

Santiago, catorce de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos Rol N° 821-2016, caratulados "Fiscalía Nacional Económica en contra de SMU S.A.", el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la sentencia de nueve de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 2505 del Tomo VIII, por medio de la cual acogió parcialmente el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, declarando que la empresa SMU S.A. incumplió las condiciones primera y tercera de la Resolución N°43/2012, infringiendo de ese modo el artículo 3° del Decreto Ley N°211. Por este motivo, la condena al pago de una multa a beneficio fiscal de 2.334 Unidades Tributarias Anuales, sin costas.

Los antecedentes se inician por el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE), en el cual se remite a los autos no contenciosos Rol 397-2011, relativos a la consulta de SMU S.A. (en adelante SMU) sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de esa sociedad con Supermercados del Sur S.A. (en adelante SdS). Explica el requirente que esa operación fue consultada después de haber sido materializada y, en consecuencia, las medidas impuestas no habrían indicado a SMU la manera como tenía que realizar la fusión, sino que sólo se limitaron a



0133421962221

a reconocer que se trataba de una operación ya concretada que generaba riesgos concretos a la libre competencia.

La FNE explica que para mitigar tales riesgos, el Tribunal impuso una serie de condiciones que debían ser cumplidas por SMU dentro de un determinado plazo, el que a la fecha de la presentación del requerimiento había expirado sin que SMU hubiera dado cumplimiento a las condiciones primera, segunda N° 1 y tercera.

En relación con la primera de esas condiciones, la FNE explica que SMU estaba obligada a completar la enajenación de un conjunto de activos, como una unidad económica, dentro de un plazo fatal de ocho meses contados desde que la Resolución se encontrase ejecutoriada. Dichos activos consistían, entre otros, en los locales singularizados en las letras a) a r) de la condición primera de la resolución, sosteniendo la FNE que vencido el plazo, la empresa continuó operándolos por cuenta propia.

Explica que el 3 de junio de 2014 se celebró un contrato de compraventa de acciones entre Rendic Hermanos S.A., filial de SMU y Network Retail SpA., en virtud del cual esta última adquirió la totalidad de las acciones de Bigger SpA., sociedad a la que se traspasaron previamente todos los activos que SMU debía enajenar. Sin embargo, con esa misma fecha las partes celebraron el denominado "Contrato de Operación Transitoria de Supermercados",



0133421962221

conforme al cual la administración y operación ordinaria de los locales comerciales adquiridos por Network Retail le correspondería a SMU, a cambio de una contraprestación, lo que derivó en que la empresa mantuvo el manejo y operación de los locales hasta el 31 de julio de 2014.

En cuanto a la condición segunda, consistía en que SMU debía equiparar los precios de venta en los locales a desinvertir con los precios existentes en la localidad más cercana que presentara condiciones de competencia suficientes. Sin embargo, a juicio de la FNE, SMU no cumplió con la equiparación de la forma exigida, toda vez que: (i) no utilizó en los locales a desinvertir los precios de los establecimientos de la misma cadena ubicados en las localidades que indicó como referentes de precio, sino que comparó sus precios con los cobrados por un competidor, burlando así el objetivo de la condición; y, (ii) tampoco equiparó sus precios con los cobrados en la localidad de referencia por el competidor informado, ya que en tal caso los precios cobrados en cada uno de los locales de SMU pertenecientes al mismo *cluster* habrían sido equivalentes; cuestión que no ocurrió, ya que se detectaron diferencias de precios en supermercados pertenecientes al mismo *cluster* de entre 10% y 47% por sobre el precio de comparación.



0133421962221

En consecuencia, a juicio de la FNE, SMU infringió la Condición Segunda N° 1, ya que interpretó y ejecutó la medida de mitigación transitoria de manera tal que no equiparó los precios cobrados en los locales a desinvertir con los cobrados en una localidad que enfrentara competencia, ni con los precios de la propia SMU ni con sus competidores, que era lo exigido por la condición para evitar la pérdida de intensidad competitiva en las localidades afectadas por la fusión.

Finalmente, en relación con la condición tercera, afirma el requirente que SMU debía enajenar toda participación directa o indirecta en Montserrat SAC dentro del plazo fatal de ocho meses contados desde que la resolución se encontrara firme y ejecutoriada, a lo cual no dio cumplimiento, ya que mantuvo su participación tanto en Monserrat como en sociedades relacionadas hasta el 8 de junio del año 2014.

Por tanto, estima la FNE que los incumplimientos de SMU importan responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia, ya que la facultad contenida en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 tendría una función dirigida a evitar lesiones o puestas en peligro de la libre competencia basadas en un criterio preventivo que permitiría a sus destinatarios adecuar sus conductas a lo preceptuado por los sentenciadores. En



0133421962221

consecuencia, las condiciones no serian otra cosa que obligaciones específicas de hacer o no hacer a las que debe sujetarse el agente económico y cuyo incumplimiento deberá ser sancionado con arreglo a la ley.

Por estas razones, pide que: (i) declare que SMU ha incumplido las condiciones primera, segunda N° 1 y tercera de la resolución N°431/2012 dictada en autos Rol N°397-2011; (ii) ordene a SMU dar estricto cumplimiento a las mismas, dentro del plazo que se estime conveniente; (iii) se imponga a SMU una multa de 1.000 Unidades Tributarias Anuales por el incumplimiento de la medida dispuesta en la condición primera; 1.000 Unidades Tributarias Anuales por el incumplimiento de la medida dispuesta en la condición segunda N° 1; y 2.000 Unidades Tributarias Anuales por el incumplimiento de la medida dispuesta en la condición tercera, y, (iv) condene en costas a la requerida.

Contestando la empresa requerida, solicita el rechazo del requerimiento, con costas. En subsidio, pide se rebaje prudencialmente el monto de las multas solicitadas y, finalmente, se deje sin efecto la condición tercera o, en subsidio, se le otorgue un mayor plazo para su cumplimiento.

Respecto del cumplimiento de la condición primera, expone que los adquirentes de los activos no podían estar relacionados a SMU ni tener una participación de mercado



0133421962221

superior a un 25% de las ventas a nivel nacional. Asimismo, se exigió que fueran vendidos como unidad económica con el fin de mantener la operación y continuidad del negocio. Por ello, recién a partir del 30 septiembre de 2013 pudo iniciar en propiedad la etapa de búsqueda y negociaciones, esto es, sólo una vez conocida la sentencia de la Corte Suprema que dejó firme la determinación de las localidades en donde SMU debía enajenar locales.

Explica que, habiendo cedido estos activos a la sociedad Bigger SpA, con fecha 3 de junio de 2014 celebró el Contrato de Compraventa de Acciones en virtud del cual vendió todas las acciones a la empresa Network Retail SpA, enajenando así los activos que la condición primera le exigía. Sin embargo, durante las negociaciones el comprador manifestó una preocupación por garantizar la continuidad de la operación de los locales, indicando que la entrega de los locales cerrados o el inicio de la operación a la fecha de la adquisición no era una alternativa viable. Por ello las partes establecieron un período de transición de sesenta días a objeto de no afectar la operación de los locales y que el comprador pudiera recibirlos en continuidad, término que fue regulado mediante la suscripción de contratos accesorios a la compraventa de acciones, como fueron los denominados Contrato de Operación Transitoria de Supermercados y Contrato de Prestación de



0133421962221

Servicios de Soporte TI, Comercial, Logístico, de Abastecimiento, Distribución y Recursos Humanos. Por tanto, en su concepto, con la sola enajenación la condición se encuentra cumplida, en tanto se renunció a la acción resolutoria, constituyendo estos contratos sólo una regulación de un periodo posterior, que no incide en el efectivo traspaso de los activos ordenados desinvertir.

