo una cota inferior de aquellas que hubiesen ocurrido en un escenario competitivo.

48. Por otro lado, el razonamiento del H. Tribunal también parece desconocer que la regla tenía por objeto fijar un precio mínimo en la totalidad de productos pertenecientes a la categoría de carne fresca de pollo. Aun cuando la evidencia analizada en el fallo se centró en aquellos casos en los que, en virtud de desvíos al cumplimiento de la regla se generaron reclamos por parte de las Requeridas, precisamente el éxito del cartel está dado por todos aquellos casos en que la regla se cumple y, por lo tanto, no se produjeron dichos reclamos.

49. A mayor abundamiento, en el ámbito de beneficios de la conducta, la reducción de la competencia no sólo les permitió a las Cadenas Requeridas asegurar la ganancia entre sus costos reales y el precio mayorista más IVA sino que, además, incrementar el nivel de precios en todos los productos de la categoría pollo fresco dada la existencia de un precio mínimo, y adicionalmente no traspasar los descuentos a consumidores finales ya sea en parte o en su totalidad, dependiendo del nivel de competencia existente en los distintos productos.

50. En efecto, la afectación general de precios de toda la categoría es también coherente con la forma en que los supermercados determinan los precios de sus productos, lo que fue ampliamente acreditado en estos autos. Los *retailers* poseen estrategias de posicionamiento de sus productos frente a su competencia relevante, clasificándolos en

distintas canastas⁴³, las cuales agrupan a distintos tipos de producto según la sensibilidad que estos posean para los consumidores. Esta sensibilidad se entiende como la capacidad del producto para atraer consumidores a la sala de venta en caso de reducir su precio, independiente de que se trate de precios regulares o actividades promocionales. Esto es lo que en definitiva lleva a que las actividades promocionales sean más intensivas en relación a los productos sensibles.

51. De este modo, los supermercados ubican en una misma canasta a los productos de la categoría pollo fresco más sensibles (cuyos cambios en precio generan más movimiento de la demanda), en una segunda canasta a los que son menos sensibles y en una tercera a los menormente sensibles, es decir, aquellos cuya demanda varía menos ante cambios de precio. Así, aun cuando son los productos más sensibles aquellos que atraen mayor público, y que por lo tanto son generalmente ofertados de manera más agresiva que el resto, la estrategia de precios a su respecto – entre la que se considera la limitación de precio en aplicación de la regla - incide en la decisión de precio de la totalidad de la categoría.

52. En relación a ello, los consumidores tienen una percepción de precios sobre cada categoría, lo que la literatura denomina "precios de referencia"⁴⁴. Esta referencia se construye en base a las experiencias de compra y determina lo que los consumidores evalúan como precios adecuados de los productos.

53. La regla ejecutada por las Requeridas afectó a todas las ventas de pollo fresco, porque modificó el precio de referencia de la categoría. En efecto, este último habría sido menor en competencia que con el acuerdo, justamente por la ausencia de una regla de precio mínimo de venta. La evidencia aportada en los autos acredita cómo los ejecutivos de los supermercados eran conscientes de la posibilidad que la regla afectara la totalidad de la categoría:

*"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".
 No tengo ofertas de trutros o productos potentes de Agrosuper, mientras que **la competencia está destrozando el valor de la categoría**.
 Te espera un Sell Out por la diferencia de costo".⁴⁵*

⁴³ La canasta está conformada por un grupo de productos pertenecientes a una misma o diferentes categorías.

⁴⁴ Por ejemplo, Kalyanaram, G., & Winer, R. S. (1995). Empirical generalizations from reference price research. *Marketing science*, 14(3_supplement), G161-G169.

⁴⁵ Correo N° 105 acompañado en el disco de fojas 8652 del Cuaderno Principal, loc. cit.

54. Por lo tanto, el efecto de la práctica no sólo afecta a los productos de bajo margen, conforme se sostiene en la Sentencia, sino que lleva a aumentar de manera sostenida los precios regulares en los distintos productos comercializados en la categoría de pollo fresco. Lo anterior, dado que cada Requerida operó en conocimiento de la efectividad de la misma regla en relación a sus competidores más relevantes.

55. Cabe mencionar también que las Requeridas han reconocido que la carne de pollo fresco es un producto de alta sensibilidad para el consumidor por lo que, en competencia, suele ser utilizado como un producto "gancho" con precios que incluso pueden dejar márgenes negativos, con el fin de atraer la venta de otros productos distintos, práctica conocida como *loss-leading*.

56. Al respecto, existe literatura económica que apoya la idea de que este tipo de prácticas afectarían incluso la totalidad de las ventas del respectivo agente económico, por lo que resultaría de interés de los supermercados limitar las ventas bajo costo. En efecto, los autores Walsh y Whelan desarrollaron un modelo para analizar leyes de imposición de precio mínimo⁴⁶. En sus conclusiones, destacan que la estrategia de *loss-leading* es utilizada en mercados donde los consumidores no cuentan con información completa para poder comparar los precios por lo que buscan guiarse por los precios de los denominados productos gancho. Impedir el *loss-leading*, lo que ocurrió con la colusión de los supermercados requeridos, repercute en precios promedio más altos, mayores ganancias para los *retailers* y menor excedente del consumidor, comparado con el caso sin límite al precio mínimo.

57. Allain y Chambolle⁴⁷, por su parte, estudiaron algunas leyes europeas que prohibieron las ventas bajo el costo de adquisición o precio lista (no costo real) en algunas industrias, y pudieron determinar cómo estos pisos mínimos tuvieron el efecto de alterar el precio general de las categorías. El planteamiento basal de tal estudio es similar al acuerdo colusivo entre Walmart, Cencosud y SMU, toda vez que el precio mínimo es común a la industria y éste no es igual al costo real de adquisición de los bienes, pues no se consideran los descuentos *back*. Los autores, a partir del desarrollo de un modelo, concluyen que:

"la ley [de prohibición de venta bajo el costo] no sólo impidió la ejecución de loss-leading (lo que probablemente reduciría los beneficios del retailer), sino también facilitó mecanismos

⁴⁶ WALSH, P. P., & WHELAN, C. (1999). "A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order". The Economic and Social Review, 30(1), 71-90.

⁴⁷ ALLAIN, M. L., & CHAMBOLLE, C. (2011). "Anti-competitive effects of resale-below-cost laws". International Journal of Industrial Organization, 29(4), 373-385.

*de alza de precios que beneficiaron a todas las firmas en el canal vertical*⁴⁸.

58. En esta misma línea, estos autores concluyeron que la evidencia empírica sustentaba sus resultados. En su estudio, observaron que, por ejemplo, los precios de alimentos aumentaron significativamente después de la promulgación de la ley Galland en 1997 en Francia⁴⁹.

59. Todo lo expuesto nos lleva a concluir que la base de cálculo de ventas afectadas por la conducta debería ser más amplia que aquella considerada por el H. Tribunal, pues no refleja el real efecto del cartel que el mismo H. Tribunal acreditó. Este aspecto obviado por el H. Tribunal resulta especialmente grave y amerita que la Excm. Corte Suprema lo enmiende en su fallo.

b) El H. TDLC se equivoca al identificar ventas promocionales con aquellas que tienen un margen de 0% a 10%: los supermercados marginaron más en un gran porcentaje de las ventas promocionales

60. Aun si se considerare acertado el razonamiento del H. Tribunal en orden a utilizar únicamente a los precios promocionales como ventas afectadas por la conducta, de todos modos el parámetro de margen de entre 0% y 10% utilizado por el sentenciador no es correcto. Las promociones no necesariamente se identifican con márgenes bajos y son los propios datos aportados por las Requeridas al proceso los que así lo establecen.

61. En efecto, según información aportada por Walmart⁵⁰, el margen promedio de las promociones para las marcas de Agrosuper, Ariztia y Don Pollo es cercano al 20% y, además, se verifica que en más del 90% de las promociones el margen fue superior al 10%, llegando incluso a márgenes sobre el 80%. Por lo tanto, no es posible identificar una promoción acudiendo al criterio de margen entre 0% y 10%, representando el criterio del H. Tribunal nuevamente un sesgo hacia abajo.

62. El caso de Walmart es ilustrativo, pero no excepcional. Una revisión de los datos exhibidos por Cencosud, cuya acta rola a fojas 1.174, muestra que los márgenes

⁴⁸ Texto original: "These observations support our interpretation that the law was not only prohibiting loss-leaders (which would be likely to reduce retailers' profits), but also enabled a Price-raising mechanism that benefited all firms in the vertical channel". Ibid., página 382.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ A fojas 5.878 del Cuaderno Principal, en la que detalló todas las promociones realizadas entre 2008 y 2011.

promocionales no se concentran en el rango 0%-10%, sino que alcanzan cifras muy superiores, con un promedio similar al de Walmart.

63. Según se acreditó en el proceso, Walmart posiciona sus precios con respecto a la competencia, de modo tal que sean menores a los de ésta. Esta estrategia se denomina EDLP o *everyday low prices*⁵¹, la que generalmente corresponde a un 95% para la categoría pollos⁵². Por su parte, tanto Cencosud como SMU siguen la estrategia *high & low*⁵³, según la cual se fijan precios relativamente altos de lunes a jueves y precios promocionales para productos gancho los días viernes, sábados y domingos. De esta forma, dado que los márgenes de Walmart están mayoritariamente concentrados en rangos superiores al 10%, es posible sostener que los márgenes de las demás empresas también se ubican en ese rango superior al 10%.

64. Así, atendido el carácter de seguidor de precios de Walmart, es posible sostener que el efecto de la fijación de precios mínimos no solo afecta el nivel de precios de los productos de un mismo supermercado en distintas canastas como se explicitó anteriormente, sino que afecta dinámicamente la determinación de los precios entre las distintas cadenas supermercadista dada la interdependencia oligopolística existente entre ellas en la fijación de los precios de sus productos.

65. Nuevamente, si asumiéramos el razonamiento del H. Tribunal como acertado, este incorpora en su argumentación productos con márgenes comúnmente bajos, pero que no son los cortes de pollo fresco con mayor sensibilidad para el consumidor. Así, por ejemplo, Cencosud reporta, con márgenes menores al 10%, productos como el corazón y la pana de pollo, en tanto que productos altamente sensibles y por lo tanto susceptibles de ser promocionados, como lo son la pechuga, el trutro o pollo entero reportan márgenes muy superiores a los límites impuestos por el Tribunal, según se indicó. Lo anterior, vuelve a evidenciar lo errado de la argumentación del sentenciador.

66. Por último, el Tribunal excluye las ventas con margen negativo. Esto es relevante, porque en un contexto de competencia se espera que el nivel general de precios de las promociones sea más bajo que en el escenario colusivo. En particular, ese nivel de precio está limitado por el precio de lista mayorista más IVA, que es la forma de operar de la regla. Así, tiene sentido indicar que fuera de la colusión los márgenes negativos se podrían haber

⁵¹ Contestación de Walmart, p. 40 y ss.; Testimonial Daniela Cañón ante el H. TDLC, a fojas 4138, p. 18.

⁵² Testimonial Julio Southerland ante el H. TDLC, a fojas 6487, p. 32.

⁵³ Testimonial Rodrigo Hurtado de Mendoza ante el H. TDLC, a fojas 7122, p. 32; Absolución de posiciones de Jaime Soler, que rola a fojas 3852, p. 26.

acentuado o, desde otra mirada, los márgenes negativos fueron “menos negativos” con el acuerdo. Por lo tanto, estas ventas también se vieron afectadas por la conducta. Esta falta de consideración nuevamente genera un sesgo en la base de cálculo del H. Tribunal hacia abajo.

67. Finalmente, este análisis es consistente con los incentivos que habrían tenido los supermercados para coludirse. Resulta poco razonable sostener que solamente se hubieren beneficiado entre el 6,5% y 7,5% de las veces, como indica el proceso de cálculo de multa del H. Tribunal. La duración de la conducta y los esfuerzos de monitoreo de los desvíos acreditados en autos contradicen la escasa relevancia que el Tribunal asume en relación a la extensión de dicho acuerdo.

c) El criterio de “ventas afectadas” y no las ventas del producto o servicio asociados a la infracción es ajeno a la jurisprudencia y experiencia comparada

68. La decisión del H. Tribunal de calcular la multa base en consideración de las “ventas afectadas” en vez de un criterio que mayormente refleja los efectos de la conducta, aceptado en jurisdicciones comparadas, como lo es “ventas asociadas al producto o servicio objeto de la colusión”, es errónea e incide directamente en la cuantía de la multa a la que finalmente se arribó por parte del sentenciador⁵⁴.

69. En efecto, dado que es razonable concluir que una colusión tendrá consecuencias más allá de las ventas directamente afectadas, es que por ejemplo, la Comisión Europea considera en el cálculo de la multa “*el valor de las ventas de bienes y servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción*”⁵⁵. La jurisprudencia de la misma Comisión y las Cortes europeas han permitido clarificar qué ventas se deben considerar, a efectos de garantizar una efectiva disuasión.

