

ANT.: Denuncia contra Walmart, Rol N°
2241-13 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 25 NOV 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES (S)

Por la presente vía, recomiendo a Usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 13 de agosto de 2013, en su condición de proveedor, “**Denunciante**” presentó una denuncia (“**Denuncia**”) en contra de Walmart Chile S.A. (“**Walmart**” o el “**Denunciado**”), por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia consistentes en (i) la imposición de la “obligación” de firmar nuevas condiciones de cobro de comisiones o condiciones desventajosas y (ii) la anulación de artículos y de locales sin justificación ni aviso previo, todo en el mercado de los productos de género para bebés.
2. Adicionalmente, el Denunciante señala que, en virtud de las conductas mencionadas, recurrió a distintas instancias dentro de la compañía. Así, habría primero recurrido a diversos ejecutivos de la empresa donde recibió respuestas satisfactorias a sus solicitudes, las que, sin embargo, no se habrían concretado. De esta manera, finalmente recurrió a la Defensoría del Proveedor de Walmart, donde señala haber tenido una excelente acogida inicial para luego darse por “desentendidos” y derivar el asunto a la Gerencia Legal.
3. El día 2 de septiembre de 2013, el Denunciante compareció a las dependencias de esta Fiscalía a prestar declaración, donde, entre otros

aspectos, informó que habría recibido una carta de Walmart en la que se le señalaba que se ponía término a la relación comercial, sin mayores justificaciones.

4. Por las razones antes mencionadas, el Denunciante solicitó a esta Fiscalía que investigue los atentados a la libre competencia que se habrían producido en este mercado y que lo oriente en el sentido de si la denuncia pudiese prosperar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”).

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

5. La Denuncia se enmarca en la relación entre proveedores, especialmente aquellos de menor tamaño, y las grandes cadenas de supermercados, tema que ha sido ampliamente abordado por esta Fiscalía y por el TDLC¹, debido a los altos niveles de concentración de la industria y la relevancia que representan para los proveedores en la comercialización de sus productos.
6. En la actualidad existen cuatro cadenas de supermercados que representan más del 95% de la industria nacional². El actor más relevante en este segmento es justamente Walmart, seguido por Cencosud S.A., SMU S.A. y, finalmente, S.A.C.I. Falabella.
7. Actualmente Walmart, Cencosud, y SMU³ cuentan con un documento público y general que contiene las reglas básicas de contratación con proveedores. Se agrega Montserrat, que recientemente publicó, voluntariamente, unas normas generales⁴.

¹ A modo de ejemplo, vid. Sentencia N° 9 de 2004 (Caso *Proveedores I*), N° 65 de 2008 (Caso *Proveedores II*), Resolución N° 24 de 2008 (Caso *D&S/Falabella*) y Resolución N° 43 de 2012 (Caso *SMU/SDS*).

² SMU, Memoria Anual 2013, p.31

³ Para el caso de Cencosud, existe una Conciliación lograda ante la Corte Suprema a partir del recurso de revisión interpuesto en la causa C 101-06, en que se estableció la obligación de mantener condiciones comerciales generales, (condiciones generales y objetivas de abastecimiento para proveedores de Cencosud Supermercados), publicadas en la página http://www.jumbo.cl/supermercado/contactenos/files/cond_abastecimiento.pdf. Por su parte, para SMU, el TDLC en su Resolución N°43 de 2012 estableció la obligatoriedad de mantener condiciones comerciales análogas a las de Cencosud, publicadas en el sitio web <http://www.unimarc.cl/pdf/normas.pdf>.

⁴ Agosto de 2014.

8. En el caso particular de Walmart, los denominados “Términos y condiciones generales de aprovisionamiento” o “TCGA”, surgen en el marco del Avenimiento celebrado entre esta Fiscalía y D&S⁵ el 16 de diciembre de 2006, durante el proceso seguido ante el TDLC rol N°101-06.
9. Dicho avenimiento define, además, “Proveedor de Menor Tamaño” para las relaciones comerciales con Walmart, como *“El proveedor que, por concepto de venta de mercaderías a los Supermercados D&S, facture, en total, anualmente, una suma igual o inferior al equivalente en pesos a sesenta mil (60.000) unidades de fomento, IVA excluido”*.
10. De acuerdo a lo informado por Walmart⁶, al 31 de agosto de 2013 la empresa tendría [1] Proveedores de Menor Tamaño. Según cálculos realizados por el propio Denunciado, este conjunto de proveedores representa un [2] del total de proveedores de Walmart, un [3] de las compras efectuadas al total de proveedores en el año 2012 y un [4] de las ventas a consumidores finales.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

11. A continuación se efectúa el análisis pertinente, primero respecto de la acusación de imposición de términos no ventajosos, luego de la exclusión de locales, y finalmente respecto lo referente a la Defensoría del Proveedor.