En relación con el cumplimiento de la condición segunda N° 1, SMU expone que durante el proceso que dio origen a la resolución, informó e implementó un plan de mitigación voluntario que tenía por objeto resguardar a los consumidores de las localidades concentradas antes de la desinversión. Dicho plan contemplaba las siguientes medidas: (i) en cada localidad concentrada se designó a la capital regional más cercana como comuna referente o hermana; y, (ii) se efectuó una medición semanal de la evolución de precios de un local de la cadena de la competencia emplazado en la comuna referente, los que fueron aplicados a los locales SMU para mantener el posicionamiento de precios.

Se eligieron supermercados de la competencia como locales de referencia para resguardar principios de buena fe, transparencia e independencia, y evitar que pudiera postularse que, en determinados casos, SMU tenía incentivos para elevar los precios de los locales de referencia a fin



0133421962221

de cobrar otros mayores en los locales que debía enajenar. Además, para la aplicación de los precios de referencia se utilizó como fuente de información los promedios semanales entregados por la empresa investigadora de mercado Niclson y el cumplimiento fue auditado por Deloitte, firma que estimó que durante el primer semestre de 2012 los precios de los locales en los que se aplicó el Plan de Mitigación Voluntaria, oscilaron entre un 98,26% y 100,84% respecto de los precios establecidos en los locales de referencia.

Por tanto, habida cuenta del adecuado diseño del Plan de Mitigación Voluntario, procedió a adoptar las medidas necesarias para adaptarlo a las dieciocho localidades en las que la resolución le exigía enajenar. En este sentido, crearon 7 *clusters* o listas de precios, a los cuales se asignó la totalidad de los establecimientos SMU y se determinaron comunas de referencia y locales de la competencia cuyos precios serían tomados como referentes, sin realizar los ajustes por fletes permitidos por la resolución.

En consecuencia, cumplió la condición segunda N°1, en tanto no es efectivo que la resolución haya dispuesto que los locales de referencia hayan tenido que ser de SMU, ya que únicamente señala que "SMU deberá: 1) [...] equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los



0133421962221

costos de flete si correspondiere". Por tanto, la FNE está imponiendo arbitrariamente una única metodología de cumplimiento, en circunstancias que la utilización de locales de la competencia obedecería a criterios de buena fe, transparencia e independencia y responde a la misma lógica seguida en el Plan de Mitigación Voluntaria, que la FNE no habría objetado.

Respecto del segundo cuestionamiento de la FNE, relativo a la existencia de diferencias sustanciales de precios entre los locales de SMU que formaban parte del mismo cluster, señala que las aparentes divergencias se podrían explicar por la existencia de promociones, ya sea del local de referencia o del local SMU, lo que no podría advertirse con la información de Nielsen.

Por último, en relación con el cumplimiento de la condición tercera, no controvierte que no pudo enajenar su participación en Montserrat en el plazo ordenado. Sin embargo, expone que ese hecho no afectó la potencialidad de Montserrat de devenir en el actor de mayor relevancia, razón que tuvo en vista el Tribunal al momento de establecer la condición. Por otro lado, asegura haber tenido la efectiva voluntad de cumplirla, realizando una serie de gestiones con dicho objetivo.

Por tanto, en su concepto, a pesar de haber incumplido la condición tercera no se le debería sancionar, ya que



0133421962221

ello implicaría presumir de derecho la responsabilidad infraccional por el solo hecho de no haberse verificado el cumplimiento de la condición dentro de un determinado plazo, en circunstancias que el incumplimiento no le es imputable, pues realizó todo lo necesario para satisfacerla y, ante el fracaso de tales trámites, hizo lo único que procedería legalmente: presentar una solicitud en un procedimiento no contencioso a fin que se deje sin efecto la medida o, al menos, se le conceda un mayor plazo para cumplirla.

Con fecha 3 de junio de 2014, SMU formuló una solicitud de modificación de la condición tercera de la Resolución N° 43/2012, fundándose en que existieron una serie de circunstancias que le impidieron su cumplimiento.

Explica que contrató a un banco de inversiones local para asesorarla en el proceso de venta, en virtud de cuya gestión se produjeron acercamientos con la familia Bada, controladora de Monserrat, que en un principio no estaba interesada en adquirir la participación de SMU en la empresa. Dada esa situación, se preparó una lista corta de potenciales interesados, todos los cuales exigieron una serie de condiciones relacionadas con el accionista mayoritario o con la venta separada de las sociedades, por lo que no se logró avanzar más en dichas negociaciones.



0133421962221

Por otro lado, durante el mismo periodo se promulgó una reforma tributaria que elevó el Impuesto de Primera Categoría a un 25% a partir de 2017, estableciendo que las inmobiliarias ya no podrán rebajar en el pago de este tributo lo pagado como impuesto territorial. Además, se grava con Impuesto al Valor Agregado la venta de inmuebles por empresas inmobiliarias, debiendo los socios pagar Impuesto Global Complementario sobre todas las utilidades de la sociedad. Todos esos cambios, afirma, provocarían incertidumbre, haciendo que potenciales interesados posterguen su análisis o derechamente hayan desistido de su interés en la participación en Montserrat.

Por todo lo anterior solicitó dejar sin efecto la condición tercera o, en subsidio, conceder un mayor plazo para su cumplimiento.

A fojas 2505 se dictó sentencia definitiva por la cual se acoge el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se declara que SMU S.A. incumplió las condiciones primera y tercera de la Resolución N° 43/2012, infringiendo de ese modo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Por este motivo, se la condena al pago de una multa a beneficio fiscal de dos mil trescientas treinta y cuatro Unidades Tributarias Anuales, sin costas.



0133421062221

Para llegar a tal conclusión el tribunal analiza en primer lugar la culpabilidad, indicando que el proceso contencioso por incumplimiento de condiciones o medidas tiene dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas por el Tribunal; y (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción al Decreto Ley N° 211. En este orden de ideas, para que el incumplimiento de una medida sea culpable y, en consecuencia, sancionable, el sujeto obligado debe tener la capacidad o posibilidad efectiva de cumplirla, lo que ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario.

Con lo anterior, entrando al análisis de las condiciones que se denuncian como incumplidas, la primera de ellas imponía a SMU la obligación de completar la enajenación del conjunto de activos como unidad económica. Se establecieron además requisitos que delimitaban quién podía ser adquirente de los activos; se impuso un plazo perentorio de cumplimiento y se dispuso que SMU arbitrara todas las medidas necesarias para que la FNE fuera oportunamente informada de los resultados de las etapas del proceso de enajenación.



0133421962221

Consta en autos que el día 3 de junio de 2014 fue celebrado el Contrato de Compraventa de Acciones entre Rendic Hermanos S.A. y Network Retail SpA mediante el cual esta última adquirió la totalidad de las acciones de Bigger SpA., sociedad a la que previamente se le habrían transferido todos los activos que SMU debía desinvertir en virtud de la condición primera. Sin embargo, adicionalmente se celebraron otros contratos, entre ellos los denominados Contrato de Operación Transitoria de Supermercados y Contrato de Prestación de Servicios, los que estaban destinados a regular un periodo de transición en la venta.

Con lo anterior, atendida que la finalidad directa del establecimiento de la medida fue que existieran en las respectivas localidades empresas económicamente independientes, mitigando así los incentivos unilaterales a subir los precios, después de la fusión entre SMU y SdS y constando que producto de estos contratos SMU mantuvo durante el periodo transitorio - es decir, luego de transcurrido el plazo de ocho meses para que fueran enajenados los activos indicados en la condición primera - una serie de decisiones estratégicas sobre los locales que fueron objeto del Contrato de Compraventa de Acciones, es que se frustró la finalidad de la medida de desinversión impuesta.



