

C.P.C. ORD. N° 1016 /

ANT: Denuncia de D&S en
contra de Colchones Rosen por
negativa de venta. Rol N°77-
96 FNE.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 22 AGO 1997

1. Mediante presentación de fecha 30 de septiembre de 1996, la empresa Distribución y Servicios D&S S.A (en adelante D&S) hizo llegar a la Fiscalía Nacional Económica una denuncia por infracción al Decreto Ley N° 211, en contra de la empresa Colchones Rosen S.A.I.C, sobre la base de los siguientes argumentos y antecedentes de hecho:

1.1. D&S ha iniciado sus actividades comerciales en el ámbito de los hipermercados mediante la marca "Líder", ofreciendo a los consumidores una gama de productos lo más amplia posible. La definición comercial de Líder consiste en operar con bajos márgenes para cada tipo de productos.

1.2. Junto con las dificultades propias de la puesta en marcha de todo negocio, se han producido problemas de abastecimiento por parte de proveedores relevantes, la mayoría de los cuales ha podido solucionarse.

1.3. Sin embargo, tales problemas subsisten respecto de Rosen, fabricante de las líneas de colchones Termiflex y Rosen. A pesar de los reiterados intentos de D&S por adquirir la línea de productos Rosen, el proveedor de los mismos se habría negado -según indica la denunciante- a abastecer a D&S, según consta en dos cartas de empresas Rosen, que se acompañan.

1.4. La denunciante indica que las dificultades de abastecimiento se mantienen, a pesar de que las grandes cadenas de tiendas por departamentos y otros establecimientos comerciales de la Región Metropolitana han sido, abastecidos de productos de la línea Rosen con normalidad, lo que les ha permitido mantener niveles deseables de existencias.

1.5. Concluye D&S solicitando al Fiscal Nacional Económico se sirva investigar las razones por las cuales Rosen se ha negado a venderle sus productos, "instruyendo las diligencias que se estime de rigor atendida la gravedad de los hechos y el perjuicio que esa negativa de venta acarrea a D&S y a los consumidores".

2. Atendido el mérito de la denuncia y de los documentos aportados por D&S; y efectuada la correspondiente investigación de los hechos, el Fiscal Nacional Económico procedió a informar a esta Comisión mediante su Of. Ord. N°201, de 17 de julio pasado, procediendo esta Comisión al análisis de todos los antecedentes.

3. Los hechos establecidos en la investigación efectuada por la Fiscalía pueden enunciarse en la siguiente secuencia cronológica:

3.1. A fines de 1995 y principios de 1996, Javier Renedo Rodríguez, en su calidad de Gerente de Ventas y Abastecimiento de D&S, tomó contacto con Agustín García Popelaire, Gerente de Ventas Mayoristas de Colchones Rosen, con el objeto de negociar la comercialización y venta de productos Rosen en sus Hipermercados, todo ello según consta a fs. 13, 19 y 40 de los autos.

3.2. Para tal efecto se realizaron dos reuniones, una en la fábrica Rosen y otra en oficinas de D&S. La denunciada afirma que en la reunión celebrada en sus dependencias se efectuó una presentación completa del producto Termiflex (lista de precios, planilla de descuentos, formas de pago, planilla de aporte publicitario, entre otros), y que además se entregaron formularios de inscripción de clientes (fs. 14).

D&S sostiene que en esa reunión se le presentó a Rosen el concepto de megamercado y se le solicitó un ofrecimiento de precios y condiciones de compras para sus productos, principalmente los de la línea Rosen (fs. 40).

Según manifiesta la denunciada a fs. 14 y 15, su empresa habría accedido a todas las peticiones formuladas por D&S, en cuanto a condiciones de pago, rappel, publicidad cooperativa y promociones.

3.3. Con fecha 23 de febrero de 1996, Rosen envió a D&S carta GV-N°023, que rola a fs. 1 de los autos, en la que le informa su firme intención de partir con la línea Termiflex, y que en el segundo semestre estaría de acuerdo

en estudiar y acordar condiciones de exhibición y políticas comerciales para la venta de la línea Rosen, pues en ese momento no estaría en posibilidades de brindar un adecuado abastecimiento.

3.4. Con posterioridad a la carta aludida en el numeral anterior, se efectuaron diversas comunicaciones telefónicas entre los representantes de cada empresa, en las que, de acuerdo a los antecedentes de autos (fs. 2, 14, 15, 21 y 41), se manifestó lo siguiente:

3.4.1. D&S reiteró su intención de adquirir la línea de colchones Rosen para la inauguración del Hipermercado Lider de Maipú.