III.1. ACUSACIÓN DE IMPOSICIÓN DE CONDICIONES DESVENTAJOSAS

12. El Denunciante señaló que en su relación comercial de 7 u 8 años nunca habría estado obligado al pago de *rappel* ni otros cobros, hasta principios del año pasado, que se incorporó un cobro por concepto de “administración de bodegas” de alrededor de un [5]⁷. Posteriormente (en septiembre de dicho año), la cadena le habría informado que el cobro por administración de

⁵ Si bien los documentos mencionados anteriormente fueron celebrados por D&S, resulta de público conocimiento que esta empresa fue adquirida por el grupo Walmart, pasando a denominarse Walmart Chile S.A.

⁶ Información enviada por la empresa el 9 de octubre de 2013, en respuesta al Ord. N° 1159 del 30 de agosto de 2013.

⁷ La información se encuentra en el Anexo Confidencial de esta minuta. Adicionalmente, la afirmación se desmiente con la copia del Acuerdo Particular acompañada por el Denunciado el 19 de noviembre, donde consta que desde el año 2010 el Denunciante debía pagar gastos de distribución.

bodegas se incrementaría a [6] y que además se establecería un cobro por *rappel* de [7] y de [8] por la distribución de los productos a los locales. Señala que firmó los documentos en que esos cobros se veían reflejados, sin que – según el denunciante- le dieran copia de éstos. Posteriormente, el Denunciante habría sido contactado para informarle que los documentos firmados tenían un error, por lo que debían ser firmados nuevamente en una fecha por determinar, lo que nunca sucedió.

13. En palabras del Denunciante, a pesar de haber firmado los documentos con el cambio de las condiciones comerciales, recibió un correo electrónico de su compradora en el que se le informaba que sus productos se comercializarían solo en [9] locales de la cadena⁸. Posteriormente, sostiene haber recibido una carta de fecha 15 de agosto, en que se le ponía en conocimiento del término de la relación comercial desde el 31 de octubre de 2013, la que recibió –según señala el Denunciante- en una fecha muy posterior a la de la carta⁹.

14. Adicionalmente, para fundar su denuncia, el Denunciante entregó diversos antecedentes de manera posterior a la presentación de ésta, de los cuales resultan relevantes los siguientes:

- a) Formulario entregado a la Defensoría del Proveedor;
- b) Correo en que responde a ejecutiva que le indica que a partir de junio de 2013 trabajaría sólo con [10] locales;
- c) Cuadro comparativo con muestras de 20 locales, donde – en opinión del Denunciante- se refleja que aquéllos no tienen inventarios cuadrados o reales; y,
- d) Copia de correos electrónicos intercambiados con personal de Walmart.

15. En el marco de la presente Denuncia y en vista de que el denunciante declaró no haber recibido copia de los Acuerdos Comerciales Particulares (APC)

⁸ Sin embargo, copia de este correo no fue acompañada por el Denunciante.

⁹ El Denunciante no acompañó correos electrónicos a que hace referencia en la declaración sobre el envío erróneo de la carta ni el sobre de ésta donde constaría el estampado de Correos de Chile o de otra empresa del rubro, a pesar de que señaló haber recibido la carta el 4 de septiembre de 2013.

firmados con Walmart, se solicitó a esta última remitir copia de dichos documentos. Esta Fiscalía recibió, con fecha 19 de noviembre, copia de un documento comercial, el que según el Denunciado sería el único acuerdo suscrito con Denunciante; en éste consta que la fecha de firma es el 28 de septiembre de 2010.

16. En este contexto, esta Fiscalía no ha tenido a la vista antecedentes que den cuenta del cambio en las condiciones comerciales denunciadas por el proveedor en relación a los cobros efectuados por la cadena, por cuanto estos no fueron aportados por el Denunciante- que señaló no tenerlos- ni tampoco por otros proveedores.
17. Finalmente, respecto a este punto de la Denuncia y a pesar de haber oficiado a varios proveedores de la cadena, esta Fiscalía no ha recibido queja similar en que se señale que Walmart esté imponiendo a los Proveedores de Menor Tamaño condiciones comerciales que sean desventajosas a tal punto que reflejen un abuso de poder de mercado.
18. De esta manera, con los antecedentes tenidos a la vista es posible concluir que los hechos denunciados corresponden a la modificación de una relación comercial, lo que acorde al Avenimiento es válido y legítimo, siempre y cuando estos términos se respeten por lo menos por seis meses¹⁰, a menos que se trate de asuntos relacionados al transporte, donde se establece un plazo inferior.