0133421962221

Con lo anterior, se concluye el incumplimiento de la condición primera, el que se prolongó hasta el 31 de julio de 2014, con el fin del periodo transitorio. Sin embargo, las dificultades objetivas que tuvo SMU para efectuar la enajenación ordenada dentro de dicho plazo, el hecho de que dio cumplimiento a la condición, aunque con retraso y la circunstancia de que el Contrato de Operación Transitoria fue exigido por el comprador, son hechos que fueron considerados al momento de establecer el grado de responsabilidad del infractor y, por ende, el tipo y la magnitud de las sanciones a aplicar.

Respecto de la condición Segunda, se impuso a SMU (i) mantener en operación los locales que debía enajenar en virtud de la Condición Primera; y, (ii) equiparar los precios de cada uno de esos activos con los existentes en la localidad más cercana donde existieran condiciones de competencia.

La controversia se sitúa en la segunda parte de esta condición, por cuanto SMU eligió un local de referencia para hacer la comparación, el que siempre se trató de un competidor ligado a la cadena Cencosud y lo realizado fue dividir el precio cobrado por SMU por el cobrado por el local de referencia y esa cantidad se multiplicó por un ponderador que reflejaba la importancia relativa del producto en las ventas totales del local, asentándose como



0133421962221

un hecho que la aplicación de ese método implicó que los precios de cada producto no fueran necesariamente igualados a los de dichos productos en los locales referenciales, sino que un grupo de productos representativo presentara, en promedio, un nivel de precios similar al del local de referencia. Es decir, no se usó un parámetro "precio a precio" sino uno "por canasta".

Establecido lo anterior, siempre a la luz de la finalidad de la medida, que fue mantener condiciones de precios equivalentes a las que habrían persistido en caso de existir competencia en aquellas localidades objeto de la medida de desinversión ordenada mediante la condición primera, los sentenciadores admiten como legítimas todas aquellas formas de cumplimiento que, respetando el tenor literal de la referida medida de mitigación, sean aptas para la consecución de su finalidad, considerando como una razonable forma de cumplir que SMU actuara de la misma manera en que lo habría hecho en mercados geográficos competitivos, esto es, comparando niveles de precios de canastas o grupos de bienes y no comparando uno a uno los precios de ellos. Por lo demás, la condición en examen no indica expresamente cuáles deben ser los establecimientos a utilizar en la equiparación de precios.

Por otro lado, la metodología utilizada por SMU para compararse con la competencia, si bien no permite



0133421962221

considerar todos los productos vendidos, si permite efectuar una comparación respecto de la gran mayoría de las ventas. En efecto, las ventas de productos comparables representan en promedio un 80% de las ventas totales de los locales no competitivos. En consecuencia, aun reconociendo dificultades en la metodología de la equiparación de precios utilizada, se estima que ella sirvió para mantener los precios en niveles equivalentes a aquellos presentes en localidades competitivas, tomando en cuenta que las eventuales diferencias no son significativas. Por todos estos motivos, la condición segunda se estima cumplida.

Finalmente, respecto de la condición tercera, SMU debía enajenar toda participación directa o indirecta que tuviese en la sociedad Supermercados Montserrat S.A. dentro del plazo de ocho meses contados desde que la referida Resolución N°43/2012 quedara firme o ejecutoriada, esto es, antes del 8 de junio de 2014.

En primer lugar, indican los sentenciadores que resulta actualmente innecesario que el tribunal se pronuncie sobre las pretensiones constitutivas planteadas por SMU y, en consecuencia, corresponde poner término al procedimiento voluntario iniciado con la petición de la empresa en orden a que se modificara la condición, por haber desaparecido el interés que justificaba esa pretensión.



0133421962221

A continuación, analizadas las finalidades de esta condición, dadas por el interés en asegurar la independencia de SMU y Monserrat en los procesos de toma de decisiones, agregan los sentenciadores que el solo hecho de incumplirse la condición conslida la afectación a la libre competencia, sin que las demás circunstancias objetivas alegadas por la empresa en cuanto a las dificultades para la venta hayan anulado su capacidad de cumplimiento.

Por otro lado, debe considerarse que SMU consultó una operación ya materializada, de manera que debe soportar las consecuencias gravosas que derivan de su opción. Con lo anterior, se declara el incumplimiento culpable de la condición tercera, sin perjuicio que las circunstancias alegadas por SMU y que dificultaron la venta oportuna, determinan un grado menor de culpa infraccional.

Finalmente, a fin de determinar las sanciones a aplicar, se considera que las condiciones incumplidas se encuentran satisfechas al momento de dictar sentencia, lo que motiva que se estime adecuado sólo la imposición de la multa que, para el caso de la condición primera se calcula en el 5% de las ventas, equivalente a 508 Unidades Tributarias Anuales y, para la condición tercera, se toma un 4% de las ventas, esto es, 1.826 Unidades Tributarias Anuales, ambas superiores al beneficio económico obtenido producto de las infracciones.



0133421962221

A fojas 2607 la empresa SMU S.A. presentó reclamación en contra de la sentencia antes referida y a fojas 2672 hizo lo propio la Fiscalía Nacional Económica.

A fojas 2718 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que SMU S.A. dedujo reclamación en contra del señalado fallo, solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes. En subsidio, pide se le exima del pago de las multas a que fue condenada y, en subsidio de lo anterior, se reduzcan ellas sustancialmente.

Funda su reclamación en que cumplió con todas las condiciones impuestas por la Resolución 43/2012. En efecto, en cuanto a la condición primera, la sentencia dio por probado que se transfirieron los activos el 3 de junio del año 2014, lo que se anotó en el registro de accionistas, produciéndose el efecto jurídico de la enajenación, en tanto ella se hizo con carácter irrevocable y renunciando ambas partes a la condición resolutoria. Además, fue establecido como un hecho de la causa que el proceso de venta presentó dificultades objetivas que obstaculizaban el cumplimiento dentro del plazo establecido.

Estima la recurrente que la condición se cumplió en tiempo y forma, sin embargo, de estimarse que el cumplimiento fue tardío, la diversidad de los activos, la obligación de enajenarlos como unidad económica y la



0133421962221

imposibilidad de venderlos a los grandes operadores debieron ser consideradas como eximentes de responsabilidad y no sólo como atenuantes. En este sentido, el criterio del tribunal implica aplicarle una responsabilidad objetiva, improcedente en esta sede.

Explica que el contrato de operación transitoria fue una exigencia del adquirente y una práctica habitual en la industria, por lo que se encontraba justificado en este caso, considerando que no influyó en la efectiva enajenación de los activos y tuvo como única finalidad el permitir que se cumpliera efectivamente con la condición, esto es, lo contrario a lo resuelto. Además, SMU empezó la búsqueda de comprador apenas la Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación contra la resolución 43/2012 y en octubre de 2013 ya había tomado contacto con el asesor experto en ventas de supermercados, firmando un contrato con él el 30 de diciembre de 2013, todo con el objeto de agilizar el proceso de venta y habiéndose acreditado que no existía otro comprador posible, debiendo considerarse estas circunstancias como eximentes y no como atenuantes.

A la luz de lo anterior, afirma que la finalidad de las medidas era la pronta entrada de un competidor a este mercado y el contrato de operación transitoria en caso alguno frustró ese objetivo, sino que permitió que ella se cumpliera, por lo que la interpretación del tribunal carece



0133421962221

de razonabilidad y sigue un razonamiento meramente formal. Por tanto, la condición primera se encuentran cumplida.

En subsidio, si hubo incumplimiento, alega que no puede considerarse culpable, ya que SMU obró con la debida diligencia, considerando las dificultades objetivas de la transacción.