3.4.2. Rosen reiteró su imposibilidad de ofrecer tales productos por el momento, debido a problemas de abastecimiento y que en ese momento sólo podían ofrecer su línea Termiflex.

3.4.3. Finalmente no se llegó a acuerdo, y D&S no compró ni productos Termiflex ni productos Rosen.

Agustín García Popelaire sostiene, además, que en estas conversaciones telefónicas el Sr. Renedo habría tratado de presionarlo indebidamente, con la eventual aparición de una revista promocional de D&S con productos de la línea Rosen a precios bajo el costo, si ellos seguían negándose a vender tales productos.

3.5. Con fecha 12 de julio de 1996, D&S envió una carta a Rosen (que rola a fs. 2), en la que reitera su propósito de comercializar colchones de la línea Rosen, en las mismas condiciones de suministro y de descuentos que se ofrecen a otros clientes mayoristas, indicando además que para hacer valer ese derecho recurriría si fuera necesario a las autoridades competentes para evitar que el mercado fuera objeto de maniobras monopólicas.

3.6. En el mes de mayo de 1996, D&S adquirió colchones Rosen a través de un distribuidor independiente, Distribuidora Multihogar S.A, de la ciudad de Curicó, según consta de las copias de facturas que rolan a fs.48 y 49 de autos, proporcionadas por la propia denunciante.

3.7. Durante los meses de mayo y junio de 1996, D&S incluyó en sus catálogos promocionales del Hipermercado Lider de Maipú y vendió a público, los siguientes productos Rosen: L-1000 de 1 plaza a \$36.790, L-2000 de 1 1/2 plaza a \$49.660; y L-4000 de 2 plazas a \$83.900; según antecedentes que rolan a fs. 30 y 35. Cabe destacar que,

según se aprecia de las facturas de fs. 48 y 49, y de la publicidad de D&S que rola a fs. 30, 35 y 50, el costo de adquisición de tales colchones, pagado por D&S fue notoriamente superior al precio de venta final cobrado a sus clientes, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

	L-1000 de 1 plaza	L-200 de 1,5 plazas	L-4000 de 2 plazas
Precio de adquisición a Distribuidora Multihogar S.A.	\$46.799	\$51.436	\$94.158
Precio de venta a público en Líder Maipú	\$36.799	\$49.660	\$83.900
Diferencia (en pesos)	\$10.000	\$1.776	\$10.258
Diferencia (en porcentaje)	21,36%	3,45%	10,89%

De esta manera, entonces, resulta plenamente probado el hecho de la venta bajo el costo por parte de D&S.

3.8. Rosen afirma a fs. 31, que los precios de venta de colchones Rosen en tiendas como Ripley, Falabella, Hites y Dormicentros Rosen, vigentes a la misma fecha, eran los siguientes: L-1000 de 1 plaza desde \$48.990 a \$58.700; L-2000 de 1 1/2 plaza desde \$61.730 a \$74.600; y L-4000 de 2 plazas desde \$93.980 a \$117.800.

3.9. A juicio de Rosen, la situación descrita en el numeral 3.7., que antecede, le ocasionó graves problemas con sus clientes mayoristas, quienes le solicitaron una explicación atendidos los bajos precios con que vendía Líder, precios que no se le ofrecían a ellos. Señala, además, que se enviaron cartas a estos clientes informándoles que no se había acordado ni autorizado a D&S para la publicidad de promociones en que Líder ofrecía colchones Rosen. A lo anterior debe sumarse el hecho, acreditado en autos, que la denunciada no efectuó venta alguna de colchones Termiflex o Rosen a D&S, pues la denunciante habría condicionado la compra de los primeros a la provisión de estos últimos, tal como consta a fs.14 y 41.

3.10. Por otro lado, y según consta a fs. 43, D&S vende en los supermercados de su empresa colchones de proveedores distintos de Rosen, como es el caso de colchones Foamtex y CIC, éste último tanto en su marca CIC como Ensueño.

4. Atendidos los hechos establecidos en el numeral precedente, esta Comisión estima necesario, en primer término, establecer el marco conceptual que corresponde a los mismos; esto es, la definición y elementos esenciales que caracterizan a la negativa de venta como restricción a la libre competencia.