70. La Corte de Justicia, máximo órgano jurisdiccional en Europa, ha resuelto que deben considerarse no solamente aquellas ventas directamente influenciadas por el cartel, sino todas aquellas realizadas en el mercado afectado:

⁵⁴ Este también es el criterio contenido en el DL 211 en su artículo 26 luego de la modificación de la ley 20.945.

⁵⁵ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (en adelante “Directrices para el cálculo de las multas”), párrafo 13. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF> [Última visita: 12 de marzo de 2019].

*“Por tanto, en el caso de autos, el Tribunal General declaró acertadamente, en el apartado 97 de la sentencia recurrida, que «la posibilidad para la Comisión de incluir en el valor de las ventas relevantes a efectos del cálculo del importe de la multa las ventas de LCD objeto de cártel realizadas por las demandantes a LGE y a Philips, **no depende de si esas ventas se realizaban o no a precios influenciados por el cártel, sino del mero hecho de que se realizasen en un mercado afectado por la existencia de un cártel en el que participaban las demandantes**”⁵⁶.*

71. Y la razón que se encuentra detrás es justamente obtener un real efecto disuasivo sobre las empresas, considerando realmente la relevancia de cada agente en el mercado y su participación en el ilícito. Un autor ha examinado toda esta jurisprudencia europea y ha concluido que:

*“para determinar el monto de la multa base en casos de carteles, la Comisión no necesita probar cada ocasión en que ventas individuales se vieron afectadas por la actividad del cartel. No es sorprendente que en el mismo caso, la Comisión también adoptara la visión que el término ‘en relación’ en el párrafo 13 de las Directrices no se refiere a ‘ventas’, sino más bien a ‘bienes y servicios’, **indicando que una vez que la Comisión ha identificado los bienes o servicios que se relacionan directa o indirectamente con la conducta, se considera el valor de todas las ventas de tales bienes o servicios en el cálculo de la multa base**”⁵⁷.*

72. Ahora bien, aplicando el proceso inverso al efectuado por el H. Tribunal para determinar el monto base de la multa⁵⁸, se obtiene que las ventas totales de la categoría pollo fresco de cada cadena habrían ascendido en el período acusado a 398.571 UTA en el caso de Walmart, 411.857 UTA en el caso de Cencosud y 245.571 UTA en el caso de SMU. Luego, si se aplicare el 20% sobre dicha base, porcentaje que en Europa podría llegar hasta el 30%, la multa que debiese imponerse a cada Requerida sobrepasa el límite de

⁵⁶ Sentencia Corte de Justicia en C-227/14 P - LG Display and LG Display Taiwan v Commission, párrafo 56, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C4BC9958A89971DBB3ED936CE33ED873?text=&docid=163875&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3226349>.

[Última visita: 12 de marzo de 2019]. La misma Corte cita sus anteriores pronunciamientos: sentencias Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartado 77, y Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, apartado 58.

⁵⁷ Traducción libre de: “This means that, in order to determine the basic amount of the fine in cartel cases, the Commission need not provide proof of each occasion on which individual sales were affected by the cartel activities. Not surprisingly, in the same case, the Commission also took the view that the term ‘relates’ in paragraph 13 of the Finning Guidelines does not refer to the term ‘sales’ but rather to the term ‘goods or services’, meaning that once the Commission has established the goods or services to which the infringement directly or indirectly relates, the value of sales of all such goods or services will be taken into account when establishing the basic amount of the fine”. VAN BAEL, Ivo. “Due Process in EU Competition Proceedings”. Wolter Kluwer, página 233.

⁵⁸ Esto es, considerar que se trata del 20% de aproximadamente el 7% de las ventas totales.

30.000 UTA establecido en el artículo 26 del DL 211, con lo cual la multa base habría alcanzado dicho valor.

(ii) **Las multas impuestas a las Requeridas no cumplen adecuadamente sus fines y objetivos y no consideran los criterios establecidos por el DL 211 y jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema**

73. No solamente el H. Tribunal ha errado en el cálculo de la sanción que debe ser impuesta a las Requeridas según la metodología propuesta. Tampoco ha considerado los objetivos y fines propios de las sanciones en esta sede, ni ha sopesado los criterios establecidos por el DL 211 y la jurisprudencia para su determinación. La Excma. Corte Suprema ha exigido que todos los criterios de apreciación deben ser considerados al momento de establecer la multa. Así, en el caso Farmacias resolvió que:

*“la determinación del importe de una multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los volúmenes de los negocios que beneficiaron a los implicados, **sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación**”⁵⁹.*

74. Veremos en este capítulo cómo tales objetivos y criterios, que no son considerados por el H. Tribunal, ameritan que las multas impuestas sean aumentadas sustancialmente, por lo que procede que la Excma. Corte Suprema enmiende en esta parte el fallo, imponiendo finalmente a cada Requerida una multa ascendente a 30.000 UTA, tal como lo solicitase esta Fiscalía en el Requerimiento.

75. Para analizar cómo las sanciones impuestas a Cencosud, Walmart y SMU no satisfacen correctamente los objetivos y fines perseguidos por las multas en esta sede, resulta esencial tener presente que para la Excma. Corte Suprema esta carga pecuniaria tiene una doble finalidad en sede de competencia: la retribución y la disuasión. Ha resuelto el máximo Tribunal que:

*“Esta Corte ya ha emitido pronunciamiento sobre la doble finalidad de las sanciones en esta materia, lo que incluye las multas, indicando que: ‘Cuando se habla de los objetivos de las sanciones usualmente se mencionan, entre otras, **la retribución y la disuasión**. La función retributiva busca que el infractor reciba su justo castigo por el ilícito cometido, mientras que la función disuasoria busca disuadir, desincentivar y prevenir que tanto el infractor como otras*

⁵⁹ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 2578-2012, “Requerimiento de la F.N.E. contra farmacias Ahumada y otros.”, de la Excma. Corte Suprema, considerando 90°.

personas cometan ilícitos' (CS Rol 982-2012 considerando sexto)⁶⁰.

76. En cuanto a otras circunstancias o criterios que deben considerarse al momento de determinar la cuantía de la multa, la Excma. Corte Suprema ha indicado que no existe un catálogo taxativo, si no que pueden analizarse y ponderarse todos aquellos aspectos que sean relevantes, los que en este caso no fueron evaluados por el H. Tribunal:

*"Por otro lado, **la ley no es taxativa en cuanto a las circunstancias que se deben tener en consideración para determinar la cuantía de la multa**, por lo que se pueden atender otros aspectos no establecidos en ella, **como lo es la envergadura económica de las empresas que litigan**"⁶¹.*

a) El efecto disuasivo de la multa no se satisface con la sanción impuesta por el H. Tribunal

77. El efecto disuasorio, según la jurisprudencia del H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema, es uno de los criterios más relevantes que se debe considerar al momento de fijar la cuantía de la multa por prácticas contrarias a la letra a) del artículo 3° del DL 211. Se ha considerado ampliamente que un nivel óptimo de multa es generalmente medido en referencia a su efecto disuasivo.

78. El objetivo de la disuasión es doble, pues la multa, por una parte, debe inhibir que la misma empresa ejecute nuevos actos contrarios a la libre competencia en el futuro y por otra, debe desincentivar que otros agentes se involucren en este tipo de comportamientos. En cuanto a la disuasión, la Excma. Corte Suprema ha manifestado que:

*"En este tema resulta absolutamente relevante que la imposición de la multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que esta Corte considera que **la decisión sobre la cuantía de la multa lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio**"⁶².*

79. A nivel comparado se ha insistido sobre la relevancia de imponer multas elevadas, en orden de desincentivar a las empresas de cometer actos anticompetitivos:

⁶⁰ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 821-2016, "Requerimiento de la FNE en contra de SMU S.A.", de la Excma. Corte Suprema, considerando 33°.

⁶¹ Sentencia Rol 6264-2013, considerando 17°.

⁶² Sentencia recaída en la Causa Rol N° 2578-2012, "Requerimiento de la F.N.E. contra farmacias Ahumada y otros.", de la Excma. Corte Suprema, considerando 90°.

“Las multas son uno de los medios de asegurar que las compañías no ejecuten prácticas anticompetitivas. Para ese fin, las multas deben ser establecidas en un nivel que aseguren una suficiente disuasión. Ello implica que las multas no sólo deben sancionar el comportamiento pasado, sino que también su nivel debe desincentivar que la firma, o cualquier otra, ejecute actos ilegales en el futuro”⁶³.

80. Sin perjuicio de la relevancia de la disuasión, ampliamente reconocida en esta sede, inexplicablemente el H. Tribunal no la considera al momento de establecer la multa sobre Cencosud, Walmart y SMU. Es más, ni siquiera nombra esta palabra ni ninguna otra de similar naturaleza al momento de calcular la sanción a imponer a estas Requeridas. Ello resulta sumamente grave pues de haber sido considerado este criterio, la multa impuesta por el H. Tribunal debió haber sido incrementada de manera relevante.

81. En términos teóricos, se ha indicado que la disuasión se logra cuando la multa supera la ganancia esperada derivada de la infracción. Lo relevante para efectos de la sanción óptima no son las ganancias reales de las empresas coludidas, sino lo que ellas previeron podrían haber obtenido con motivo del ilícito. En este sentido ha fallado la Excm. Corte Suprema, al indicar:

“Es en este contexto que carece de eficacia la alegación formulada por Ariztía en cuanto esgrime que se desempeñó y operó con pérdidas, desde que la determinación del monto de la multa se relaciona causalmente con el beneficio esperado del pacto colusivo, y no con las reales utilidades del giro del negocio”⁶⁴.

82. Dado que el cálculo del beneficio económico no fue posible en este caso - lo que en caso alguno significa asumir que éste no existió -, el H. Tribunal calculó un porcentaje de las ventas afectadas por la colusión, lo que finalmente es una aproximación, algo imperfecta, de las ganancias que las empresas habrían obtenido con esta conducta⁶⁵. Es pacífico en jurisdicciones comparadas que un porcentaje de las ventas asociadas al producto o servicio objeto de la colusión refleja razonablemente las ganancias derivadas

⁶³ Traducción libre de: “Fines are one of the means to ensure that companies do not engage in anticompetitive behaviour. To that end, fines must be set at a level that ensures sufficient deterrence. This implies that fines should not only punish past behaviour, but also that their level will deter that particular company, or any other, from entering into illegal behaviour in the future”. EU Press Release IP/06/857, “Competition: Commission revises guidelines for setting fines in antitrust cases”. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm?locale=en [Última visita: 12 de marzo de 2019].

⁶⁴ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 27181-2014, “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.”, de la Excm. Corte Suprema, Considerando 91°.

⁶⁵ Precisamente la circunstancia de tratarse de un acuerdo para no vender bajo un precio mínimo y no en relación a un precio determinado, hace más difícil la identificación de un contrafactual.

del ilícito⁶⁶. Y en este sentido el H. Tribunal hace bien en aplicar un modelo como el propuesto, aunque con las fallas ya indicadas en este escrito.

83. Ahora bien, una vez determinado el porcentaje de las ventas en caso que no sea posible determinar las ganancias esperadas, no resulta correcto aplicar a título de multa el mismo monto, sin adecuaciones, pues de esta forma no se cumple el objetivo de disuasión propio de la sanción. Esto es así pues se debe considerar también, por ejemplo, las probabilidades de detección del ilícito, las que en casos como el de autos se reduce dramáticamente. En otras palabras, ese monto debe aumentarse tantas veces sea necesario como para haber inhibido a la empresa de haber ejecutado la conducta.

84. Es por ello que el nuevo artículo 26 del DL 211, por ejemplo, establece que se podrá aplicar como multa el doble del beneficio económico y no tan sólo el beneficio económico en sí. Si la multa sólo considerare las ganancias ilícitamente percibidas, siempre convendría a las empresas el escenario colusorio, pues éstas sabrían que, de ser detectadas, perderían a lo sumo estas ganancias y quedarían igual. Dado que la detección de estas conductas es compleja, la pérdida de las ganancias colusorias sería poco probable, incentivándose a las empresas a cometer actos contrarios al DL 211⁶⁷.

85. Dado este criterio de disuasión es que, en Europa, una vez que se calcula la multa base, que es un porcentaje de hasta un 30% de las ventas asociadas directa o indirectamente a la infracción, se suma otro porcentaje de estas mismas ventas, de entre un 15% a un 25%, por el sólo hecho de haberse la empresa involucrado en la práctica anticompetitiva. Se le denomina normalmente a este monto como un "entry fee", es decir,

⁶⁶ En el caso europeo, se ha señalado que: "En orden de disuadir a las empresas de cometer graves e ilegales conductas, la Comisión podría agregar al monto calculado una semana equivalente entre el 15% al 25% de las ventas relevantes anuales, independiente de la duración de la infracción. De acuerdo con las guías, tal 'tarifa de entrada' será aplicada en casos de carteles y puede ser aplicada en otro tipo de infracciones. En otras palabras, el mero hecho de que una empresa se involucre en un cartel podría 'costarle' al menos un 15 al 25% de sus ventas anuales respecto del producto relevante". Traducción libre de: "In order to deter companies from ever entering into seriously illegal conduct: the Commission may add to the amount as calculated above a sum equal to 15% to 25% of the yearly relevant sales, whatever the duration of the infringement. According to the Guidelines, such an 'entry fee' will be applied in cartel cases and may be applied in other types of anti-trust infringements. In other words, the mere fact that a company enters into a cartel could 'cost' it at least 15 to 25% of its yearly turnover in the relevant product". EU Press Release IP/06/857, "Competition: Commission revises guidelines for setting fines in antitrust cases", Op. cit.