En cuanto a la condición tercera, indica la recurrente que ella se encuentra cumplida porque SMU enajenó su participación en Monserrat el 19 de diciembre de 2014. En este sentido, se acreditó su buena fe, manifestada en la intención de llevar a efecto la enajenación y, por tanto, la única discusión debe referirse a las circunstancias que le impidieron hacerlo dentro de plazo.

En relación a aquello, se probó que contactó a prácticamente todos los posibles interesados y que el impedimento dió relación con características objetivas del paquete accionario: era minoritario, no existía pacto de accionistas con el grupo controlador y la rentabilidad era baja. Por lo anterior, presentó una consulta con anterioridad al vencimiento del plazo, cuando la empresa se encontraba esperando una oferta formal de la familia Bada por la participación minoritaria de SMU en Monserrat.

Finalmente, se recibió una serie de ofertas no vinculantes con precios cada vez más bajos y en diciembre



0133421962221

de 2014 se generó la única oferta vinculante, perdiendo \$12.000 millones de pesos para cumplir la resolución.

Agrega que la presentación de esta consulta era el único instrumento procesal para modificar las medidas impuestas y que el tribunal cometió un grave error de derecho al no pronunciarse sobre ella por considerarlo innecesario, ya que la venta de la participación de SMU en Monserrat no produjo la desaparición del interés que justificaba la presentación de la consulta, toda vez que se buscaba una modificación de la condición cuya infracción fue sancionada, que se eliminara o en subsidio se otorgara más plazo.

Afirma que la desaparición del interés procesal no existe en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, en los procesos sobre libre competencia existe un interés público comprometido que impide la aplicación de esta teoría. En este caso, interesaba determinar si procedía o no el alzamiento de la condición tercera o la extensión del plazo, considerando que no se sancionó a SMU por no haber vendido, sino por hacerlo fuera de plazo. Concluye este punto indicando que obró con la debida diligencia, por lo que no es posible considerar su incumplimiento como culpable, debiendo todas estas circunstancias haber sido consideradas como eximentes y no sólo como atenuantes.



0133421962221

A continuación, refiere que el estándar de culpa en virtud del cual se sancionó a SMU es extremadamente gravoso y no tiene asidero en el derecho sancionatorio. En efecto, se le impone una responsabilidad objetiva y exigencias desmedidas, confundiendo un estándar propio de responsabilidad extracontractual civil con aquel aplicable al derecho sancionatorio como es la culpa infraccional, perteneciente al ámbito del derecho de daños y que requiere necesariamente la existencia de un perjuicio, en circunstancias que en materia de ius puniendi se admite la prueba de la debida diligencia y la buena fe como eximentes de responsabilidad.

Además, para establecer la responsabilidad en este caso, se requiere una tipificación y determinación clara del deber de cuidado y no puede sostenerse que una resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cumpla con estas características.

En subsidio, pide se deje sin efecto la multa, tomando como referencia la sentencia 982-2012 donde se indicó que la multa aparecía como innecesaria, misma situación que ocurre en este caso, donde SMU ya cumplió las medidas.

En subsidio de todo lo anterior, pide rebaja de las multas impuestas, al tratarse de multas excesivas y desproporcionadas en relación al mérito de autos y lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del Decreto Ley N°



0133421962221

211, en razón de que los porcentajes de ventas determinados por el tribunal son excesivos en relación a los antecedentes del proceso. En efecto, el EBITDA es un indicador financiero que refleja la utilidad bruta, por lo que no es el equivalente al beneficio económico, de manera que son incorrectos los cálculos realizados por el tribunal en tanto que no permiten considerar las pérdidas que la empresa generó por el cumplimiento de las condiciones. Agrega que, no habiéndose discutido que las condiciones se cumplieron, una multa sólo podría referirse al plazo de cumplimiento, pero no al incumplimiento total de la condición. En otras palabras, el reproche debe ser mayor cuando la condición no se cumple, por tanto en este caso debe reducirse sustancialmente.

Segundo: Que, a su turno, la Fiscalía Nacional Económica dedujo reclamación en contra de la misma sentencia, pidiendo se declare que SMU incumplió culpablemente la condición segunda de la resolución 43/2012, imponiéndosele una multa de 1000 Unidades Tributarias Anuales o lo que esta Corte Suprema determine y, por otro lado, se aumenten las multas ya impuestas por el incumplimiento de las condiciones primera y tercera.

Explica que SMU ha sido desafiante respecto de la institucionalidad de libre competencia desde su fusión con SdS, informando una operación ya materializada cuyos



0133421962221

efectos antijurídicos se mantuvieron en el mercado por más de 3 años. Posteriormente, tramitó un proceso no contencioso por más de 2 años en el que se decidió que la operación se ajustaría a la libre competencia siempre que cumpliera determinadas condiciones, las cuales no cumplió. Finalmente, en el proceso, adoptó una conducta reticente en cuanto a su obligación de informar.

Ahora, más de 4 años después de haberse concretado la operación, se estableció que incumplió culpablemente las condiciones primera y tercera, sin que exista ninguna causal para eximirla de responsabilidad.

En cuanto a la condición primera, se tuvo por probado que SMU siguió administrando todos y cada uno de los activos que se le había ordenado enajenar, luego de vencido el plazo para ello. Con ello, impidió y retardó la eliminación del riesgo que se pretendía evitar con el establecimiento de la condición, como es el evitar la existencia de supermercados administrados independientemente en las localidades concentradas, con el objeto de mitigar el riesgo de alzas de precios por parte de la empresa fusionada, dada la posición que adquirió en el mercado.

Agrega que es un hecho no controvertido que el plazo de la condición primera vencía el 8 de junio de 2014 y mediante el Contrato de Operación Transitoria la empresa se



0133421962221

obligó a operar los locales hasta el 31 de julio de ese año, mientras que el Contrato de Soporte establecía obligaciones para SMU hasta el 31 de enero de 2016. Ello le permitió mantener el control sobre una serie de decisiones estratégicas y comerciales respecto de los locales que se le había ordenado desinvertir y, no obstante lo anterior, el tribunal consideró atenuantes, circunstancia que impugna la FNE por cuanto hay prueba en el proceso que da cuenta que SMU estuvo en posición de cumplir y no lo hizo por su falta de diligencia.

Explica que estaba vedado a los sentenciadores evaluar la mayor o menor posibilidad de cumplimiento, en tanto las dificultades objetivas denunciadas en realidad no constituyen antecedentes fuera de lo común para una operación como ésta. En efecto, la misma sentencia reconoce que la operación transitoria de supermercados es una práctica habitual, de manera que existió una falta de cuidado por parte de SMU para prever una situación inminente. En este orden de ideas, la prueba documental da cuenta que en diciembre de 2013 la empresa ya estaba en condiciones de iniciar las gestiones para la enajenación, pero éstas se comienzan a ejecutar faltando menos de un mes para el cumplimiento del plazo.

Por todas estas razones, estima es procedente que se eleve la multa impuesta, ya que no concurren las



0133421962221

circunstancias que permiten reducirla y, por otro lado, la prueba del proceso da cuenta que SMU fue poco diligente y no cooperó con el proceso de fiscalización.

Respecto de la condición tercera, se estableció que la empresa no enajenó dentro de plazo su participación del 40% en Monserrat, impidiendo la existencia de un actor con presencia en el mercado que actuara de manera independiente en sus estrategias comerciales. El término para cumplir esta condición vencía el 8 de junio de 2014 y no fue cumplido, ya que la participación se mantuvo hasta el 19 de diciembre del mismo año, afectando la libre competencia y consolidando en el mercado los efectos anticompetitivos previstos en la resolución, al acreditarse que accedió a información estratégica y comercial de Monserrat.