III. 2. EXCLUSIÓN DE LOCALES

19. En su declaración ante esta Fiscalía, el Gerente General del Denunciante señaló que la disminución del volumen adquirido de sus productos se debió a un mal sistema de ordenamiento de stock, debido a un cambio de sistema informático, y a que Walmart compraba los mismos productos a otros proveedores extranjeros para venderlos bajo la misma marca comercial.
20. Si bien, y como se señaló, el Avenimiento establece condiciones que Walmart debe cumplir dentro del marco de una relación comercial, de ninguna forma

¹⁰ Avenimiento FNE y D&S en la causa C 101-06, p. II. 1.

puede concluirse que éste obligue al Denunciado a mantener de manera invariable y perpetua esas relaciones. De hecho, resulta legítimo que las empresas busquen proveedores o estrategias de abastecimiento que permitan reducir sus costos, por ejemplo, a través de la importación de productos¹¹.

21. Así, se ha sostenido en derecho comparado que la negativa de compra o venta constituye un ilícito anticompetitivo **bajo determinadas circunstancias**. A modo de ejemplo, el *Competition Bureau* de Canadá señala que “*No existe una obligación absoluta de ninguna empresa para proveer a, o comprar, un producto de otra empresa*”¹². Así también se ha sostenido por la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos: “*En general, cualquier empresa – incluso un monopolista- puede elegir las empresas con quienes hacer negocios. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, pueden existir límites a esta libertad para una empresa que detenta poder de mercado. Mientras las Cortes han intentado definir esas situaciones excepcionales cuando una empresa con poder de Mercado puede infringir las normas de libre competencia rehusándose a tener relaciones comerciales con otras empresas, el enfoque está en cómo el rehusarse ayuda al monopolista a mantener ese monopolio, o permitirle al monopolista usar ese monopolio en un Mercado para intentar monopolizar otro*”¹³. Asimismo la Comisión Europea “*inicia con la postura de que, en términos generales, cualquier empresa, sea ésta dominante o no, debiera tener el derecho a escoger a sus socios comerciales y de disponer libremente de su propiedad. La Comisión, por tanto, “considera que la intervención sobre la base de las normas de libre competencia requiere consideración especial donde la aplicación del artículo 82 llevaría a la*

¹¹ Así, el Gerente General de la Denunciante señaló que, según es de su conocimiento, Walmart estaría importando desde China, Japón o algún país del Oriente.

¹² Traducción libre: “*There is no absolute obligation on any business to supply to, or buy a product from another business*”. Consulta en línea: http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00665.html

¹³ Traducción libre: “*In general, any business — even a monopolist — may choose its business partners. However, under certain circumstances, there may be limits on this freedom for a firm with market power. As courts attempt to define those limited situations when a firm with market power may violate antitrust law by refusing to do business with other firms, the focus is on how the refusal to deal helps the monopolist maintain its monopoly, or allows the monopolist to use its monopoly in one market to attempt to monopolize another market*”. Consulta en línea: http://www.ftc.gov/bc/antitrust/refusal_to_deal.shtm

*imposición de una obligación de contratar sobre la empresa dominante*¹⁴

Finalmente, en la jurisprudencia norteamericana en el caso *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1999), la Corte Suprema señaló que la regla básica del Common Law es que *“en ausencia de cualquier intención de crear o mantener un monopolio, una empresa privada puede ejercer libremente su propia discreción de manera independiente respecto a con quiénes mantener relaciones comerciales”*¹⁵. De este modo, se desprende que para sancionar una negativa de compra o venta se requiere que se persiga la mantención u obtención de poder de mercado, por cuanto el sistema de libre competencia y el ordenamiento jurídico en general debe proteger la libertad contractual por ser el medio más eficiente de asignación de riesgos y medios.

22. Ese principio también subyace en el sistema legal nacional y ha sido refrendado por la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que una empresa no puede ser obligada por la autoridad de libre competencia a mantener relaciones comerciales con un determinado proveedor si es que existe otro que puede proporcionar el mismo producto o uno equivalente en condiciones que le resulten más ventajosas en términos comerciales, a menos que se trate de un mercado regulado o monopólico, o se trate de una negativa ilícita de compra o venta¹⁶.
23. Queda manifiesto que en este caso no concurren las circunstancias señaladas por cuanto el Denunciado no busca obtener o mantener una posición dominante en el mercado, sino sólo obtener mayores beneficios comerciales.