⁶⁷ Un autor ha indicado que "para que la disuasión funcione, las multas deben ser, en principio, fijadas a un nivel que excedan las ganancias esperadas derivadas de la infracción multiplicadas por el inverso de la probabilidad que la multa sea efectivamente impuesta". Traducción libre de: "For deterrence to work, fines should thus in principle be set at a level exceeding the expected gain from the violation multiplied by the inverse of the probability of a fine being effectively imposed". WILS, Wouter (2007). "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis". World Competition: Law and Economics Review 30(2). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654 [Última visita: 12 de marzo de 2019].

una suma que se paga a todo evento y que intenta evitar que las empresas se involucren en un ilícito para *probar* si obtienen alguna ganancia. Se ha dicho que el propósito de esta suma es evitar desde un inicio que las empresas se cartelicen, haciendo su participación en la conducta extremadamente gravosa incluso por un periodo corto de tiempo.

86. En este orden de ideas, de no ser enmendado el fallo por la Excm. Corte Suprema, se transmitirá una señal equivocada a la industria, en el sentido que las sanciones por conductas graves no serán severas si las ganancias no pueden ser calculadas. Ello es un despropósito desde el punto de vista de la prevención de estos ilícitos y únicamente provocarán que empresas finalmente no se inhiban de violentar el DL 211⁶⁸.

87. De esta forma, resulta más que recomendable y fundado, en este caso, aumentar el monto de las multas impuestas a Walmart, Cencosud y SMU a las 30.000 UTA solicitadas por esta FNE en su Requerimiento. Se garantiza así una efectiva disuasión y, al mismo tiempo, no se pone en peligro la existencia de estas empresas debido a su capacidad económica.

b) El efecto retributivo de la multa no se satisface con la sanción impuesta por el H. Tribunal. Gravedad de la conducta ejecutada por las Requeridas

88. En cuanto a este aspecto, la Excm. Corte Suprema ha reiterado una y otra vez la gravedad de las conductas colusorias y el importante perjuicio que éstas provocan en nuestra economía. Nuestro máximo tribunal ha indicado que:

*“debe tenerse en consideración que la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia- **la más reprochable, la más grave**, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción*

⁶⁸ Este criterio de disuasión ha provocado que a nivel internacional exista un sostenido aumento de las sanciones en casos de carteles. Por ejemplo, se ha dicho recientemente por un autor respecto de Europa que: “Para incrementar la disuasión, la Comisión ha gradualmente aumentado el nivel de multas impuestas por violaciones a los artículos 101 y/o 102 del TFEU. El monto total de las multas en casos de carteles aumentó desde alrededor 500 millones de euros en el periodo 1990-1994 a casi 9.5 billones de euros en el periodo 2005-2009” GERADIN, Damien y SADRAK, Katarzyna (2017). “The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017”, Página 27. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958317 [Última visita: 12 de marzo de 2019]. Traducción libre: “To increase deterrence, the Commission has gradually stepped up the level of corporate fines imposed for violation of Articles 101 and/or 102 TFEU. The total amount of cartel fines has risen from around EUR 500 million in the period 1990-1994 to almost EUR 9.5 billion in the period 2005-2009. Total fines slightly decreased to EUR 8.7 billion during 2010-2014”.

*de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes*⁶⁹.

89. El H. Tribunal también ha reconocido esta gravedad y ha resuelto que la colusión es:

*“[E]l más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores **en perjuicio del bienestar social y los consumidores**”⁷⁰.*

90. El H. Tribunal dio por acreditada la conducta imputada por la FNE, es decir, que Walmart, Cencosud y SMU participaron en un acuerdo o práctica concertada 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 más IVA, entre al menos los años 2008 y 2011. Esta conducta, como señalaremos en este apartado, es de una gravedad inconmensurable, la que no fue correctamente ponderada por el H. Tribunal en el monto impuesto a las Requeridas por concepto de multa.

a. *La conducta acreditada en autos constituye un acuerdo entre competidores, práctica de mayor gravedad en esta sede*

91. Si bien el H. Tribunal indica en su considerando ducentésimo decimotercero que la conducta ejecutada por las Requeridas es “*especialmente grave*”, en su considerando quinto, el H. Tribunal declara que “*la conducta de las requeridas no configura lo que en la jerga habitual de libre competencia se denomina un ‘cartel duro’*”, lo que pudo haber incidido finalmente en la imposición de una multa menor⁷¹.

92. Más allá de la calificación de cartel duro o no, lo cierto es que la conducta ejecutada por Walmart, Cencosud y SMU al establecer un precio mínimo para el pollo fresco, variable

⁶⁹ Sentencia recaída en la Causal Rol N° 32149-2014, “Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transporte Línea Uno Collico S.A. y otros”, de la Excm. Corte Suprema, considerando 20°.

⁷⁰ Sentencia N° 119/2012 del H. TDLC, recaída en la Causal Rol N° 184-2008, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros”, considerando 195°.

⁷¹ Un cartel duro, que viene de la denominación en inglés “*hard-core cartel*”, es definido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE como: “*Un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva, o un plan anticompetitivo entre competidores para fijar precios, efectuar ofertas colusorias a licitaciones, limitar la producción o establecer cuotas, o compartir o dividir el mercado mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios, o líneas de comercio*” [Traducción libre de “*an anti-competitive agreement, anti-competitive concerted practice, or anti-competitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce*”]. OCDE, Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, página 2, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> [Última visita: 12 de marzo de 2019].

competitiva principal entre estas empresas, no generó eficiencia alguna que pudiera justificar este comportamiento, ameritando la imposición de la sanción más severa conforme la ley vigente aplicable.

b. *La conducta identificada por el H. Tribunal afectó directamente a los consumidores, respecto de un producto sensible*

93. Tanto el H. Tribunal como la Excm. Corte Suprema han resuelto que la colusión puede ser más grave aun dependiendo de la naturaleza del mercado o producto respecto del cual el ilícito tiene lugar⁷². Así, ha resuelto nuestro máximo Tribunal:

*“Que en los términos que se viene razonando esta Corte considera 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 en consideración (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**”⁷³.*

94. Como señaló esta FNE en sus observaciones a la prueba, el acuerdo o práctica que se sancionó en estos autos afectó uno de los productos más sensibles para los consumidores nacionales⁷⁴. En efecto, el pollo es la carne más consumida por los hogares chilenos, representando un 40% del consumo total de carnes, alcanzando un consumo de 30 kg/per cápita anuales al año 2013⁷⁵.

95. A mayor abundamiento, la importancia de la carne de pollo para los hogares chilenos es tal que, en la canasta del IPC, la carne de pollo figura como el cuarto producto con mayor ponderación dentro del grupo alimentos, el cual es el grupo con mayor peso en el índice⁷⁶. En este sentido, fueron los mismos consumidores afectados por las conductas y no

⁷² Manifestó el H. Tribunal que “el segundo de los elementos a considerar respecto de la gravedad del ilícito en el caso de autos está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un precio mayor del que se habría obtenido en ausencia de la misma”, Sentencia Caso Farmacias, considerando centésimo nonagésimo séptimo.

⁷³ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 27181-2014, “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.”, de la Excm. Corte Suprema, considerando 90°.

⁷⁴ “(...) es relevante considerar la importancia del pollo fresco para los clientes de los supermercados, contando su demanda con una alta elasticidad o sensibilidad respecto al precio. Se trata de un producto reconocido transversalmente como un producto “gancho” o “generador de tráfico”, los que en la señalada Sentencia N° 119 fueron definidos como aquellos “que los actores del mercado minorista podrían estar dispuestos a vender bajo costo para así atraer clientes a sus locales y aumentar las ventas de otros de su amplia gama de productos ofertados”. Sentencia N° 167, considerando 53°.

⁷⁵ <http://www.friofood.cl/?p=102>. [Última visita: 12 de marzo de 2019].

⁷⁶ Conforme a la Canasta Base Anual 2013 del IPC, disponible en el sitio web del INE. La carne de pollo es, además, el vigésimo segundo producto con mayor ponderación, dentro de un total de 321 productos.

intermediarios en la cadena de comercialización, por lo que la gravedad de esta conducta es aún mayor.

c. *Reducido número de empresas en el mercado y participación relevante de las Requeridas en conjunto*

96. Otro elemento que no fue ponderado por el H. Tribunal al analizar la gravedad de la conducta se relaciona a las participaciones de mercado que en conjunto mantenían las Requeridas a la época de los hechos. Este aspecto es sumamente relevante pues finalmente las posibilidades que tuvieron los consumidores de sustituir su fuente de abastecimiento de pollo fresco, en el canal supermercadista, fueron prácticamente nulas. A nivel comparado este criterio se ha considerado para sancionar más severamente a los infractores⁷⁷. Es la misma Excma. Corte Suprema la que ha resuelto que este criterio debe ponderarse como parte de la gravedad del ilícito, al indicar:

*“[E]sta Corte considera 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 en consideración el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de producción y comercialización mayorista del pollo**”⁷⁸.*

97. Según señaló esta FNE en su Requerimiento, la participación de mercado de las Requeridas, considerando únicamente la comercialización de la carne de pollo fresca en el canal supermercados, ascendía a 34,05% para Cencosud, 33,68% para Walmart y 23,5% para SMU. De esta forma, las Requeridas concentraron el 91,23% de las ventas de este producto, resultando la conducta especialmente grave por esta sola circunstancia.

98. El H. Tribunal y Excma. Corte Suprema han sido testigos del rápido proceso de concentración que ha sufrido la industria supermercadista los últimos 15 años, producto principalmente de operaciones de concentración entre cadenas. Esta circunstancia naturalmente colaboró en cierta medida con la ocurrencia de la conducta anticompetitiva acreditada en estos autos. Existen varios pronunciamientos del H. Tribunal sobre estos

⁷⁷ Directrices para el cálculo de las multas, op. cit., párrafo 22.

⁷⁸ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 27181-2014, “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.”, de la Excma. Corte Suprema, considerando 90°.

procesos de concentración, como la Sentencia N° 4/2004⁷⁹, Sentencia N° 65/2008⁸⁰ y Resolución N° 43/2012⁸¹. Lo relevante es que el H. Tribunal ya había levantado las alertas en esta última Resolución sobre los riesgos coordinados en este mercado, al indicar:

*“En el mercado supermercadista **existe una serie de factores que hacen más probable que se sostenga un resultado o equilibrio de coordinación**. Con la operación de concentración bajo análisis tales factores se fortalecen y, por tanto, la probabilidad de tal coordinación entre los competidores se incrementa”⁸².*

99. El H. Tribunal resolvió que, dado el reducido número de participantes en la industria, el monitoreo era más sencillo y el desvío de un acuerdo poco atractivo. Es más, consideró que respecto de productos “sensibles” un acuerdo entre las cadenas de supermercados era más probable:

*“Adicionalmente, tal como explica la FNE y, como además este Tribunal pudo constatar en una industria de similares características, la de farmacias, existen productos “sensibles” que son los que forman la percepción del cliente en cuanto al nivel general de precios de la cadena. **Es en este subconjunto de productos que los oferentes en el mercado se monitorean más frecuentemente y es respecto de los cuales existe mayor probabilidad de que se coludan o, de lo contrario, de que puedan competir fuertemente**”⁸³.*

100. La Excm. Corte Suprema, conociendo de un recurso de Reclamación en contra de esta Resolución N° 43, reconoció estos riesgos coordinados en una industria tan concentrada como la supermercadista, al indicar:

*“Se generan serios riesgos unilaterales y coordinados, siendo éstos los más relevantes, **dado que en una industria con tan reducido número de actores, se eleva exponencialmente el riesgo de coordinaciones tácitas para efectos de la fijación del precio**, aumentando además*

⁷⁹ En esta Sentencia se ordenó a D&S y a Hipermercados Jumbo S.A. consultar cualquier operación de concentración que planearan implementar en el mercado, considerando justamente los riesgos que la concentración implicaba. La Excm. Corte Suprema revocó esta medida, en autos Rol 4927-2004, “Denuncia de la AGIP contra supermercados”.