Sin embargo y sin tomar en cuenta la gravedad de la infracción, también se consideran atenuantes, a pesar que existe prueba en el sentido que SMU dilató el cumplimiento de la condición, por lo que, a juicio de la recurrente, correspondería aumentar la multa.

Hace presente también que las explicaciones de SMU difieren de lo informado en el proceso de fiscalización, lo que entorpeció la labor fiscalizadora y, en su concepto, agrava su responsabilidad.

Finalmente, respecto de la condición segunda, está también incumplida, al haberse aplicado una metodología que



0133421962221

no permitía equiparar los precios existentes entre las zonas de mitigación y referencia en el sentido ordenado por la resolución. Señala que existe consenso en que aquel formato aplicado por SMU resultaba deficiente al efecto, toda vez que no permitió equiparar los precios, pero los sentenciadores obviaron injustificadamente dicha circunstancia aceptando un margen de tolerancia para el incumplimiento.

Tercero: Que con fecha 12 de diciembre del año 2012 se dicta la resolución N°43/2012 que se pronuncia, en un procedimiento no contencioso, sobre la consulta formulada por la empresa SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de dicha sociedad con SdS La consulta se formula el día 20 de septiembre del año 2011, en circunstancias que los acuerdos de fusión ya se habían materializado.

A través de la resolución ya citada, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia manifiesta haber arribado a la convicción de que esta fusión modifica significativamente la estructura del mercado y relaja la tensión competitiva en el mismo. Por ello, opta por ordenar medidas de mitigación estructurales que apuntan tanto a los riesgos unilaterales, con la desinversión en las localidades o isócronas más concentradas en conjunto con los centros de distribución que posibilitarán su



0133421962221

funcionamiento en condiciones más competitivas desde el inicio, como a los riesgos de conductas coordinadas, posibilitando la existencia y posible expansión de un actor relevante independiente que pueda imprimir presión competitiva, al imponer la enajenación de la participación que SMU tiene en la cadena de supermercados Montserrat.

Agrega que para que las desinversiones sean capaces de morigerar los efectos en el mercado que produce esta concentración, ellas deben servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo. Para ello y, dadas las economías de escala que imperan en esta industria, ambos grupos de activos, es decir, los compuestos por los supermercados y centros de distribución que se vendan en las regiones del sur, por una parte, así como el 40% de Supermercados Montserrat, por la otra, deberán venderse, respectivamente, como un todo y no en parcialidades. Por ello, en lo que interesa al presente recurso, no permite que los activos de los que se ordena que se desprenda SMU puedan ser adquiridos por empresas que posean más del veinticinco por ciento del mercado supermercadista a nivel nacional, en términos de ventas anuales, a la fecha de dictación de la resolución, entre otras reflexiones.

Por tanto, para estimar que la fusión analizada se ajusta a las normas del Decreto Ley N°211, indica que ella



0133421962221

debe cumplir con un total de seis condiciones, interesando al presente recurso las siguientes:

1. Condición primera, consistente en que SMU S.A. o sus relacionadas, según corresponda, deberán enajenar una serie de activos que se enumeran, todos los cuales se dispone que deberán ser de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente. El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente con SMU ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medido en términos de ventas anuales a la fecha de la resolución.

Se dispone que el proceso de enajenación deberá estar completado dentro de ocho meses, contados desde la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada.

2. Condición segunda, consistente en que, en tanto no se complete la enajenación de locales indicados en la condición anterior, SMU y sus relacionadas, según corresponda, deberán mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere y acordar condiciones y precios con los proveedores locales de los supermercados ubicados en dichas



0133421962221

localidades que no sean menos favorables que las acordadas con proveedores de productos equivalentes para los locales ubicados en la capital regional más cercana, ajustados por los costos de flete en los casos en que ello correspondiere.

3. Condición tercera, relativa a que SMU deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa. Se señala que el o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU y no podrán tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales en el mercado supermercadista a nivel nacional.

Este proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 meses contados desde la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada.

Cuarto: Que, para un mejor orden en el análisis, corresponde en primer lugar examinar la naturaleza de la responsabilidad que se persigue en este caso, para luego adentrarse en cada una de las condiciones por separado y evaluar si ellas fueron o no cumplidas.

Quinto: Que el artículo 3 del Decreto Ley N°211 dispone que "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que



0133421962221

impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso", para luego entregar ejemplos de actos que, entre otros, cumplen con dichas características.

Sexto: Que, en este caso, la infracción antes descrita aparece integrada con el incumplimiento de las condiciones impuestas por una resolución dictada en el marco del procedimiento no contencioso regulado por el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211. A este respecto y para contextualizar el marco jurídico en que se inserta la operación consultada, es indispensable reproducir algunas disposiciones del mencionado Decreto Ley.

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será provenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia".*

A su turno, el artículo 18 numeral 2) indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud*



0133421962221

de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

Séptimo: Que la naturaleza del procedimiento involucrado - no contencioso - está dada porque no cuenta con las características y principios que informan el previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211.

Sobre los lineamientos de este procedimiento ya se ha referido esta Corte en oportunidades anteriores, indicando que “No hay duda de que el Tribunal referido a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 se encuentra facultado para aprobar las consultas sometidas a su conocimiento, estando autorizado también para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión, o denegar la solicitud que le fuese hecha. Así en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 se expresa que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de su facultad consultiva se encuentra autorizado para aprobar un acto, contrato o hecho pura y



0133421962221

simplemente, aprobarlo con condiciones e incluso puede pronunciarse negativamente respecto de la operación sometida a consulta" (CS Rol 3993-2012, considerando noveno).

En este orden de ideas, el procedimiento no contencioso finaliza por una resolución que pone término a la instancia, emitiendo pronunciamiento sobre el asunto que fue sometido al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera que resulta ella tener la naturaleza jurídica de sentencia definitiva, lo que resulta concordante con el hecho que, posteriormente, sea susceptible del recurso de reclamación.

De lo anterior, es posible extraer dos conclusiones: la primera de ellas, es que el incumplimiento de la sentencia judicial que impone las condiciones constituye una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N°211. En efecto, lo resolutivo de la ya citada sentencia dispone que la fusión estudiada *"se ajusta a las normas del Decreto Ley N°211 siempre que cumpla con las siguientes condiciones (...)"*, de lo que se desprende que el incumplimiento de ellas necesariamente configura un acto que la entorpece, motivando la imposición de las sanciones señaladas en el artículo 26 del mismo cuerpo legal.

La segunda conclusión radica en la exclusión de la aplicación del estándar de culpa exigible en materia de ius



0133421962221

puniendi estatal como lo pretende el recurso de SMU, toda vez que las condiciones no fueron impuestas por una resolución administrativa sino por una sentencia emanada de un órgano que, para estos efectos, ejerce jurisdicción.

Octavo: Que, en este orden de ideas, resulta efectivo, tal como viene resuelto, que el proceso por incumplimiento de estas condiciones tiene por objeto verificar si las medidas fueron o no cumplidas y determinar, en caso de incumplimiento, si éste es o no culpable, punto este último que, se afirma en la sentencia recurrida, debe juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional.

La culpa infraccional supone la contravención de un deber de cuidado y, a su vez, los ilícitos contrarios a la libre competencia están dados por la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Ley N°211 - *"el que ejecute o celebre (...) cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"* - situándose, efectivamente, en el marco de dicho factor de imputación, de manera tal que, dándose por establecida la existencia de un hecho que cumpla con estas características, se presume que ha sido ejecutado de manera culpable, pesando sobre el infractor la carga de acreditar que no actuó culpablemente.