La negativa de venta constituye una restricción competitiva en la medida que impida a un agente de mercado acceder libremente, y en igualdad de condiciones con sus competidores, al abastecimiento de bienes o servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad económica. Para que se configure este ilícito es preciso que concurren las siguientes circunstancias generales, sin perjuicio de aquellas condiciones particulares propias de cada caso:

4.1. Que una persona vea substancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

4.2. Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y,

4.3. Que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita.

5. Por su parte, la jurisprudencia de esta Comisión y de la H. Comisión Resolutiva ha sentado los siguientes principios generales sobre negativa de venta (Dictámenes números 26, 66, 195, 559, 697, 758, 784, 801, 856, 884, 888 y 907; y Resoluciones números 68, 109, 115, 120, 128, 151, 155, 246, 299, 304, 326, 342, 345, 378, 392, 409, 428 y 442; respectivamente):

5.1. Quien fabrique o elabore productos de cualquier naturaleza, o quien preste servicios a terceros, si lo hace mediante un establecimiento abierto al público, está obligado, en principio, a vender o prestar el servicio a todo aquel que se lo solicite y acepte las condiciones usuales de la oferta.

5.2. Sólo podrá negarse la venta o la prestación de servicios cuando el productor o prestador establezca condiciones generales, objetivas y razonables para comercializar su producto o servicio, y éstas no fueren aceptadas por el cliente.

5.2.1. Son condiciones objetivas las establecidas sin respecto de la calidad o naturaleza de determinada persona, esto es, aquellas que no discriminen subjetivamente entre dos compradores que se encuentren en pie de igualdad.

5.2.2. Son condiciones generales aquellas aplicables a toda persona que desee comprar o contratar el producto o servicio ofrecido, sin favorecer a uno o varios de ellos en desmedro de los demás.

5.2.3. Son condiciones razonables aquellas emanadas de un mandato legal o reglamentario, las impuestas por la propia eficiencia del mercado, o las que determine la calidad o imagen del producto o servicio ofrecido, destinadas a asegurar sistemas de comercialización acordes con el marco jurídico general y con los criterios de racionalidad económica exigidos por cada mercado.

5.3. Debe distinguirse además si el mercado relevante en el que se produce la negativa de venta es o no competitivo.

5.3.1. Cuando el mercado es competitivo, esto es, cuando presenta una estructura caracterizada por una multiplicidad de oferentes que compiten efectivamente mediante precio, calidad o publicidad, la negativa de venta, incluso aquella no basada en condiciones generales, objetivas o razonables, puede considerarse lícita, siempre que el cliente eventualmente perjudicado disponga en el mercado de alternativas próximas y asequibles de aprovisionamiento.

5.3.2. Cuando el mercado no es competitivo, esto es, cuando presenta una estructura monopólica, colusiva, o de empresa dominante, la falta de tales condiciones constituye un grave ilícito, pues supone un ejercicio indebido de poder de mercado por parte del monopolista, de quien se hubiere coludido, o de la empresa dominante, respectivamente.

6. Atendido el marco de referencia hasta aquí trazado, es preciso determinar si, en los hechos, la denunciada negó a D&S la venta de su línea de productos Rosen que D&S le ofreciera comprar para distribuirla en sus hipermercados Líder, y si esa negativa de venta constituye o no un

atentado a la libre competencia en los términos del Decreto Ley N°211.

7. Al tenor de los antecedentes recabados en la investigación efectuada por la Fiscalía, y teniendo presente el marco doctrinario y jurisprudencial analizado precedentemente, esta Comisión Preventiva Central estima que la denuncia de D&S en contra de Rosen debe rechazarse en todas sus partes, por no constituir los hechos denunciados infracción alguna a las normas de defensa de la competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211. Lo anterior, por las siguientes razones: , /

7.1. Si bien puede afirmarse provisoriamente que Rosen no estuvo dispuesto a ofrecer su línea Rosen a D&S, a lo menos durante el primer semestre de 1996, consta en autos que sí ofreció expresamente la línea Termiflex, que estuvo en todo momento a disposición de la denunciante.

7.2. El empeño de D&S en obtener productos de la línea Rosen para su comercialización en sus megamercados Líder no constituye por sí solo un elemento que obligue a Rosen, o a cualquier otro proveedor, a satisfacer compulsoriamente tales demandas de aprovisionamiento, sobre todo si se tiene en cuenta que, en la especie, Colchones Rosen no vende ni ha vendido su línea Rosen a megamercados nacionales, reservando esa línea de productos sólo a grandes tiendas por departamentos, a cadenas de mueblerías y productos para el hogar, y a sus propios Dormicentros en Chile y en el extranjero, tal como consta a fs. 12 y 13.