⁸⁰ En esta sentencia el H. Tribunal ordenó a Cencosud S.A. a consultar cualquier operación de concentración en esta industria. Misma medida se aplicó a D&S por medio de un avenimiento en el mismo juicio. En la Corte Suprema Cencosud avino con la FNE la misma medida preventiva, autos rol N° 2998-2008, “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S y Cencosud”.

⁸¹ Esta resolución se pronuncia sobre una consulta presentada por SMU sobre la adquisición de Supermercados del Sur.

⁸² Resolución N° 43 de 2012, “Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.”, Párrafo 12.6.

⁸³ Ibid., Párrafo 12.17.

*significativamente el poder de compra de la empresa absorbente*⁸⁴.

101. De esta forma, resulta del todo ajustado a derecho que la Excma. Corte Suprema considere esta circunstancia, pues han sido las propias Requeridas las que poco a poco han provocado esta concentración en la industria, la que ha devenido, como se ha constatado en este caso, en la comisión de un acuerdo o práctica concertada contraria al DL 211, que en industrias mayormente atomizadas y con menores índices de concentración sería difícil de sostener.

d. *Extensión territorial de la conducta*

102. Es el mismo Tribunal que dio por acreditado que la conducta ejecutada por las Requeridas no se limitó a un área geográfica específica, si no que se extendió a todo el territorio nacional, vulnerando de esta forma el bienestar de los consumidores de todo el país. Así, indicó:

“Que en cuanto al ámbito geográfico, es indudable que es nacional y no local, pues la acusación no dice relación directa con la competencia a través de canastas de productos (como fue lo relevante, por ejemplo, en el caso de la Sentencia N° 147/2015), sino con el acuerdo que se habría adoptado a nivel central por cada una de las requeridas para aplicar un precio mínimo de venta en uno de ellos de manera específica. Esta definición – nacional– es, además, consistente con lo señalado en la Sentencia N° 119/2012 (considerando 39), caso que presentaba características similares en su dimensión geográfica”⁸⁵.

c) Otros criterios de ponderación

103. Existen asimismo otros aspectos que el H. Tribunal debió haber considerado para efectos de determinar la multa, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Excma Corte Suprema. A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos.

⁸⁴ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 346-2013, “Consulta Smu S.A. Sobre Fusión Entre SMU S.A. y Supermercados Del Sur S.A”, de la Excma. Corte Suprema, considerando 13°.

⁸⁵ Sentencia N° 167, considerando 64°.

a. *Beneficio económico reportado por la infracción*

104. El H. Tribunal no considera adecuadamente al determinar esta multa cómo esta práctica les reportó importantes beneficios económicos a las Requeridas. Si bien es cierto que no fue posible calcular las ganancias que Walmart, Cencosud y SMU recibieron con la implementación de esta práctica, o las pérdidas que dejaron de sufrir, es un error conceptual importante afirmar que esta circunstancia impide la aplicación de una multa sustancial de 30.000 UTA a cada una de ellas.

105. En efecto, como ya lo ha manifestado la Excm. Corte Suprema previamente, si las empresas deciden involucrarse en el ilícito de colusión es porque recibirán ganancias que de otra forma no percibirían. Y tal conclusión es plenamente aplicable en este caso, en el que las Requeridas al menos durante cuatro años permanecieron en la conducta. Indicó la Corte Suprema en el caso Pollos:

*“Que específicamente en lo que concierne a los beneficios económicos, y al margen de los esfuerzos del TDLC por alcanzar o arribar a un cálculo que pueda significar mayor aproximación a la realidad, (...) es lo cierto que **la actual normativa atingente al punto es posible de satisfacer en la especie con la razonable conclusión de haberse configurado este elemento**”⁸⁶.*

106. Y lo más importante es que nuestro máximo Tribunal resolvió que el beneficio económico, como criterio de determinación de la multa, concurre aun cuando no sea posible precisar el monto de estas ganancias:

*“Tal operatividad sin duda alguna ha significado beneficios económicos para las avícolas requeridas, salvo que se conciba un acuerdo y la voluntad de proveer a su larga duración con prescindencia de que el mismo represente o no utilidades o beneficios, lo que carece de toda lógica. En la especie, **no es dable sino concluir que el acuerdo antes descrito y analizado permitió a las empresas tantas veces citadas alcanzar un nivel de beneficios superior al que habría prevaecido de no existir la conducta anticompetitiva**. Tal beneficio es lo que representa a la denominada renta monopólica **que se configura aun cuando no haya resultado posible precisar un monto**”⁸⁷.*

⁸⁶ Sentencia recaída en la Causa Rol N° 27181-2014, “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.”, de la Excm. Corte Suprema, considerando 91°.

⁸⁷ Ibid.

107. El mismo H. Tribunal pudo comprobar en algunos pasajes de su sentencia cómo esta conducta sí reportó importantes beneficios a las Requeridas:

*“Que, asimismo, de la anterior cadena de correos destaca el reconocimiento por parte del ejecutivo de SMU de que las ventas que no cumplen con la regla conllevan un “desorden” en el mercado, indicio adicional de que las reglas verticales existentes en el mercado eran vistas por las cadenas de supermercados como elementos que operaban a nivel conjunto y **eran beneficiosas para todas ellas**”⁸⁸.*

108. Lo mismo ocurre en otros pasajes del fallo:

*“Que el anterior correo, aun cuando es unidireccional desde un proveedor a SMU, resume la conducta durante la mayor parte del período acusado por la FNE, **poniendo énfasis en los beneficios de un acuerdo para los supermercados** y en que el esquema descrito no tenía una naturaleza bilateral, sino que era aplicado en forma amplia a las cadenas de supermercados”⁸⁹.*

109. La falta de determinación del beneficio económico no puede significar la imposición de una multa reducida, la que finalmente no cumplirá su rol disuasorio. Es más, normalmente el cálculo del beneficio económico, más que servir de base para la multa final, es un factor que a nivel comparado se considera para aumentar aún más la ya severa sanción que se ha calculado:

*“La Comisión tendrá en cuenta la necesidad de **incrementar la sanción** para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo”⁹⁰.*

110. En este sentido, la falta de cálculo del beneficio económico no puede ser entendida como una atenuante de responsabilidad como han pretendido las Requeridas.

b. Capacidad económica del infractor

111. Otro elemento que el H. Tribunal no consideró al establecer la multa es la capacidad económica del infractor y cómo las ventas de las Requeridas van más allá de aquellas vinculadas a la infracción. Este aspecto está estrechamente vinculado al criterio de disuasión, toda vez que la imposición de una multa reducida para una empresa con un nivel

⁸⁸ Sentencia N° 167, considerando 118°.

⁸⁹ Sentencia N° 167, considerando 120°.

⁹⁰ Directrices para el cálculo de las multas, op.cit., párrafo 31.

de ventas relevantes podría no desincentivarla, a ella o a otras con similares características, de incurrir en prácticas colusorias. Es así que a nivel comparado se considera que:

*“La Comisión prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio; **con este fin, podrá aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocios particularmente importante más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción**”⁹¹.*

112. Es por este efectivo efecto disuasorio que la Comisión Europea en reiteradas ocasiones ha aumentado el monto de las multas, debido a que las ventas totales de la empresa van más allá de aquellas vinculadas a la infracción. Así, resolvió en un caso:

“Considerando la necesidad de garantizar que las multas tengan un suficiente efecto disuasorio, y en consideración del gran tamaño de la facturación de Bayer que va más allá de las ventas de los bienes o servicios a los cuales la infracción se relaciona, la decisión incrementa la multa a ser impuesta a esta empresa en un 10%”⁹².

113. A título ejemplar, es la misma Cencosud la que reconoce que incluso la imposición máxima de la multa en esta sede no tendría un efecto significativo en los resultados de la operación. Ello acredita justamente la falta de un efecto disuasorio de una multa como la pretendida por el H. Tribunal respecto de empresas con una facturación como la de las Requeridas.

“Este proceso puede dar a lugar la imposición de multas a las partes requeridas, incluyendo Cencosud, aún cuando la Compañía no cree que dichas multas puedan tener un efecto significativo en los resultados de la operación. La multa podría llegar a ser de hasta 30.000 UTA (aproximadamente USD\$ 23 millones en el momento de la presentación de la demanda)”⁹³.

⁹¹ Directrices para el cálculo de las multas, op.cit., párrafo 30.

⁹² Traducción libre de “Taking into account the need to ensure that fines have a sufficiently deterrent effect, and in consideration of the large size of Bayer’s turnover beyond the sales of goods or services to which the infringement relates, the Decision increases the fine to be imposed to this undertaking by 10 %.” European Comisión (2009). Summary of Commission Decision of 23.1.2008 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0415\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0415(01)) [Última visita: 12 de marzo de 2019].

⁹³ Memoria Anual 2017, página 127 disponible en http://s2.g4cdn.com/740885614/files/doc_financials/2017/Memoria-Anual-2017-web.pdf [Última visita: 12 de marzo de 2019].

c. *Calidad de reincidente de Walmart*

114. El Requerimiento invocó como circunstancia para determinar la sanción aplicable a Walmart el hecho de haber sido previamente sancionada en sede de competencia por haber infringido el artículo 3° del DL 211, mediante la Sentencia N° 103/2010, en autos caratulados "Demanda Comercial Arauco Limitada contra D&S y otro", por prácticas anticompetitivas en el mercado de distribución de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar, correspondiente a la ciudad de Valdivia y sus alrededores, imponiendo una sanción de 100 UTA, la que fue confirmada por la Excm. Corte Suprema con fecha 11 de julio del año 2011.

115. En nada incide que la conducta por la cual una empresa ya ha sido sancionada no sea idéntica a la infracción en la que se invoca la reincidencia, bastando únicamente que constituyan cualquiera de aquellas infracciones mencionadas en el artículo 3 del DL 211, es decir, que sean atentados contra la libre competencia⁹⁴.

116. De esta forma, existen antecedentes que permiten, al menos respecto de Walmart, calificar su conducta como reincidencia en la ejecución de prácticas anticompetitivas, por lo que correspondía que el H. Tribunal, quién es el encargado de definir la multa según nuestro ordenamiento jurídico, considerara esta circunstancia.

d. *Ausencia de colaboración con la autoridad*

117. Finalmente, coincidiendo con el H. Tribunal, no existen antecedentes adicionales que permita fundar una rebaja o un aumento de la multa establecida. En efecto, aun cuando las Requeridas alegaron la colaboración con la autoridad como una circunstancia destinada a rebajar la multa impuesta, conforme los propios criterios establecidos en la jurisprudencia, aquello no resulta procedente:

"Que en lo que se refiere a la circunstancia atenuante consistente en la colaboración que Fresenius y Sanderson hayan prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación, si bien es cierto que estas requeridas solicitaron que se la tomara en consideración, los antecedentes que esgrime para obtener tal beneficio no son suficientes para poder considerar este factor, toda vez que la colaboración que dicen haber prestado a la FNE durante la investigación no ha ido más allá

⁹⁴ Lo anterior ha sido reconocido por el H. Tribunal en su sentencia N° 63 de 2008, mediante la cual sancionó a Paris S.A., junto a la empresa Falabella, en el ilícito de colusión y abuso de posición dominante.

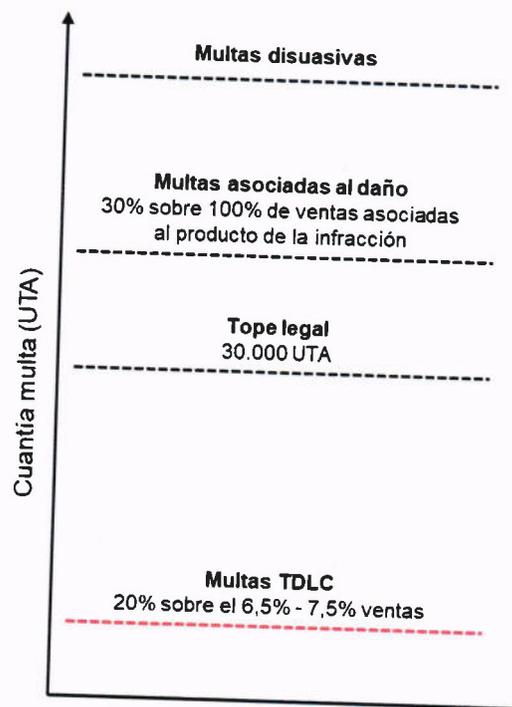
13921

que su deber legal de cumplir con las cargas públicas que le impone la ley⁹⁵.

118. Lo anterior es más evidente en el presente caso en el cual únicamente en función de la ejecución de medidas intrusivas en dependencias de las Requeridas fue posible obtener la evidencia que permitió a la FNE la acreditación de la conducta acusada.

119. En este apartado hemos mostrado que el H. Tribunal, aun cuando dio por acreditada en su totalidad la imputación de esta FNE, resolvió sancionar a las Requeridas con multas cuyas cuantías no fueron correctamente calculadas, al subestimar el real efecto anticompetitivo de esta práctica, y al desatender los criterios establecidos por la ley y la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en la determinación de estas sanciones. La baja cuantía de la multa aplicada se ve reflejada en el siguiente diagrama:

Diagrama N°1 – Multa H. TDLC y multa disuasiva



Fuente: elaboración propia

120. Resulta del todo procedente, por tanto, que el Excmo. Tribunal enmiende esta parte de la Sentencia N° 167, aumentando las multas a 30.000 UTA, o a la suma que estime corresponder a derecho, con expresa condena en costas.