¹⁴ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) Official Journal C 045 , 24/02/2009 P. 0007 – 0020. Traducción libre: “the Commission starts from the position that, generally speaking, any undertaking, whether dominant or not, should have the right to choose its trading partners and to dispose freely of its property. The Commission therefore considers that intervention on competition law grounds requires careful consideration where the application of Article 82 would lead to the imposition of an obligation to supply on the dominant undertaking”.

¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust. Black Letter Outlines*, Editorial West, Fifth Edition, p. 247. Traducción libre: “in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, a private firm may freely exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”

¹⁶ Vid. Sentencia 124 del TDLC Requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G., de 9 de agosto de 2012, y la Sentencia N°88/2009, caratulada “Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.”, de 15 de octubre de 2009.

Así lo sostiene el Denunciado en la carta conductora¹⁷ en que presenta los antecedentes solicitados por Oficio Ord. 1460-13, señalando que los productos del Denunciante generan una rentabilidad inferior a otros de la misma categoría ([11]) en el período enero 2012 a diciembre del mismo año.

III.3. ACUSACIÓN RELATIVA AL DEFENSOR DEL PROVEEDOR

24. El rol del Defensor del Proveedor está determinado en el Avenimiento logrado entre la Fiscalía y D&S, y precisado en las Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de mercaderías.
25. En primer lugar, el Avenimiento establece la obligación de D&S de establecer una Defensoría del Proveedor, que deberá depender de la Contraloría Corporativa de la empresa, cuyo objetivo será *“prevenir y resolver, de manera imparcial, objetiva y de buena fe, y en carácter de mediadora, cualquier controversia o dificultad que se produzca entre las entidades e instancias operadoras de los Supermercados D&S y uno cualquiera de sus Proveedores”*¹⁸.
26. Luego, los TCGA establecen que el objeto de la Defensoría será *“prevenir, acoger, conocer y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe y en carácter de mediador, cualquier dificultad o controversia que se genere entre D&S [...], de una parte, y uno cualquiera o más de sus Proveedores con motivo de la interpretación, ejecución, cumplimiento o incumplimiento de estos TCGA, los APC o cualquier acuerdo existente entre esas partes”*¹⁹.
27. De los antecedentes aportados por Walmart y por el Denunciante consta la posibilidad de que existan algunos incumplimientos a lo establecido tanto en el Avenimiento como en las TCGA.
28. Así, según información remitida por el Denunciado, desde el año 2009 a 2013, fueron correctamente presentadas 44 solicitudes de intervención a la

¹⁷ Recibida por esta Fiscalía el día 19 de noviembre de 2013.

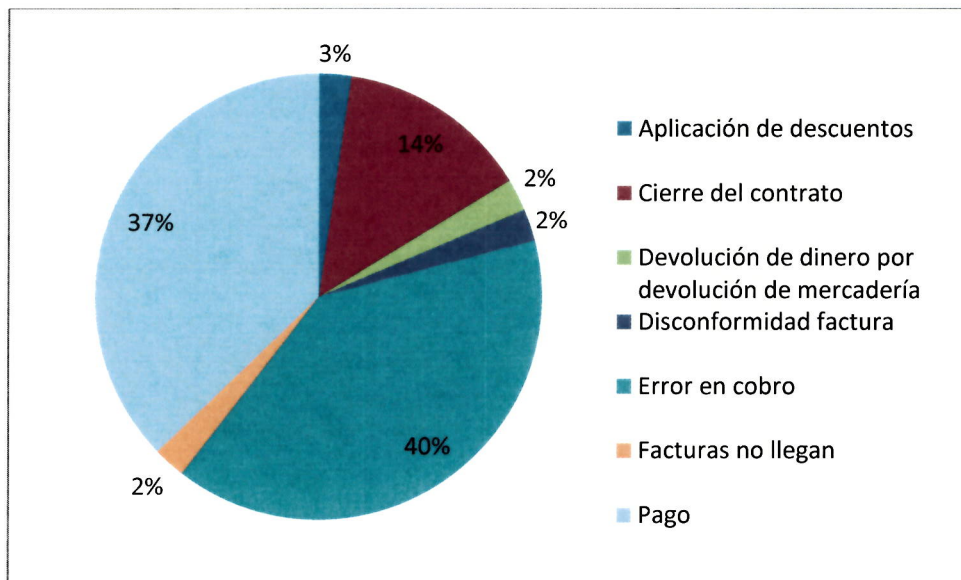
¹⁸ Avenimiento, p. II.6.