En este mismo sentido, la falta de disposición de la denunciada para vender a D&S su línea Rosen, ofreciendo a cambio sólo la línea Termiflex, a lo menos durante el primer semestre de 1996, sería consecuente con la política general de ventas de ese proveedor, pues sólo vende y ha vendido a supermercados o hipermercados la línea Termiflex, de calidad inferior a la línea Rosen.

7.3. Si se contrasta lo anterior con lo que debe entenderse formalmente como negativa de venta desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia, resulta que los hechos denunciados no son susceptibles de reproche, pues no se configura con ellos ninguno de los elementos constitutivos de tal figura restrictiva.

7.3.1. En efecto, D&S no ha visto substancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios

para desarrollar su actividad productiva o de servicios, pues, a pesar de la falta de disponibilidad de productos de la línea Rosen por parte de su fabricante, D&S pudo adquirir y de hecho adquirió colchones de marcas competidoras, e incluso compró a un tercero colchones de la propia línea Rosen, los que vendió posteriormente notoriamente bajo el costo en su megamercado Líder de Maipú, según ha quedado acreditado, circunstancia que, por sí sola, constituye motivo más que suficiente de reproche en contra de D&S al tenor del Decreto Ley N°211, tal como se indica en el numeral 8. del presente dictamen.

7.3.2. Por otro lado, no se aprecia que las causas de la decisión adoptada por la denunciada en orden a no proveer a D&S sus productos de la línea Rosen se deba a una situación de falta de competencia en el mercado. No existen, a juicio de esta Comisión, condiciones de colusión o de dominio de mercado que coloquen a Rosen en posición de negar arbitrariamente el aprovisionamiento de sus productos de alta calidad a un segmento de distribución masiva tipo bazar como es el de los hiper o megamercados. La opción de no proveer a ese segmento obedece a criterios de distribución selectiva y de calidad de producto que, tal como se ha demostrado, son aplicados por la denunciada a todos sus clientes por igual.

7.3.3. En tercer lugar, la denunciante D&S no ha estado dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por Rosen respecto de sus clientes, exigiendo descuentos y condiciones mucho más favorables que los normalmente ofrecidos por Rosen. Cabe destacar que, incluso en este contexto de negociación forzada, la denunciada estuvo dispuesta a proveer a D&S su línea de colchones Termiflex, que ofrece a sus clientes y, particularmente, a hiper y megamercados, como es el caso de Fullmarket, cadena de supermercados recientemente adquirida por D&S y que, hasta la fecha, distribuye con regularidad esa línea Termiflex, tal como consta a fs.42.

7.3.4. Por último, es un hecho público y notorio que existe en el mercado nacional una amplia oferta de colchones de calidad baja, media y alta, por diversas marcas y a través de distintos canales de comercialización, distribución y venta que compiten entre sí, por lo que no es posible afirmar que D&S vio cerradas sus posibilidades de aprovisionamiento en el mercado.

7.4. Adicionalmente, y a la luz de los criterios sentados por nuestra jurisprudencia, tampoco se habría producido en la especie un acto de negativa de venta susceptible de sanción, por los siguientes motivos:

7.4.1. La denunciada ha establecido en todo momento condiciones generales, objetivas y uniformes para la comercialización de sus líneas de productos Rosen y Termiflex. En efecto, tal como consta a fs. 12, 13, 23 y 24, ha establecido una segmentación en sus ventas de tal forma que la línea Rosen se destina a locales y puntos de venta en los que el producto es ofrecido y presentado a público bajo condiciones y estándares elevados de calidad, mientras que la línea Termiflex, de inferior calidad, se destina a locales en los que tales condiciones no son indispensables, como es el caso de los hiper y megamercados como Líder. Por lo tanto, no vender la línea Rosen a estos últimos no constituye una alteración de las condiciones generales, uniformes y objetivas de venta fijadas para todo el mercado por la denunciada. No podría entonces D&S pretender obtener, por vía de presión o negociaciones forzadas, lo que no se ofrece a otros distribuidores finales en el mercado.

7.4.2. Por otro lado, al no tratarse de un mercado sujeto a una situación de empresa dominante o de colusión, la posibilidad de negar la venta -incluso sin que medien esas condiciones generales, objetivas y uniformes- constituye una opción legítima para el fabricante o proveedor -en este caso Rosen- siempre que existan en el mercado otras vías de aprovisionamiento a las que pueda tener acceso el distribuidor, lo que efectivamente ha ocurrido en autos, al haber podido D&S adquirir productos de la línea Rosen a terceros, aun sin el consentimiento o autorización de la denunciada.