⁹⁵ Sentencia N° 165-2018, recaída en la Causa Rol N° 312-2016, caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros", considerando 153°.

IV. Improcedencia de la reducción de la multa base aplicada a Walmart y del razonamiento de fondo del H. TDLC en relación a los programas de cumplimiento

121. El H. Tribunal aplicó a Walmart una reducción de la multa base de un 15% fundada exclusivamente en el programa de cumplimiento de libre competencia de dicha empresa (en adelante "**programa**"), al considerar que "...la situación de Walmart es radicalmente diferente a la de las otras dos cadenas requeridas. Dicha firma sí desplegó un esfuerzo particular dirigido a demostrar que diseñó un programa de cumplimiento y ética razonable..."⁹⁶.

122. Más allá de que, como se expondrá, la evidencia de autos no ameritaba una reducción de la multa, esta FNE estima que el razonamiento del H. TDLC parte de una premisa errada: que un programa de cumplimiento puede servir de base para eximir de responsabilidad en sede de competencia al agente económico que lo implementó. De acuerdo al H. TDLC:

*"...es posible sostener que el máximo reconocimiento a una firma que ha implementado un programa de cumplimiento y ética que cumple con el estándar señalado en los considerandos siguientes, bien puede ser su exención de responsabilidad"*⁹⁷.

123. Agregando asimismo:

*"En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad"*⁹⁸.

124. De acuerdo a ello, el H. TDLC analizó si las acciones de cumplimiento de Walmart cumplían con ciertas características de seriedad, credibilidad y efectividad que ameritaran eximirla de responsabilidad, concluyendo que ello no era así por cuanto dicho programa era incipiente a la época de los ilícitos y adolecía de importantes falencias⁹⁹. Atendido lo

⁹⁶ Sentencia N° 167, considerando 233°.

⁹⁷ Ibid., considerando 176°.

⁹⁸ Ibid., considerando 178°.

⁹⁹ "**Centésimo nonagésimo segundo:** Que, en suma, los antecedentes presentados no son suficientes para eximir de responsabilidad a Walmart considerando su programa de cumplimiento y ética, atendido principalmente a su estado incipiente de implementación y diseño (que no permite sostener que existiera realmente dicho programa) a la época en que ocurrieron los hechos denunciados;"

anterior, no eximió de responsabilidad a la Requerida, pero le aplicó una reducción de la multa base, basándose en los esfuerzos de cumplimiento desplegados por ésta.

125. Como expondremos a continuación, dicho razonamiento no tiene sustento normativo y puede conllevar consecuencias perniciosas para la política de competencia. En efecto, el H. TDLC debió haber analizado la seriedad, credibilidad y eficacia del programa para determinar si procedía la reducción de la multa, pero en caso alguno como base de una exención de responsabilidad. De dicha forma, al haber arribado el H. TDLC a la conclusión de que las acciones de cumplimiento de Walmart no fueron serias, creíbles y eficaces, no debió haber concedido la referida reducción.

126. En otras palabras, la errada consideración del programa como eventual eximente de responsabilidad incidió directamente en lo dispositivo del fallo. En efecto, el análisis del programa sólo podría haber servido como atenuante de la responsabilidad y no como eximente. Por lo mismo, ante un programa que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por el H. TDLC, no era procedente otorgar reducción alguna, no debiendo haber jugado ningún rol la eventual exención de responsabilidad.

127. A continuación expondremos las razones legales y doctrinales por las cuáles un programa de cumplimiento jamás podría ser un eximente de responsabilidad en esta sede, de forma que esta Excma. Corte pueda enmendar el error en que incurrió el H. TDLC. Establecido lo anterior, efectuaremos el análisis que, en nuestra opinión, el TDLC debió haber hecho, esto es, si las acciones de cumplimiento de Walmart poseyeron o no los requisitos mínimos que ameritaban una reducción de multa.

(i) **De acuerdo a la legislación aplicable y a una política pública de libre competencia eficaz y consecuente, un programa de cumplimiento no puede ser apto para exonerar de responsabilidad a un agente económico**

a) **Nuestro ordenamiento jurídico solo otorga excepcionalmente a los programas de cumplimiento la capacidad de operar como eximentes de responsabilidad**

128. El legislador, como manifestación de la voluntad social ha establecido, por su especial gravedad, qué conductas son merecedoras de reproche sancionatorio. En ese sentido, no es posible, sino mediante un estatuto de igual jerarquía, crear una causal que exima de responsabilidad a quien incurre en esos ilícitos.

129. Específicamente en relación a los programas de cumplimiento, la única referencia legal a dicho respecto es lo regulado por la Ley N° 20.393, la que efectivamente contempla un supuesto de exención de responsabilidad penal para aquellas empresas que, habiendo sido imputadas por un acotado catálogo de delitos¹⁰⁰, hayan contado con anterioridad a la perpetración del delito con un “modelo de prevención de delitos” que incluya los elementos individualizados en los literales a), b), c) y d) de del numeral 3) del artículo 4° de dicho cuerpo legal.

130. Walmart ha pretendido¹⁰¹ que el H. TDLC aplique por analogía los principios de la Ley 20.393 a los presentes autos y dicho Tribunal parece recoger en alguna forma dichos argumentos cuando señala lo siguiente en la sentencia recurrida: “...concordamos con lo señalado en el informe de Héctor Hernández, acompañado por Walmart a fojas 1.459, en el sentido que si bien la legislación no contempla expresamente eximentes de responsabilidad (incluyendo una causal por cumplimiento), tampoco se opone a ello. El ámbito de los presupuestos de la responsabilidad está, en nuestro derecho, entregado enteramente al desarrollo jurisprudencial”¹⁰².

131. Sin embargo, como S.S. Excma. comprenderá, resulta improcedente pretender extrapolar a esta sede una institución que resulta aplicable de manera exclusiva a un catálogo muy reducido de tipos penales. Ello supondría entender que la intención del legislador al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido instaurar una eximente genérica, aplicable no solo en el ámbito penal, sino también a todo tipo de infracciones de naturaleza administrativa¹⁰³, lo cual contraría la naturaleza propia de este ordenamiento jurídico.

¹⁰⁰ En particular, el artículo 1° de la Ley N° 20.393, señala que únicamente es posible imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal. Este catálogo de delitos se encuentra vigente en virtud de las recientes modificaciones introducidas por las leyes N° 21121 y 21132.

¹⁰¹ Contestación Walmart, p. 159: “Permítasenos, H. Tribunal, una aplicación por analogía de estos principios al caso que nos ocupa. Nos parece ello de la mayor importancia, pues éste será un caso privilegiado en que la judicatura especializada de libre competencia habrá de definir el rol jurídico a asignar a los programas de cumplimiento hechos en forma y proactivamente, para efectos de la determinación o no de una condena en sede de libre competencia -más aun cuando la evidencia daría cuenta de correos electrónicos aislados de algunos colaboradores y no mostraría participación alguna de la Compañía- y de la responsabilidad corporativa de la empresa que emplee a esas personas naturales”.

¹⁰² Sentencia N° 167, considerando 176°.

¹⁰³ La consecuencia lógica de admitir la tesis de Walmart sería ampliar la eximente de responsabilidad del artículo 3° de la ley N° 20.393 al ámbito de infracciones a la legislación ambiental, eléctrica, sanitaria, etc.

13925

132. El referido razonamiento pasa por alto los fundamentos específicos del régimen legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas, su campo específico de aplicación, y las características propias de la responsabilidad penal en ese ámbito.

133. Pero incluso más, parte de la doctrina penal ha puesto en duda la conveniencia de que los programas de cumplimiento puedan actuar como eximentes de responsabilidad. Así, por ejemplo, Matus expone ordenada y circunstanciadamente diversos argumentos por los cuales un programa de cumplimiento y su certificación no pueden eximir de sanción, siendo uno de los de mayor relevancia el hecho de que si así fuera, se incentivaría la construcción de una defensa por parte de un eventual imputado que no diría relación con la asunción de una cultura distinta (pro-legalidad) de hacer negocios¹⁰⁴.

134. A mayor abundamiento, entender que los programas de cumplimiento pueden ser considerados pura y simplemente como causales eximentes de responsabilidad, como lo hace el H. TDLC, es incorrecto incluso en materia penal. Ello por cuanto de acuerdo a la Ley N°20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, la consecuencia jurídica de un plan de cumplimiento perfectamente implementado es que la persona jurídica no se hace responsable de los delitos cometidos por sus funcionarios *"en ventaja propia o a favor de un tercero"*¹⁰⁵. Es decir, si el delito fue cometido por una persona natural, como representante de la empresa y/o en interés de esta, la persona jurídica no se exime de responsabilidad, aunque cuente con un programa de cumplimiento.

135. Dicha última situación sería por lo demás, la equiparable analógicamente al actuar de Walmart en la especie, como se encuentra de sobra acreditado en autos: los colaboradores de esta cometieron ilícitos colusorios en representación de Walmart y en el interés de esta.

¹⁰⁴ Véase, MATUS, Jean Pierre, "Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3093576. En este sentido, de acuerdo al autor, más que erigirse como la impresión de un grado máximo de diligencia, las certificaciones de programas de cumplimiento deberían ser pensadas como *"condiciones generales para el desarrollo de ciertas actividades económicas por parte de personas jurídicas, como lo son ahora, con carácter especial, las certificaciones sanitarias, técnicas y de toda otra índole que se exigen para la participación en determinados mercados y actividades"*.

¹⁰⁵ Véase Ley N° 20.393, "Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica", art. 3°, inc. 4°.

- b) La única causal de exención legal de responsabilidad infraccional en nuestro ordenamiento jurídico de libre competencia es la institución de la delación compensada

136. En efecto, en línea con lo expuesto en el punto anterior, el DL 211 no contempla a los programas de cumplimiento como eximentes de responsabilidad. A dicho respecto, como S.S. Excma. bien sabe, el artículo 26 del DL 211 contiene los factores entregados al sentenciador¹⁰⁶, en base a los cuales debe motivar la determinación de las sanciones por ilícitos anticompetitivos en un caso concreto. Todo ello, en el marco de un procedimiento de discrecionalidad judicial reglada.

137. En particular, tratándose de infracciones al artículo 3º letra a) del DL 211, esta disposición debe complementarse con el artículo 39 bis) del mismo cuerpo legal¹⁰⁷, que establece supuestos específicos de exención y reducción de multas para aquellos agentes que ponen fin a su participación en la conducta y obtienen un beneficio de delación compensada.

138. Por consiguiente, y tal como corresponde a la práctica del H. TDLC, la sentencia definitiva debe establecer la sanción a imponer en base a aquellos criterios de graduación establecidos por el DL 211, el que no cuenta con ninguna referencia a los programas de cumplimiento como circunstancia que incida en una eventual exención de responsabilidad¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Dicho artículo, en su versión aplicable a los hechos de autos indicaba: "Para la determinación de las multas 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".

¹⁰⁷ Norma que en su versión aplicable a los hechos de autos indicaba: "El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables. Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;
- 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y
- 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud".

¹⁰⁸ Este razonamiento fue claramente recogido por el H. TDLC al momento de resolver las reposiciones recaídas sobre la resolución interlocutoria de prueba de fojas 679. En efecto, modificó expresamente el encabezado del punto de prueba número 3, que versaba de la siguiente manera (el destacado es nuestro): "Circunstancias que incidirían **en la determinación o la exención de una eventual sanción** y que no se encuentran comprendidas en los puntos de prueba anteriores", reemplazándolo por: "Circunstancias que incidirían **en la determinación de una eventual sanción** y que no se encuentran comprendidas en los puntos de prueba anteriores", dentro de la resolución que rola a fojas 1038 del cuaderno principal.

139. Así, conceder una exención de la multa en base a un programa de cumplimiento supone alejarse del supuesto de exención del artículo 39 bis del DL 211, el único admitido por nuestra legislación. Dicha exclusividad de la delación compensada no es arbitraria, puesto que dice directa relación con los incentivos que la ley busca generar en los agentes económicos. En efecto, lo que se persigue es que la delación compensada opere como un elemento desestabilizador de los carteles, generando una desconfianza constante entre las empresas cartelizadas, mediante la concesión de incentivos para concurrir a la autoridad a denunciar el actuar ilícito.