Sin embargo, en el caso de autos corresponde hacer un matiz, por cuanto, como se ha dicho, la ejecución de actos



0133421962221

contrarios a la libre competencia que se imputa, viene dada por el incumplimiento de condiciones impuestas en una sentencia judicial. En otras palabras, si bien el transcrito artículo 3 establece un deber general de cuidado, para este caso en particular la orden de ejecutar determinados actos con el objetivo de que la fusión no altere significativamente la estructura del mercado fue impuesta por los sentenciadores a través de la Resolución 43/2012, de manera que la imputación de su incumplimiento no constituye una hipótesis de culpa infraccional sino de culpa por omisión.

Noveno: Que la distinción anterior resulta de la mayor importancia, en tanto excluye la presunción de culpa aplicada por los sentenciadores. En efecto, el principio general en nuestro derecho es que la culpa no se presume y debe probarse por quien la alega (artículo 1698 del Código Civil) siendo excepcionales los casos en que sea el demandado quien deba probar su diligencia.

Con lo anterior, por tanto, era la Fiscalía Nacional Económica quien debió acreditar: i) el incumplimiento de las condiciones impuestas a través de la Resolución 43/2012 y ii) que dicho incumplimiento fue culpable. Sólo establecido lo anterior es posible estimar que existieron actos atentatorios contra la libre competencia y será



0133421962221

posible la aplicación de alguna de las sanciones del artículo 26 del Decreto Ley N°211.

Décimo: Que, asentado aquello, corresponde que el análisis se haga respecto de cada una de las condiciones que se denuncian como incumplidas lo que, por motivos de un mejor orden, se realizará primero en relación a aquellas que los sentenciadores estimaron infringidas - condiciones primera y tercera - para luego examinar si la condición segunda también lo fue.

I.- En cuanto a la condición primera.

Undécimo: Que la Resolución 43/2012 impone como primera condición que SMU S.A. o sus relacionadas, según corresponda, deberán enajenar una serie de locales que detalla en las letra a) a la t) agregando que "2) *Todos los activos indicados en el numeral 1) precedente deberán ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente;* 3) *El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente con SMU S.A. ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de esta Resolución;* 4) *El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses, contados desde la fecha en que la presente*



0133421962221

resolución se encuentre ejecutoriada; 5) La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Sr. Fiscal Nacional Económico sea oportunamente informado, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso de enajenación de estos activos, con el fin de que dicha autoridad cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga".

El plazo mencionado en el numeral 5) se cumplió el día 8 de junio del año 2014.

Duodécimo: Que no resultó controvertido por SMU la celebración de las convenciones denominadas "Contrato de Compraventa de Acciones" y "Contrato de Operación Transitoria de Supermercados", por lo que corresponde analizar si la existencia de estos contratos influyó o no en el cumplimiento de la condición primera ya reseñada.

Para el examen anterior, debe tomarse en cuenta que la misma resolución 43/2012 señala que la fusión "ha llevado a un nuevo y significativo aumento en la concentración y a una severa reducción de la asimetría de las participaciones de mercado y de la amenaza competitiva que representaban los planes de expansión de la empresa absorbida" (considerando 9.39), indicando que deben imponerse medidas de mitigación para restablecer el nivel de presión competitiva, siendo la desinversión propuesta por la misma



0133421962221

consultante, con la cual coincide el TDLC, la actuación que evita parte de los riesgos que la fusión significa para la libre competencia.

Por tanto, puede concluirse que con el establecimiento de la condición primera lo buscado era evitar riesgos de conductas coordinadas y posibilitar la expansión de un actor relevante e independiente que imprimiera presión competitiva al mercado. En este sentido, se procuraba la pronta entrada de un competidor efectivo, lo que resulta concordante con el hecho de que se impuso la venta como un todo y no en parcialidades y, por otro lado, se limitó el universo de adquirentes a empresas que poseyeran menos del 25% del mercado supermercadista a nivel nacional.

Décimo Tercero: Que, hecha la reflexión anterior y analizando en primer lugar el Contrato de Operación Transitoria de Supermercados, éste en su cláusula segunda contiene la obligación de Rendic Hermanos S.A. de operar *"bajo su responsabilidad y riesgo los locales comerciales, lo que incluirá, entre otras, el desarrollo de las siguientes labores (...)"*, que se resumen en la administración, operación diaria, mantención de stock por cuenta propia, suministro y administración del back office, mantención y contratación de personal, contratación y mantención de seguros y otros, todo hasta el 31 de julio del año 2014.



0133421962221

Por otro lado, el Contrato de Prestación de Soporte, contiene la obligación de SMU de prestar servicios de soporte comercial, en materia de tecnologías de la información, logístico y en recursos humanos, dentro de distintos plazos que se extendían incluso hasta el 31 de enero de 2016.

Décimo Cuarto: Que de las obligaciones impuestas por cada uno de estos contratos se desprende que, si bien puede ser atendible la alegación de SMU en orden a que se trató de una negociación con el comprador tendiente justamente al oportuno cumplimiento de la condición, cabe puntualizar que la condición no sólo quedaba satisfecha con la venta, sino que resultaba perentorio que la empresa posibilitara la entrada al mercado de un competidor efectivo, lo que únicamente podía lograrse si se desvinculaba de toda decisión respecto de los locales en cuestión. Era ésta la única forma de realizar una desinversión que permitiera alcanzar los fines de la medida impuesta.

En otras palabras, las cláusulas contractuales ya citadas permitieron a SMU mantener en su haber una serie de decisiones relativas al negocio que impiden entender que efectivamente desinvirtió en los locales vendidos, de manera que resulta cierto que incumplió con la condición primera.



0133421962221

Décimo Quinto: Que, en este orden de ideas - y entrando ahora al campo de la culpabilidad - las dificultades que haya enfrentado SMU en la enajenación descrita, dadas por el hecho que se impuso la venta como unidad económica de una serie de activos de características diversas, restringiéndose el universo de compradores, fue materia de discusión en el marco de la reclamación deducida en contra de la Resolución 43/2012. En efecto, en dicha sede SMU solicitó la modificación de esta condición en cuanto al número y ubicación de los locales donde se le ordenó desinvertir, además de la ampliación del plazo de 8 meses concedido para la enajenación, todas alegaciones que en esa oportunidad fueron rechazadas, de manera que no corresponde en esta oportunidad renovar dicho debate ni volver a considerar estas circunstancias para morigerar el grado de responsabilidad por el incumplimiento.

Décimo Sexto: Que de lo anterior se desprende que el análisis relativo a las dificultades que SMU podía enfrentar en el cumplimiento de la condición primera ya fue analizado en el marco de la revisión de la resolución que la impuso.

Por otro lado, las alegaciones relacionadas con la contratación de un experto en el rubro, solamente demuestran que la intención de la empresa era cumplir con la condición que le había sido impuesta, pero no resultan



0133421962221

aptas para disminuir su culpabilidad, en tanto dichas acciones iban dirigidas al cumplimiento de una obligación impuesta por sentencia judicial y cuya infracción podría implicar la imposición de una multa, tal como ocurrió en la especie.

En consecuencia, para efectos de determinar el grado de culpabilidad de la empresa, sólo resta tener en consideración el hecho que la infracción se mantuvo por un plazo breve - entre el 8 de junio de 2014 y el 31 de julio del mismo año - y que a la fecha del requerimiento ella ya se encontraba cumplida, sin que se haya acreditado por parte de la FNE que se haya producido en el intertanto algún perjuicio al mercado, de aquellos que se pretendía evitar con la imposición de la condición primera.