8. A todo lo anterior debe sumarse una prevención necesaria y pertinente respecto de la forma en que la denunciante D&S ha procedido a negociar y exigir la provisión de los productos de la línea Rosen que la denunciada no estaba en condiciones de ofrecerle. Las acciones y negociaciones de D&S destinadas a la adquisición de productos para ser vendidos en sus locales, en este caso, ha excedido los límites de una competencia leal, ceñida a las condiciones de racionalidad que deben imperar en el mercado.

8.1. En efecto, pretender que un proveedor le venda excepcionalmente productos que no suele ofrecer un canal de comercialización como el de D&S, y presionar para que esa venta se materialice mediante la compra a terceros y la venta bajo costos de los mismos productos negados -con el consiguiente perjuicio para el fabricante en términos de imagen frente a otros canales de comercialización que

operan en el mercado— implica un abuso de la posición dominante que, respecto de cada proveedor, pueda eventualmente tener D&S en la compra de elevados volúmenes de productos para su venta en hipermercados.

8.2. Mediante la comisión de tales conductas, D&S puso consciente y deliberadamente a Rosen en una situación de mercado desventajosa respecto de las condiciones que existirían en caso de no haberse alterado de esa manera las condiciones propias de una relación fabricante-distribuidor abierta, racional y competitiva.

8.3. En particular, la venta bajo costos efectuada por D&S, plenamente acreditada en autos, conjuntamente con su actitud negociadora, y la posterior interposición de la denuncia de autos, constituye, a juicio de esta Comisión, una conducta contraria a las normas contenidas en el Decreto Ley N°211, que habilita a los órganos de defensa de la competencia para ejercer en contra de la denunciante las acciones que ese mismo cuerpo legal establece.

9. En conclusión, y por todas las razones que anteceden, esta Comisión Preventiva Central acuerda desestimar en todas sus partes la denuncia interpuesta por D&S en contra de Rosen, declarándose lo siguiente:

9.1. Que la conducta de Colchones Rosen con D&S constituye una opción legítima, asumida en el contexto de una negociación privada que no trasciende ni afecta las condiciones generales de competencia en el mercado;

9.2. Que atendido el carácter anticompetitivo de la conducta de D&S respecto de la denunciada, especialmente en cuanto al hecho de haber utilizado un sistema de ventas por debajo de sus costos en perjuicio de Colchones Rosen S.A.C.I., esta Comisión estima del caso remitir los antecedentes de esta causa al Fiscal Nacional Económico para que, en el ejercicio de sus facultades, interponga en contra de Distribución y Servicios D&S S.A, ante la H. Comisión Resolutiva, el requerimiento contemplado en los artículos 17 letra a) y 24 letra c) del Decreto Ley N°211.

9.3. Que analizando además esta Comisión la conducta de D&S respecto de Rosen al tenor del numeral 8. del presente dictamen, se previene severamente a la denunciante en el sentido que deberá en el futuro llevar adelante sus negociaciones con proveedores dentro de los límites que impone el propio Decreto Ley N°211, cuerpo legal que en su artículo 2°, letra f) declara como contrario a la libre competencia todo arbitrio que tenga por finalidad

eliminarla, restringirla o entorpecerla; norma que incluye a aquellos actos de competencia desleal o de abuso de posición dominante llevados a cabo por un agente económico respecto de otro y que tengan por objeto o efecto un menoscabo en los términos generales de competencia al interior de un mercado determinado.

9.4. Todo lo anterior, sin perjuicio de aquellas investigaciones que la Fiscalía Nacional Económica estime necesarias para fiscalizar tanto el mercado de la distribución de bienes en grandes superficies en general, como la conducta de D&S en particular.

Notifíquese el presente Dictamen al señor Fiscal Nacional Económico, a Distribución y Servicios D&S S.A, y a Colchones Rosen S.A.I.C. Transcríbese a la Asociación Gremial de Supermercados de Chile (ASACH).

El presente Dictamen fue acordado en sesión de fecha veintidos de agosto de mil novecientos noventa y siete, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes, señores Juan Manuel Cruz Sánchez, Presidente; Emanuel Friedman Corvalán, Rodemil Morales Avendaño, y Jorge Seleme Zapata.

The bottom of the page contains several handwritten signatures and initials. On the left, there is a signature that appears to be 'J.M.C.' with a horizontal line underneath. In the center, there is a large, stylized signature that looks like 'E.F.C.' with a horizontal line underneath. To the right of this, there is another signature that looks like 'R.M.A.' with a horizontal line underneath. Above the 'E.F.C.' signature, there are some initials that look like 'M.F.' and a small box containing the number '15'. There are also some other scribbles and lines scattered around the signatures.