140. Como se desarrollará en detalle en el próximo punto, dichos incentivos se ven fuertemente afectados si se conceden exenciones extralegales basadas en acciones o planes que dependen exclusivamente del actuar de los agentes económicos.

c) De aceptarse la exoneración de responsabilidad en base a un programa de cumplimiento, se generarían incentivos perversos para los agentes económicos, que a la larga atentaría contra la eficacia del sistema y sus principios básicos

141. S.S. Excma., en opinión de esta FNE, admitir la exoneración en virtud de un programa de cumplimiento tiene un defecto basal: la elaboración, ejecución y fiscalización del programa depende exclusivamente de la empresa y, en caso de existir, también de sus asesores externos, controlando empresa y asesores todos los elementos del programa y su ejecución. Asimismo, tanto de las empresas, como de los asesores surgen los documentos o pruebas que darán cuenta de lo realizado en el marco del programa.

142. Como se puede entender, empresa y asesores externos tienen sus incentivos alineados, la empresa es un cliente para los asesores, del cual reciben un pago, por lo que orientarán su acción para cumplir con los fines que se proponga la empresa.

143. A dicho respecto, la doctrina especializada¹⁰⁹, ha llamado la atención sobre el hecho de que las autoridades de competencia carecen de elementos para evaluar y distinguir aquellos programas de cumplimiento serios y efectivos que se encuentran verdaderamente enraizados en el modelo de negocios de una empresa y tienen un fin preventivo real, de aquellos que se imponen con un carácter más bien cosmético.

¹⁰⁹ Véase WILS, Wouters (Abril, 2013). "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement". Journal of Antitrust Enforcement 1(Issue 1). Disponible en <http://ssrn.com/author=456087>. [Última visita: 12 de marzo de 2019].

144. En efecto, las autoridades de competencia y por extensión también los tribunales, no pueden monitorear el desarrollo de un programa en el momento de su implementación y sólo podrán evaluarlo una vez que ya haya surgido un problema de competencia y la empresa alegue haber tomado medidas suficientes para haberlo prevenido.

145. Como se puede entender, al tener la empresa el control absoluto de sus acciones de cumplimiento, resulta posible instaurar un programa de cumplimiento meramente formal y sin impacto real o también preconstituir prueba con el fin de intentar alegar posteriormente atenuantes o eximentes de responsabilidad.

146. En dicha línea, la doctrina ha prevenido sobre el peligro que podría implicar conceder exenciones de responsabilidad por programas de cumplimiento o, incluso, reducciones sustanciales de la multa. En efecto, dado que las conductas colusivas ocurren a pesar de la existencia de programas de cumplimiento, como se demuestra palmariamente con los hechos de autos, la ausencia de una sanción adecuada simplemente hará que la colusión sea más rentable para la empresa, la que puede inteligentemente señalar a su plana gerencial que se coluda, manteniendo sin embargo una "apariencia de monitoreo"¹¹⁰.

147. De la misma forma, premiar a un infractor por haber implementado un programa de compliance fallido que no contribuyó ni a la prevención ni a la detección de la conducta, promueve comportamientos estratégicos e incentiva una aproximación "formalista" al programa de cumplimiento, para efectos de recibir la exención o reducción de multa, al tiempo que se maximizan las utilidades derivadas de la comisión del ilícito anticompetitivo.

148. Finalmente, en materia de carteles, es evidente que cualquier caso de exención y reducción de multas, por fuera de aquellas hipótesis legales contenidas en el DL 211, actúa en directo detrimento de los programas de delación compensada, consecuencia de suma gravedad para la política de competencia. En efecto, los potenciales infractores tendrán menores incentivos a cesar la conducta y a confesar la infracción, si alternativamente pueden contar con la exención de responsabilidad o con una importante reducción de multa por el solo hecho de poder demostrar que contaban con un programa de cumplimiento.

149. De dicha forma, en cuanto a los incentivos que el sistema de libre competencia debería generar, esta Fiscalía estima que, como política pública, es preferible considerar que la máxima consecuencia de un buen programa de cumplimiento para un requerido que

¹¹⁰ HARRINGTON, J. Comment on Antitrust Sanctions. *Competition Policy International* 6(2): pp. 48, Autumn 2010.

ha incurrido en una infracción anticompetitiva, es la reducción de la multa en un monto razonable¹¹¹.

150. En efecto, y desde el punto de vista teórico, si un agente económico cuenta con un programa de cumplimiento plenamente eficaz, muy probablemente no incurra en ilícitos. Y aún más, en caso de que incurra en un ilícito anticompetitivo, dado que un programa bien formulado contaría con canales de información adecuados - internos y externos -, lo que debería suceder es que dicho agente económico, además de adoptar las medidas de sanción internas que correspondan, tome la decisión de someterse al programa de delación compensada del artículo 39 bis del DL 211. En tal caso, y en el evento de llegar en primer lugar, dicha empresa sí podrá optar a la exención de la multa. Incluso llegando en segundo lugar, podrá optar a una reducción de la misma de hasta 50% de su valor.

151. De esta manera, Excma. Corte, la cuestión radica en resolver si una empresa como Walmart que alega contar con un completo programa de cumplimiento, debería ser acreedora de una rebaja de multa siendo que el mismo programa no evitó que incurriera en conductas colusivas, ni concluyó en un proceso de autodenuncia ante la Autoridad.

152. En suma S.S. Excma., estimamos que el razonamiento del H. TDLC tiene la potencialidad de pervertir el fin legítimo de los programas de cumplimiento: en vez de constituir mecanismos de prevención de ilícitos podrían pasar a transformarse en simples herramientas para evitar que conductas ilícitas sean sancionadas. Justamente en dicho sentido, se ha señalado:

“Un programa de compliance apropiado debe contar con dos objetivos principales. Prevención y Detección. Desde nuestra perspectiva, el verdadero beneficio de programas de compliance es prevenir la comisión de ilícitos anticompetitivos y no permitir que aquellas organizaciones que incurren en dichas violaciones escapen a la sanción”¹¹².

¹¹¹ Es pertinente considerar, además, que así lo entendieron dos de las Requeridas en el proceso ante el H. TDLC.

¹¹² KOLASKY, William J. Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective. p. 14 (Julio, 2012). El párrafo completo en idioma original señala: “A sound antitrust compliance program should have two principal objectives: prevention and detection. From our perspective, the true benefit of compliance programs is to prevent the commission of antitrust crimes, not to enable organizations that commit such violations to escape punishment for them. This should be true for the company as well. A corporate compliance program generally will not protect the company from prosecution and certainly will not protect it from potentially devastating treble damage liability. Therefore, every company’s first objective in its compliance program should be to prevent wrongdoing”.

- d) La legislación y jurisprudencia comparada en materia de libre competencia tampoco admiten que la existencia de un programa de cumplimiento permita exonerar a una empresa de responsabilidad

153. La jurisprudencia extranjera ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sede de libre competencia respecto a la implementación de programas de cumplimiento en tanto posible eximente de responsabilidad infraccional.

154. En el caso de las Cortes Europeas, se ha sostenido de manera consistente que los programas de cumplimiento no alteran la realidad de la infracción por lo que no conllevan exoneración, ni obligan a la Comisión Europea a otorgar una reducción de las multas a imponer¹¹³. De hecho, de acuerdo a un estudio¹¹⁴, dentro de un total de 110 decisiones de la Comisión Europea en materia de ilícitos de colusión entre los años 2000 a 2016, solo en una ocasión la Comisión consideró a un programa de cumplimiento como una causal de reducción de la multa a aplicar.

155. En cuanto a la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica, diversas Cortes Federales de dicho país han señalado que la responsabilidad puede surgir de actos contrarios a políticas societarias, tales como los programas de cumplimiento o instrucciones expresas vigentes al momento de la infracción. Por ejemplo, en el caso *Portac*¹¹⁵, la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Noveno Circuito señaló que una compañía era responsable de los actos de sus representantes, "*aun cuando sean contrarios a las políticas societarias generales y las instrucciones expresas impartidas al representante*"¹¹⁶. Dicha conclusión proviene del caso *Hilton* y fue ratificada sistemáticamente por diversos precedentes, tales como los casos *Twentieth Century Fox*¹¹⁷ y *Basic Construction*¹¹⁸. Todos dichos casos son analizados en el informe en derecho elaborado por Michael E. Jacobs, acompañado por esta FNE a fojas 8.471 y siguientes¹¹⁹.

¹¹³ Véase caso *BASF and UCB v Commission*, [2007] ECR II-4959, párrafo 52; Caso T-53/06 *UPM-Kymmene v European Commission*, párrafos 123-124.

¹¹⁴ Gerardin y Sadrak, "The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017", disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958317, anexo pág. 34 y siguientes. [Última visita: 12 de marzo de 2019].

¹¹⁵ Caso *United States v. Portac, Inc.*, (9º Cir. 1989) 869 F.2d at 1293.

¹¹⁶ Loc. Cit.

¹¹⁷ *Twentieth Century Fox*, 882 F.2d at 658-660.

¹¹⁸ *United States v. Basic Construction Corp.*, (4º Cir. 1983) ("Basic Construction") 711 F.2d at 572-73.

¹¹⁹ En efecto, los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica han aplicado amplios principios de agencia del *common law*, declarando responsables a empresas en casos de libre competencia civiles y penales por los actos de sus ejecutivos, agentes y empleados. Particularmente, bajo la doctrina denominada "*respondeat superior*", una empresa será responsable por los actos ilícitos cometidos por estas personas al actuar "*dentro del ámbito de sus funciones*" o con "*autoridad aparente*" de la empresa.

156. En dicha línea, al menos en casos criminales de libre competencia, la legislación de dicho país establece un máximo de reducción de la multa de un 25%, independiente de cuáles sean las acciones de mitigación o cumplimiento que haya tomado la empresa que comete el ilícito¹²⁰.

(ii) **La reducción de multa aplicada a Walmart es improcedente a la luz de los hechos concretos del caso: la Requerida no contaba con un programa de cumplimiento oportuno, serio, creíble y efectivo a la fecha de las conductas sancionadas**

157. Sorprende que el H. Tribunal haya reducido la multa a Walmart en circunstancias que indica claramente que: *"...dicho programa no fue preexistente a los hechos de la causa y poseía importante falencias a la época de su ocurrencia (por lo que distaba de tener todos los atributos antes mencionados, según indicamos en los considerandos 185 y siguientes)..."*¹²¹. No obstante, indica que *"...su diseño fue comparativamente muy superior desde un inicio y constituyó de todos modos un avance muy relevante para la compañía, que debe por cierto ser reconocido"*¹²².

158. Así, pese a constatar que el programa propiamente tal no existía a la época de los hechos y que lo que existía poseía importantes falencias, el H. TDLC aplicó de todos modos la reducción referida, haciendo una especie de reconocimiento de mejores esfuerzos a Walmart, basado principalmente en hechos posteriores al inicio de la ejecución de los ilícitos de autos. Estimamos que dicho razonamiento es improcedente y riesgoso desde un punto de vista de política pública de libre competencia, por lo que debe ser enmendado por S.S. Excma.

159. El error de apreciación del H. TDLC se hace aún más nítido si se tienen en cuenta los mismos requisitos mínimos que este indicó debe contar un programa de cumplimiento reconocible como tal. De acuerdo al H. TDLC, los atributos de los programas de cumplimiento, además de su oportunidad, serían los siguientes: deben ser **reales**¹²³, esto es, *"...ir más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos..."*¹²⁴, señalando además que *"lo relevante es que el programa pueda ser calificado como **serio, creíble y***

¹²⁰ Véase https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/primers/2017_Primer_Antitrust.pdf. [Última visita: 12 de marzo de 2019].

¹²¹ Sentencia N° 167, considerando 233°.

¹²² Ibid.

¹²³ Sentencia N° 167, considerando 182°.

¹²⁴ Ibid.

efectivo...¹²⁵. Como se analizará a continuación, Walmart de modo alguno cumplió con el estándar indicado por el H. TDLC.

160. En efecto, sin perjuicio de que esta FNE no descarta que, teóricamente, la implementación real de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo pueda ameritar una reducción razonada y limitada de la multa a aplicar a un agente económico¹²⁶, estimamos que en el caso específico de Walmart ello era improcedente y que dicha requerida no cumplió en modo alguno con la carga probatoria de demostrar que aplicó un programa con tales atributos¹²⁷, por las razones que se expondrán en los siguientes puntos.

- a) Walmart no contaba con un programa preexistente a la época de los hechos ilícitos constatados, por lo que el mismo carecía de aptitud alguna de cumplir con su fin propio: evitar conductas anticompetitivas

161. A dicho respecto, debe tenerse presente que, como indicó el H. Tribunal, de acuerdo a Walmart, su programa se habría desarrollado en tres etapas¹²⁸. La primera, en el año 2006¹²⁹, la segunda a partir del año 2009, cuando Walmart tomó el control de la compañía, lo que, ella misma reconoce, constituiría el inicio propiamente tal de su programa y la tercera a partir del año 2013, en la que se habría adoptado un "...programa que califica "de segunda generación"¹³⁰.