Décimo Séptimo: Que, en consecuencia, habiéndose verificado un incumplimiento culpable de la condición primera, la forma de determinación de la multa que utilizaron los sentenciadores, será objeto de análisis una vez concluido el examen del resto de las condiciones.

II.- En cuanto a la condición tercera.

Décimo Octavo: Que la condición tercera dispone que "1) *SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa;* 2) *El o los*



0133421962221

adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales - a la fecha de esta resolución - en el mercado supermercadista a nivel nacional; 3) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses contados desde la fecha en que la presente resolución se encuentre ejecutoriada”.

Décimo Noveno: Que resultaron hechos no controvertidos en relación a esta condición:

i) Que la participación en cuestión debía enajenarse antes del 8 de junio del año 2014;

ii) Que para SMU no fue posible enajenar dentro del plazo, ya que, en efecto, la venta se materializó el día 19 de diciembre de 2014; y

iii) Que antes del vencimiento del plazo, el día 3 de junio de 2014, SMU promueve ante el TDLC una solicitud de modificación de la condición tercera, solicitando que fuera dejada sin efecto o se le concediera un plazo mayor para la enajenación.

Vigésimo: Que de lo anterior puede desprenderse que el hecho objetivo del incumplimiento de la condición - esto es, que la participación en Monserrat no fue enajenada dentro del plazo establecido por la misma resolución - no resultó controvertido, por lo que el análisis solamente



0133421962221

debe hacerse en relación con la culpabilidad de dicho incumplimiento, siempre partiendo de la base de la efectividad de lo planteado por la reclamante en su reclamación, en el sentido de que la circunstancia objetiva del transcurso del plazo sin que la venta se materializara no implica necesariamente una presunción de responsabilidad, según se adelantó.

En este orden de ideas, las eximentes alegadas por SMU están dadas, en primer lugar, por la presentación de la consulta dirigida a dejar sin efecto o aumentar el plazo de cumplimiento de la condición tercera y, en segundo término, por las circunstancias argumentadas en la misma presentación, que son reiteradas nuevamente en la contestación del requerimiento a modo de defensa y consisten en el hecho de haber realizado una serie de gestiones útiles tendientes a materializar la venta, contratando a un banco de inversiones que desarrolló un proceso en varias etapas que detalla; la estructura de Monserrat y la ausencia de un pacto de accionistas, lo que hacía poco atractivo para los inversionistas adquirir la participación ya que con ella no se lograba un control social; la promulgación de una reforma tributaria que afectaría el régimen impositivo de esta venta; la existencia de un quinto actor y la aparición de un sexto actor en el mercado; el comportamiento oportunista de



0133421962221

algunos potenciales compradores de la participación de SMU en Monserrat y las variaciones de la participación de mercado de SMU a nivel nacional y en las regiones Metropolitana y de Valparaíso.

Vigésimo Primero: Que, en cuanto a la presentación misma de la solicitud como minorante de responsabilidad, cabe destacar que ésta se funda en los artículos 31 y 32 del Decreto Ley N°211. La segunda de estas normas dispone que *"Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación."*

"En todo caso, los Ministros que concurrieron a la decisión no se entenderán inhabilitados para el nuevo pronunciamiento".

Vigésimo Segundo: Que parte de estas alegaciones ya fueron objeto de la reclamación deducida por SMU en contra de la Resolución 43/2012. En efecto, en dicha oportunidad se argumentó ante esta Corte Suprema que la participación de SMU era sólo de un 40% y que la ausencia de un pacto de accionistas impedía que el dueño de dicho paquete



0133421962221

accionario alcanzara un control social, circunstancias que se esgrimieron para fundar la falta de necesidad de la enajenación.

Pues bien, la sentencia de 30 de septiembre de 2013 ya concluye que dichas apreciaciones no son efectivas, por cuanto la mantención en manos de SMU de un 40% de Monserrat sí resulta relevante en este caso, en tanto la cuantía de las ganancias que de ella provengan se va a ver influida por las estrategias competitivas que desarrolle la empresa, incentivando, por tanto, a SMU a un rol activo en este ámbito. Ello se ve corroborado por las circunstancias fácticas asentadas por el considerando centésimo décimonono de la sentencia en alzada, que da cuenta que en las sesiones de Directorio de Monserrat participaron directores designados por SMU que trataron temas comercialmente sensibles y que, a la vez, se desempeñaban como directores de otras empresas del grupo controlador de SMU.

De todo lo anterior se desprende que parte de estas circunstancias alegadas en la petición promovida al amparo del artículo 32 del Decreto Ley N°211 dicen relación con la aptitud o no de la condición impuesta para evitar las alteraciones en el mercado que provendrían de la fusión, materia que fue objeto del recurso de reclamación ya citado y cuya discusión no procede que sea renovada en esta sede.



0133421962221

Vigésimo Tercero: Que, en lo demás, resultó acreditado que SMU contrató a un banco de inversiones para que actuara como asesor en el proceso de venta, contactó a una serie de potenciales interesados para efectos de lograr la enajenación y realizó gestiones con la familia controladora. Sin embargo, estas gestiones sólo tendían al cumplimiento de la obligación impuesta, de manera que no es posible que sean consideradas nuevamente para efectos de disminuir la culpabilidad en el incumplimiento.

En este orden de ideas, en los términos en que fue redactada la condición tercera - los cuales, como ya se adelantó, no corresponde discutir nuevamente en esta sede - las actuaciones realizadas por SMU solamente implican la observancia de la diligencia mediana con que debía actuar para lograr la enajenación de la participación en Monserrat en el plazo impuesto originalmente y, en este sentido, el hecho de tratarse de un paquete accionario minoritario, la ausencia de un pacto de accionistas, la rentabilidad de las acciones y la dificultad en la venta derivada de todas estas circunstancias, son hechos que debían ser considerados por SMU al momento de planificar la venta, sin que pueda ahora, en esta etapa del proceso, pretender una disminución de su responsabilidad en razón de no haber previsto los eventuales problemas que se presentarían en la



0133421962221

operación y para cuya evaluación se otorgó un plazo prudente de ocho meses.

Vigésimo Cuarto: Que, por otro lado, y volviendo al análisis del artículo 32 del Decreto Ley N°211, las circunstancias anteriormente reseñadas tampoco resultaban aptas para el planteamiento de una petición de anulación de la condición tercera o del aumento del plazo por cuanto, por un lado, ellas ya habían sido discutidas en un juicio diverso y zanjadas a través de una resolución judicial a esa fecha ejecutoriada y, por otro, tampoco encuadran en los supuestos exigidos por la disposición, en tanto no se trata de nuevos antecedentes ni de datos que permitan calificar la obligación de enajenación como contraria a la libre competencia.

Con lo anterior, más allá del reproche que pueda merecer de parte de SMU la forma de término que el TDLC dio a la solicitud voluntaria, al estimar que había desaparecido el interés que justificaba la pretensión - cosa con la cual estos sentenciadores no concuerdan, toda vez que se solicitaba el aumento del plazo para el cumplimiento de una condición que, posteriormente fue sancionada, entre otras cosas, por no haber sido satisfecha dentro de plazo - de concretar aquello un vicio, éste no tendría influencia alguna en lo dispositivo, al no configurarse, según lo expuesto, razones suficientes para



0133421962221

acceder a la petición de aumentar el plazo de cumplimiento ni menos de dejar sin efecto la condición tercera.

Vigésimo Quinto: Que, en este escenario, el incumplimiento de SMU en relación a la condición tercera se evidencia como culpable, habiendo materializado los riesgos a la libre competencia que se quisieron evitar. En efecto, se buscaba asegurar la independencia de SMU y Monserrat en los procesos de toma de decisiones, cosa que no se verificó al mantener la primera una participación en la segunda que, como ya se ha señalado, le permitía ser parte de los acuerdos relacionados con estrategias competitivas o, a lo menos, acceder a dicha información, la cual resultaba relevante, a su vez, para las decisiones que SMU tomaría en relación a sus propios locales.