¹⁹ TCGA, p. 27.

Defensoría del Proveedor. Respecto de estos, se desprende la siguiente información:

- a) Los motivos por los cuales estos reclamos fueron presentados se pueden resumir de la siguiente manera:

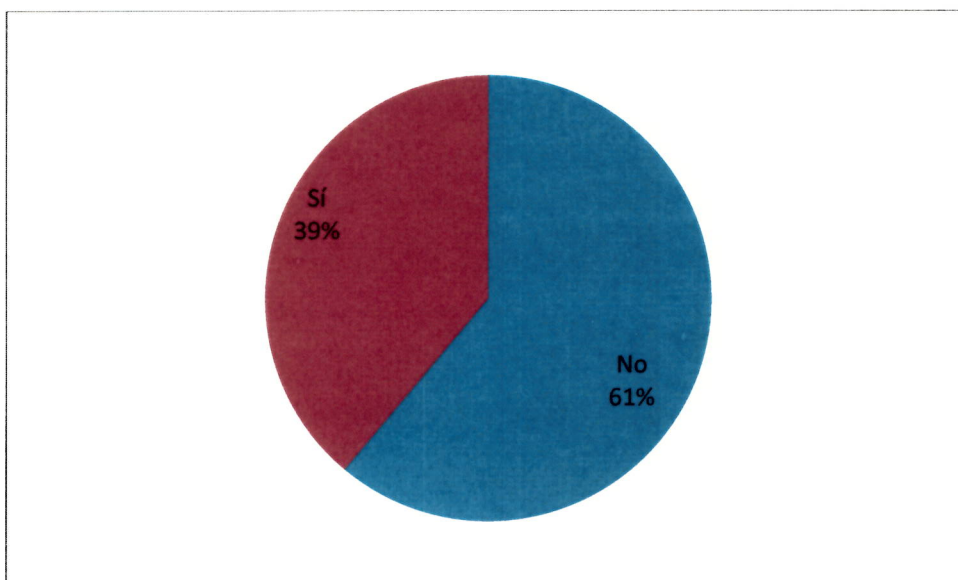
Gráfico N°1: Causas de reclamos



Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes recibidos del Denunciado.

- b) Los registros llevados por Walmart son inadecuados e incompletos. En efecto, de estas causas, sólo 20 contarían con antecedentes suficientes como para saber cuándo finalizaron y, en dos ocasiones, no se puede determinar la fecha de presentación del reclamo.
- c) De las ocasiones en que los registros cuentan con información para determinar las fechas de presentación y de cierre, el cumplimiento del plazo de 20 días para dar respuesta a los reclamos no se cumple siempre:

Gráfico N°2: Cumplimiento de plazo para contestar al reclamo



Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes recibidos del Denunciado

29. Sin embargo, con objeto de obtener mayores antecedentes, esta División ofició a 26 proveedores [12]. De ellos, sólo 11 contestaron, [13].

IV. CONCLUSIONES

30. De acuerdo al análisis de la denuncia en lo relativo al cambio de las condiciones comerciales, con los antecedentes tenidos a la vista, esta División no puede calificar de abusivas las modificaciones señaladas en la Denuncia, por cuanto se trataría del desarrollo de relaciones comerciales en que no se evidencia, por ahora, la existencia de abuso de posición dominante. En efecto, los antecedentes acompañados por la Denunciante y la Denunciada, además de la recopilada por esta División, no permiten determinar que en esta oportunidad haya existido abuso.

31. Respecto del segundo punto, en lo relacionado a la eliminación de elementos adquiridos o locales en que se comercializaban los productos comprados a los proveedores, esta División no ha evidenciado la concurrencia de los requisitos establecidos en doctrina y jurisprudencia para la existencia de negativa de compra.

32. Finalmente, en lo relativo al cumplimiento del rol del Defensor del Proveedor, de acuerdo a los antecedentes preliminares levantados por esta División, la

Defensoría del Proveedor estaría cumpliendo con el propósito de ayudar a los proveedores en sus disputas con el supermercado y, la mayoría de los asuntos a que se avoca no serían de competencia de esta Fiscalía. Sin embargo, se debe notar que existen aspectos formales que deben ser mejorados por la empresa, en particular la mantención de registros completos y el cumplimiento de los plazos establecidos para dar una respuesta.

En definitiva, y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere archivar los antecedentes, otorgando a Walmart un plazo prudencial para la modificación de los aspectos formales señalados.

Saluda atentamente a usted,



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN DE ABUSOS UNILATERALES (S)

DSH
DSH