162. Analizando las acciones de cumplimiento aplicadas por Walmart en dichas etapas, el H. TDLC constató que la única etapa relevante para el análisis era la segunda, por cuánto la primera habría sido más bien reactiva a una acción de la autoridad e inicial¹³¹ y la tercera no tenía relación con los hechos del caso, siendo posterior a los mismos¹³². Así, el H. TDLC

¹²⁵ *Ibíd.* Destacado es nuestro.

¹²⁶ Véase FNE, "Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, Material de promoción N° 3", pp. 16-21, en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>. [Última visita: 12 de marzo de 2019].

¹²⁷ El H. TDLC reconoció en su considerando 183 lo siguiente: "*Que corresponde siempre a la firma la carga de demostrar que un programa ha sido diseñado de manera razonable, ha sido debidamente implementado y que se ha aplicado correctamente cuando las circunstancias así lo han ameritado, de modo que pueda decirse que cumple con las características señaladas;*".

¹²⁸ Sentencia N° 167, considerando 184°.

¹²⁹ Ello a partir del avenimiento ante el H. TDLC de la antecesora de Walmart, D&S, con la FNE y la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP.

¹³⁰ Sentencia N° 167, considerando 184°.

¹³¹ A dicho respecto, indicó: "**Centésimo octogésimo noveno:** *Que incluso si se considerara la primera etapa como parte del programa, la evidencia presentada también deja en claro que el programa de Walmart era de todos modos incompleto a la época de acaecimiento de los hechos*".

¹³² Sentencia N° 167, considerando 188°: "*Que, en el presente caso, sólo pueden ser consideradas relevantes las acciones llevadas a efecto en el segundo período indicado por Walmart, atendido que el siguiente no dice relación con los hechos del caso y que el anterior habría sólo permitido "abonar el camino" o como "antecedente remoto" (según el decir de esta requerida, a fojas 352 y 8.372, respectivamente)...*".

constató que "...resulta indubitado que el intento de implementar un programa "real" sólo habría comenzado a partir del año 2009, al alero de lo que Walmart denomina como "proyecto Forge". Esta fecha es al menos un año posterior a la que la FNE indica como de inicio de la conducta requerida"¹³³.

163. En línea con lo anterior, el H. Tribunal concluyó:

"Que, enseguida, no se trató de un programa preexistente y, por tanto, careció por completo de una función preventiva. En términos generales y en línea con lo establecido en el derecho comparado, las posibilidades de reconocimiento siempre serán mayores en el caso de una firma que cuenta con un programa serio, creíble y efectivo preexistente, que en el caso de una que espera al inicio de una investigación antes de implementar o mejorar su programa"¹³⁴. (Destacado es nuestro).

164. La constatación del H. Tribunal es del todo relevante y, en nuestra opinión, debe ser tomada en cuenta por S.S. Excma. En efecto, el rol, finalidad u objetivo de un programa de cumplimiento en libre competencia apunta fundamentalmente a la prevención de esta clase de ilícitos al interior de una compañía. Como se entiende fácilmente, dicha prevención solo es posible si el programa antecede a las conductas que se quieren evitar. De dicha forma, opera como una garantía en favor de esta última, al minimizar el riesgo de posibles infracciones, en la medida que el programa sea serio, completo y oportuno.

165. Ello es por lo demás reconocido por organizaciones empresariales como la Cámara Internacional de Comercio (*International Chamber of Commerce* o ICC)¹³⁵, la que señala:

"El mayor incentivo a cumplir con las leyes de competencia es el deseo de hacer negocios de forma ética y de ser reconocido en ello. Más allá de que las sanciones al incumplimiento de la ley pueden ser significativas, la reputación de una empresa puede verse seriamente dañada con la publicidad adversa atraída por un fallo que establece que violó la ley. Por lo mismo, el punto de todo programa de cumplimiento es (últimamente) reducir el riesgo de que ocurran infracciones anticompetitivas"¹³⁶.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Sentencia N° 167, considerando 187°.

¹³⁵ Véase <https://iccwbo.org/about-us/>. [Última visita: 12 de marzo de 2019]. Dicha organización se define a sí misma de la siguiente forma: "ICC es la mayor organización mundial de empresas, representado más de 45 millones de empresas en más de 100 países. Nuestra misión fundamental es hacer que los negocios funcionen para todos, todos los días, en todas partes". Traducción libre de: "ICC is the world's largest business organization, representing more than 45 million companies in over 100 countries. Our core mission is to make business work for everyone, every day, everywhere".

¹³⁶ Véase: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>, [Última visita: 12 de marzo de 2019]. Traducción libre de "The strongest driver for

166. De dicha forma, la importancia de promover los programas de cumplimiento en materia de política pública de libre competencia radica justamente en su potencialidad de prevenir conductas anticompetitivas. De este modo, el principal beneficiario de un programa de cumplimiento es el agente económico que, al someterse a un exhaustivo programa de buenas prácticas, de monitoreo, capacitaciones, auditorías y evaluaciones críticas periódicas, reduce su exposición a hechos susceptibles de calificarse como infracciones a la competencia, y con ello, a ser sujeto de sanciones infraccionales, civiles e incluso penales, todas las cuales pueden amenazar seriamente su reputación y estabilidad financiera.

167. Por lo demás, el referido énfasis preventivo ha sido consistentemente reconocido por la jurisprudencia del H. Tribunal, quién ha impuesto la adopción de programas de cumplimiento en una serie de sentencias como medidas preventivas para instar por un actuar lícito en materia de libre competencia¹³⁷. Dichas medidas han sido, por lo demás, confirmadas por la Excma. Corte¹³⁸.

168. En particular, por ejemplo, en el caso *Chiletabacos II* se destacó que un programa serio, creíble y efectivo depende fundamentalmente de la oportunidad del mismo. Así, indicó el H. TDLC que un programa no cumplirá con este requisito si es implementado con posterioridad a la ejecución de un hecho, acto o contrato que pueda restringir o entorpecer de facto la libre competencia por parte de una empresa, o sabiendo ésta que podría ser, eventualmente, objeto de alguna clase de acción posterior en su contra¹³⁹.

169. De acuerdo a lo anterior, sorprende que el H. TDLC se haya apartado de su jurisprudencia previa y haya otorgado una reducción de multa a una empresa que, a la fecha de los ilícitos que constató y sancionó, carecía de un programa de cumplimiento preventivo serio, creíble y efectivo, según el mismo H. TDLC determinó. Al haber carecido de dicho programa, no existía posibilidad de cumplir con el fin propio de todo programa de cumplimiento de evitar ilícitos anticompetitivos y, por lo mismo, tampoco justificación alguna para obtener una reducción de la multa. La única explicación para tal razonamiento es

compliance with antitrust law is the desire to conduct business ethically and to be recognized as doing so. While the penalties for non-compliance can be very significant, a company's reputation is seriously damaged by the adverse publicity attracted by a decision that it has violated the law. Therefore, the point of any antitrust compliance programme is (ultimately) to reduce the risk of an antitrust violation occurring at all".

¹³⁷ Véase, por ejemplo, sentencia N°165/2018 y N°148-2015.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, sentencia rol N°5128-2016.

¹³⁹ En este sentido, véase: sentencia N° 115/2011 del H. TDLC, considerando 154°.

precisamente la premisa errada en orden a valorar la existencia del programa como potencial eximente de responsabilidad, según se indicó.

170. Estimamos que ello constituye una contradicción insalvable, que debe ser enmendada por S.S. Excma.: simplemente no resulta procedente premiar a Walmart con una reducción de multa en virtud de acciones particulares o mejores esfuerzos que a la época de los ilícitos sancionados no cumplían con los requisitos mínimos de seriedad, credibilidad y efectividad que el mismo H. TDLC exige en la sentencia recurrida. La contradicción referida es tan palmaria que la misma Sentencia impone a todas las Requeridas – incluyendo a Walmart - la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, especificando ocho acciones puntuales que cumplir en los mismos¹⁴⁰.

171. Por último en este punto, yerra también el H. TDLC al indicar que en relación al programa de cumplimiento de Walmart, *"...el hecho de haber continuado siendo implementado y profundizado con posterioridad al período requerido (lo que Walmart denomina "tercer hito" en su contestación, a fojas 355) y con independencia de los hechos aquí juzgados, no puede si no ser considerado por estos juzgadores en esta etapa"*¹⁴¹.

172. Como S.S. Excma. comprenderá, resulta evidente que las acciones de cumplimiento de Walmart posteriores a los hechos ilícitos sancionados, no pueden jugar rol alguno en el análisis de la responsabilidad de la empresa en relación a los referidos hechos.

b) Como corolario de lo anterior, las acciones implementadas por Walmart no fueron efectivas para prevenir las conductas colusorias imputadas, adoleciendo de falencias relevantes

173. Consecuencia lógica de la ausencia de un programa serio, real y efectivo fue que, como el H. Tribunal constató y sancionó, Walmart fue incapaz de prevenir los ilícitos de colusión de autos. A este respecto, resulta paradójico que el H. TDLC haya concedido una reducción de multa a Walmart por acciones que no tuvieron efecto práctico alguno, tal como el mismo H. Tribunal reconoce. En efecto, el H. TDLC constató en su sentencia los

¹⁴⁰ Sentencia N° 167, Resuelvo 7).

¹⁴¹ Sentencia N° 167, considerando 233°.

siguientes hechos, todos muestra de la ineffectividad de las medidas tomadas por la Requerida:

- i. La conducta anticompetitiva de Walmart no se trató de hechos aislados, sino de una forma extendida de actuación¹⁴²;
- ii. Ejecutivos superiores de la Requerida estuvieron involucrados en las conductas ilícitas o al menos enterados de las acciones de sus subalternos, sin reportarlas y validándolas tácitamente¹⁴³;
- iii. En general a la época de los hechos imputados, los incentivos al interior de Walmart no estaban alineados con el objetivo de cumplimiento de la normativa de libre competencia¹⁴⁴ y;
- iv. Dicha desalineación de incentivos se manifestó en hechos de relevancia, tales como que la función de *pricing* sólo comenzó a separarse de la gestión comercial al final del período acusado o que los colaboradores de Walmart no fueron sancionados por infracciones a la libre competencia relacionadas a los hechos de autos, salvo en una excepción, siendo, por el contrario, incluso ascendidos. Ello, pese a las sanciones que fueron estableciéndose en el marco de las acciones de cumplimiento de la requerida¹⁴⁵.

¹⁴² Sentencia N° 167, considerando 186°: “Que, en primer lugar, el análisis de la prueba aportada en estos autos respecto de Walmart, antes analizada, muestra de modo concluyente que la conducta anticompetitiva desplegada no se trató de un conjunto de acciones individuales aisladas llevadas a cabo por uno o más ejecutivos en respuesta a discusiones comerciales puntuales (como afirma la propia empresa, por ejemplo, a fojas 419), sino de una forma extendida de actuación que se extendió al menos durante la época requerida...”.

¹⁴³ *Ibid*: “El hecho que ejecutivos de rango superior estuvieran involucrados en la conducta acusada o al menos enterados de las acciones de sus subalternos (por haber sido copiados en correos electrónicos, por ejemplo) sin que hubieran reportado sus actuaciones, sino validándolas con su aquiescencia tácita al guardar silencio respecto de ellas, revela que las acciones son reprochables a la compañía y son merecedoras de sanción. Debe recordarse, al respecto, que la relación comercial con los proveedores recaía generalmente en manos de un comprador de carne (valga aquí lo señalado en el considerando 41), por lo que el involucramiento de cualquier otro ejecutivo implica un despliegue de la conducta que involucra a la compañía.”

¹⁴⁴ Sentencia N° 167, considerando 189°: “A este respecto, se debe destacar muy especialmente que la efectividad de un programa depende en gran medida de que, como mínimo, los incentivos al interior de la firma estén alineados con el objetivo de cumplimiento. Ello, en este caso, no ocurrió al menos durante buena parte del período acusado. (...)”.

¹⁴⁵ *Ibid*: “Por ejemplo, y de modo muy relevante para examinar los hechos de esta causa, ya hemos mencionado que la función de *pricing* sólo comenzó a separarse de la gestión comercial hacia el final del período acusado. De modo similar, existe evidencia en el proceso de sólo una sanción en contra de un ejecutivo –Luis Zamorano– por acciones reñidas con la competencia relacionadas con este caso (o la [sic] menos por el “tenor de una conversación”, según da cuenta la transcripción de su declaración testimonial a fojas 7.579). Esto, a pesar de que el programa de la compañía establece sanciones por incumplimiento de normas de libre competencia (fojas 8.424 y siguientes). Muy por el contrario, ejecutivos involucrados en la conducta fueron incluso ascendidos. Nada más alejado de un buen esquema de incentivos al cumplimiento.”.

174. A mayor abundamiento, la evidencia del proceso también da cuenta de las siguientes circunstancias, aplicables tanto a Walmart como a las demás requeridas, todas detalladas en el escrito de observaciones a la prueba presentado por la FNE¹⁴⁶:

- i. Para ninguna de las empresas se aprecia la intervención relevante de un Oficial de Cumplimiento en la prevención y detección de riesgos de conductas anticompetitivas concernientes al caso de autos, o corrección de las mismas;
- ii. Ninguna de las requeridas realizaba auditorías periódicas que permitieran al Directorio de la Compañía, y posteriormente a la autoridad, imponerse oportunamente del comportamiento que sus ejecutivos sostuvieron en el tiempo, mediante constantes comunicaciones con sus proveedores.
- iii. En ninguno de los casos, las conductas fueron reportadas, investigadas o sancionadas internamente mediante un sistema de denuncias anónimo, debidamente difundido, establecido y regulado de manera previa a su comisión;
- iv. Aquellos ejecutivos empoderados para desarrollar funciones comerciales relevantes, no se abstuvieron de desarrollar las conductas reprochadas ni pudieron representarse su carácter contravencional acudiendo a un Código de Conducta, oportunamente difundido y suficientemente preciso al efecto.
- v. Las capacitaciones que efectivamente fueron desarrolladas no incidieron en una verdadera transformación de la cultura empresarial durante el período imputado, sino a lo sumo, consiguieron morigerar a lo largo del tiempo el tenor lingüístico de algunos términos y expresiones proferidas en las comunicaciones electrónicas, sin alterar la sustancia de las conductas;

175. En específico respecto de Walmart, resulta trascendental poner de relieve que no existe antecedente alguno en estos autos que permita tener certeza de la efectividad de: (i) haberse llevado a cabo más de una capacitación en todo el período del Requerimiento¹⁴⁷; y, (ii) el número y la identificación de los colaboradores de Walmart que habrían asistido a dicha capacitación, dado que sólo obra en autos un listado propuesto por los asesores externos de Walmart de las personas que podrían haber comparecido a la del año 2009¹⁴⁸. Tampoco existe registro respecto de quiénes efectivamente concurrieron a ellas. Adicionalmente, para el año 2011, la planificación de la capacitación en libre competencia en el marco del proyecto *Forge* se encuentra dirigida a tan solo 20 ejecutivos¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Observaciones a la prueba de la FNE, párrafos 482 y siguientes.

¹⁴⁷ Cuya realización podría inferirse de la cadena de correos electrónicos que rola a fojas 2070.

¹⁴⁸ Véase: correo electrónico enviado por María Paz Canales a Mariela Muñoz y otros, asunto: "Compliance Policy" con fecha 20 de abril de 2009, que rola a fojas 7782 del Cuaderno Principal.

¹⁴⁹ Documento adjunto al correo electrónico de fecha octubre de 2011 que rola a fojas 2446.

176. En conclusión, Excma. Corte, sobre este punto sólo puede señalarse que el objeto del programa de cumplimiento que Walmart pretendió implementar no se cumplió. En específico, el tenor literal de los mensajes emanados de sus colaboradores, analizados profusamente en nuestro escrito de observaciones a la prueba¹⁵⁰, revela cómo el esfuerzo desplegado por la compañía únicamente logró modificar estas comunicaciones en cuanto a su *forma* (conforme a las sugerencias y ejemplos señalados dentro de las presentaciones) más nada consiguió con respecto al fondo, eliminando este tipo de prácticas al interior de la compañía.

177. A mayor abundamiento, es elocuente que tanto en la investigación que siguió la FNE, como en el presente proceso, ninguno de los principales ejecutivos involucrados, más allá de calificar de “*desafortunados*” ciertos correos, reconoció en su contexto el carácter o los posibles efectos de su actuación, ni manifestó estar consciente de su contravención a las “*buenas prácticas*” que la misma Walmart alega promover. Ello fue por lo demás reconocido por el H. TDLC en su sentencia:

*“Que, a mayor abundamiento, incluso si el programa tuvo una finalidad correctiva, ella no se cumplió. No se acreditó en el proceso que ocurriera un cambio de conducta de la firma producto del programa...”*¹⁵¹. (Destacado es nuestro).

178. Aún más, durante todo el proceso Walmart negó la existencia de estas prácticas anticompetitivas, sosteniendo la legalidad de las comunicaciones cuyo contenido fue valorado por el H. Tribunal. De dicha forma, resulta evidente que las acciones de cumplimiento que Walmart ha invocado en su favor no tuvieron un efecto práctico real y fueron a todas luces insuficientes y perfeccionables en gran medida, por lo que no procede reducción alguna de la multa a su respecto, cuestión que solicitamos a S.S. Excma. enmendar.

c) Las acciones implementadas por Walmart tampoco condujeron a que la Requerida tomara las acciones legales que estaban a su disposición para denunciar los ilícitos ante la autoridad de libre competencia

179. En efecto y de forma muy importante, el H. TDLC constató que las iniciativas de cumplimiento de Walmart, fuera de no cumplir con su fin preventivo y tampoco servir para

¹⁵⁰ Véase párrafos 534 y siguientes de las Observaciones a la prueba de la FNE.

¹⁵¹ Sentencia N° 167, considerando 191°.

una finalidad correctiva, menos condujeron a que dicha requerida adoptase una actitud cooperativa con la autoridad o denunciase los ilícitos ante este FNE:

“(…) No se acreditó en el proceso que (…) que existiera una denuncia ante la FNE (por ejemplo, por la vía de la delación compensada) o que la firma prestara una cooperación particular con el órgano fiscalizador”¹⁵².
(Destacado es nuestro).

180. En efecto, S.S. Excma. debe considerar que el presente proceso se inició solo en virtud de que esta Fiscalía obtuvo autorización judicial para ejecutar facultades intrusivas en las dependencias de Walmart y las demás Requeridas. En este ámbito, la Fiscalía sólo pudo tener acceso a los correos y demás evidencia que se han presentado ante el H. TDLC por la vía de dichas facultades y no producto de una entrega voluntaria que haya resultado de alguna auditoría u otra instancia de las acciones de cumplimiento invocadas por Walmart.

181. Existiendo en materia específica de libre competencia una instancia legal de exención o reducción de responsabilidad para ilícitos de la letra a) del artículo 3° del DL 211, en el marco de la institución de la delación compensada contemplada en el artículo 39 (n) del DL 211, Walmart decidió no utilizarla. De dicha forma, la “cultura de cumplimiento” que invoca no derivó en la utilización de la única instancia legal contemplada en nuestra legislación que permite a un agente económico cooperar con la autoridad en la detección de ilícitos colusorios y, de dicha forma, eximirse de responsabilidad u obtener una reducción de la multa aplicable.

182. Si bien nuestra legislación no contempla una obligación expresa de utilizar el procedimiento de delación compensada, resulta evidente que si Walmart pretende que se consideren sus esfuerzos de cumplimiento de la normativa de libre competencia, al menos haya utilizado las herramientas que tal normativa contempla para que los ilícitos anticompetitivos se detecten, sancionen y se reparen sus efectos anticompetitivos, esto es, la delación compensada.

183. Así las cosas, las circunstancias de que Walmart no haya mantenido una actitud cooperativa con la autoridad y tampoco se haya delatado en la especie, debieron haber sido considerados por el H. TDLC como antecedentes fundamentales que ameritaban la no reducción de la multa base impuesta.

¹⁵² Ibid., considerando 191°.

- d) De acuerdo a lo expuesto, queda claro que Walmart en caso alguno cumplió con su carga probatoria de demostrar que contaba con un programa oportuno, serio, creíble y eficaz

184. El H. TDLC fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido al siguiente:

“(3.b) efectividad de que las requeridas hayan implementado un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia serio y completo, de manera oportuna”¹⁵³.

185. De acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores, ha quedado claro que la Requerida Walmart no cumplió con su carga probatoria, al no constar que haya contado en la época de las conductas colusorias de autos con un programa de cumplimiento propiamente tal y que las acciones de cumplimiento que implementó hayan tenido una mínima idoneidad y suficiencia para tal fin, habiendo sido ineficaces.

186. El detalle del análisis de la prueba aportada por Walmart a dicho respecto, en especial en lo referente a las etapas I y II invocadas por la Requerida, consta en nuestro escrito de observaciones a la prueba, párrafos 492 y siguientes. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, en relación a los antecedentes aportados por Walmart, la sentencia recurrida indicó:

“(...) los antecedentes presentados son bastante confusos en lo que respecta a las fechas de implementación de algunos elementos del programa (cuestión altamente reprochable a la firma, especialmente si se considera que la carga de la prueba recae en ella [...])”¹⁵⁴.

187. Así, queda claro que Walmart no cumplió con su carga probatoria y que, por tanto, no debió haberse hecho acreedora de una reducción de la multa solicitada.

V. Conclusiones

188. De conformidad a los argumentos de hecho, de derecho y económicos vertidos en este recurso de reclamación y a la prueba que obra en autos, la multa aplicada a las Requeridas por el H. Tribunal subestima los efectos anticompetitivos, directos e indirectos, de la conducta ya acreditada.

¹⁵³ Resolución que recibió la causa a prueba, a fojas 1038.

¹⁵⁴ Sentencia N° 167, considerando 188°.

189. En efecto las multas impuestas no consideran la totalidad de las ventas asociadas a la categoría de carne de pollo fresca en circunstancias que la conducta tuvo efectos sobre todas las ventas de este producto. Junto con ello, el criterio de "ventas afectadas" aplicado por el H. Tribunal para calcular la multa base no es un criterio que refleje mayormente los efectos de la conducta, siendo una consideración ajena a la jurisprudencia nacional y comparada.

190. Adicionalmente, estas multas no satisfacen correctamente los fines perseguidos por las sanciones en esta sede y no consideran los criterios establecidos por el DL 211 y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema. En específico, la cuantía de la multa aplicada no satisface la finalidad de reforzar el efecto disuasorio de la misma en tanto considera el porcentaje de ventas sin adecuaciones. En cuanto a la gravedad de la conducta, no ponderó adecuadamente que, en este caso particular no existen eficiencias que pudieran justificar el actuar de las Requeridas. También omite otras consideraciones como las participaciones de mercado que concentraron las Requeridas, la extensión geográfica de la conducta, la capacidad económica del infractor y la calidad de reincidente de Walmart.

191. Finalmente, resulta improcedente y contraria a derecho la reducción de la multa base a Walmart y más aún el razonamiento de fondo del H. TDLC en relación a los programas de cumplimiento como base para eximir de responsabilidad en esta sede. Como bien se expuso precedentemente, no existe en nuestro ordenamiento sustento normativo alguno que permita justificar lo anterior, siendo la única causal de exención legal en nuestro ordenamiento jurídico de libre competencia la institución de la delación compensada. Admitir lo contrario, implicaría una afectación gravísima a los incentivos que el legislador contempla para concurrir a la autoridad a denunciar un ilícito anticompetitivo como el de autos. Además, esta decisión del H. Tribunal es improcedente a la luz de la prueba que obra en el proceso toda vez que esta Requerida no logró acreditar que contaba con un programa de cumplimiento oportuno, serio, creíble y efectivo a la fecha de ejecución de las conductas sancionadas.

192. Por todo lo anterior, no cabe duda que las multas impuestas en la Sentencia N° 167 no se ajustan a derecho, por lo que corresponde que la Excma. Corte Suprema enmiende la sentencia recurrida aumentando finalmente las multas impuestas a cada una de las Cadenas Requeridas a 30.000 UTA, o a la suma que la Excma. Corte Suprema considere ajustada a derecho.

13942

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 18 N° 1, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por interpuesto, dentro de plazo legal, fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 167, admitirlo a tramitación y elevar los autos ante la Excm. Corte Suprema, con el fin de que, conociendo de este recurso, el Excmo. Tribunal enmiende este fallo en los términos expuestos en lo principal de esta presentación, disponiendo en definitiva el aumento de la multa impuesta a **Cencosud S.A.**, **SMU S.A.** y **Walmart Chile S.A.** a 30.000 UTA para cada una, o al monto que la Excm. Corte Suprema determine corresponder conforme a derecho, con expresa condena en costas para cada una de ellas. Todo ello sin perjuicio de las otras medidas que al respecto se pueden decretar.

12 MAR 19 11:01 PM

OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi calidad de Fiscal Económico Subrogante se fundamenta en la resolución de 14 de diciembre de 2018 de esta Fiscalía, por medio de la cual el Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco Eyzaguirre, se ha inhabilitado de conocer la presente causa, así como de la resolución de fecha 10 de septiembre de 2014, conforme la cual el Sr. Felipe Cerda Becker, Subfiscal Nacional Económico subrogante se inhabilitó de conocer la investigación Rol 1952-11 FNE que dio origen a estos autos. Copia de ambas resoluciones se acompañan en el presente otrosí.

Considerando lo anterior, procede que opere por el solo ministerio de la ley el orden de subrogación contenido en la Resolución Exenta N° 133 de fecha 12 de marzo de 2019, dictada por el Fiscal Nacional Económico, cuya copia se acompaña en el presente otrosí, correspondiendo a la suscrita el ejercicio del cargo en razón del orden jerárquico ahí contenido, cumpliendo los requisitos para el desempeño del mismo, en calidad de tercera subrogante.