De esta forma, se consolidó la afectación a la libre competencia que fundó la imposición de la condición.

III.- En cuanto a la condición segunda.

Vigésimo Sexto: Que la condición segunda impuesta por la resolución N°43/2012 dispone que *"En tanto no se complete la enajenación de locales indicados en las letras a) a r) del numeral 1 de la Condición Primera, SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán:*

1) Mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que



0133421962221

presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere;

2) Acordar condiciones y precios con los proveedores locales de los supermercados ubicados en dichas localidades que no sean menos favorables que las acordadas con proveedores de productos equivalentes para los locales ubicados en la capital regional más cercana, ajustados por los costos de flete en los casos en que ello correspondiere”, habiéndose reprochado por la FNE el incumplimiento de la primera parte, esencialmente por dos motivos:

i) que SMU no habría utilizado en los locales a desinvertir los precios de los establecimientos de la misma cadena ubicados en las localidades que se indicó como referentes de precio, sino que habría comparado sus precios con los cobrados por un competidor.

ii) que la empresa tampoco equiparó sus precios con los cobrados en la localidad de referencia por el competidor informado, ya que se detectaron diferencias de precios de entre 10% y 47% por sobre el precio de comparación.

Vigésimo Séptimo: Que respecto de esta condición, SMU reconoció en su contestación que implementó un plan de mitigación voluntario que tenía por objeto resguardar a los consumidores de las localidades concentradas antes de la



0133421962221

desinversión. Este plan contemplaba que en cada localidad se designó como referente a la capital regional más cercana y se efectuó una medición semanal de la evolución de los precios de un local de la cadena de la competencia emplazado en dicha comuna referente, los que se aplicaron a los locales de SMU. Para ello, utilizando como fuente la información de los precios promedio semanales entregados por la investigadora de mercado Nielsen, se crearon *clusters* o listas de precios a las cuales fueron asignados la totalidad de los establecimientos SMU. En este sentido, no se usó un parámetro precio a precio, sino uno por canasta.

Explica SMU que las razones de hacerlo de esa forma fue el resguardo de la buena fe, transparencia e independencia, evitando así que la empresa tuviera incentivos para elevar los precios en los locales de referencia - si se consideraban como comparativos locales propios - y así permitir mayores precios en los locales que se debían enajenar. Ello, considerando también que la condición no dispuso que las referencias debieran ser de SMU y de existir eventuales diferencias, ellas se podrían explicar por la existencia de promociones en alguno de los locales, lo que no podía advertirse de la información entregada por la investigadora de mercado.



0133421962221

Vigésimo Octavo: Que corresponde, por tanto, evaluar si la metodología de cumplimiento reconocida por SMU se ajusta o no a los términos de la condición segunda, para lo cual resulta indispensable atender a la finalidad que se tuvo a la vista al momento de imponer la condición.

En efecto, debe considerarse que la medida de desinversión que se establece en la condición primera - estrechamente vinculada con la condición segunda - tiene que ver con que, producto de la fusión, se generó un aumento de la participación que SMU tendría en el mercado supermercadista de ciertas localidades, la cual generaría condiciones no competitivas. Es por ello que se dispuso que en estos sectores la empresa debía desinvertir, por cuanto sólo de esa forma se lograría la entrada de un nuevo competidor y, por tanto, el restablecimiento de la competencia.

Lo anterior motivó que, en el tiempo que media entre la sentencia y la enajenación de los locales, se dispusiera que SMU debía equiparar sus precios a aquellos fijados en localidades que sí mantuvieran condiciones competitivas suficientes.

Vigésimo Noveno: Que, resultando efectivo que la redacción de la condición no indica específicamente cuáles eran los locales con los cuales debía SMU equiparar sus precios, tampoco resulta procedente que la condición sea



0133421962221

interpretada en términos de entregar su forma de cumplimiento a la discrecionalidad de la empresa sancionada. En efecto, entiende esta Corte que, al tenor del cuerpo de la resolución N°43/2012 no podía SMU sino comparar los precios de los locales a desinvertir con los de sus propios locales ubicados en sectores geográficos competitivos. Es así como la señalada sentencia, en su acápite 14.10 dispone que la desinversión tiene por objeto principalmente evitar los riesgos de acciones unilaterales por parte de la firma fusionada, principalmente en orden a la modificación de los precios en aquellas localidades que dejaron de ser competitivas luego de perfeccionada la fusión. Lo anterior debe concordarse también con la política de fijación de precios reconocida por la empresa, esto es, la formación de grupos de locales o *clusters* con aquellos que reúnen características geográficas comunes, de manera que bastaba que los locales a desinvertir fueran incorporados al *cluster* respectivo para así cumplir con la equiparación de precios.

Sólo esta manera de cumplir con la condición segunda - esto es, equipararse con locales propios - aseguraba la satisfacción de los fines con miras a los cuales se impuso la obligación, en tanto se trata de una modalidad que no se vería afectada por condiciones específicas de locales de la competencia (por ejemplo, situación geográfica, enfoque de



0133421962221

mercado, estructura de costos y otras) que, por lo demás, probablemente resultan del todo desconocidas por SMU.

Trigésimo: Que, en cuanto a la metodología utilizada, esto es, el sistema de canastas de productos, existen varios reproches que se pueden formular a esta modalidad por la cual se intentó hacer la equiparación ordenada.

Por una parte y derivado de lo ya razonado en el considerando precedente, cada cadena de supermercados tiene características distintas, no sólo en el orden de ubicación, distribución física, almacenamiento, transportes y otros que determinan los costos operativos finales que, sin duda, inciden en su política de fijación de precios, sino que también existen diferencias en lo relativo a las marcas y los formatos de los productos que se deciden vender. Lo anterior es tácitamente reconocido por SMU, en tanto manifiesta en la contestación del requerimiento que es efectivo que en esta política de equiparación de precios por canasta se verificaron diferencias, las que justifica en eventuales promociones existentes ya sea en el local a equiparar o en el de referencia, circunstancia que, estima esta Corte, resulta desde ya inadmisibles si lo que se buscaba era que en los locales a desinvertir se verificaran condiciones de competencia homologables a aquellos que se ubicaban en localidades donde la fusión no había tenido efectos perniciosos.



0133421962221

Por otro lado, siguiendo en el orden de ideas anterior, no todos los productos de la canasta a comparar podían ser encontrados en los locales de la competencia. En efecto, según lo comprueba el voto disidente de la sentencia en alzada, análisis compartido por esta Corte, en un promedio del 34% de los productos no pudo ser cumplida esta equiparación de precios al no existir un artículo comparable comercializado por la competencia. Ello llevó a que en ese porcentaje los precios fueran fijados discrecionalmente por SMU lo que, nuevamente, se aleja del fin perseguido con la condición propuesta.

Trigésimo Primero: Que, finalmente, reconoce SMU que la metodología utilizada se construía sobre la base de la información de precios entregada por una empresa investigadora de mercado, que era recibida con un rezago de dos semanas, lo que forma parte de las dificultades metodológicas de que adolecía esta modalidad de equiparación y que son reconocidas por la sentencia, motivando cierto margen de error admitido por los sentenciadores.

Sin embargo, este "margen de error" tolerado por la sentencia no es sino un porcentaje de incumplimiento de la condición impuesta. En efecto, se planteó que la equiparación podía llegar desde un 97% hasta un 103%, de manera que el razonamiento del fallo recurrido trae como



0133421962221

consecuencia que SMU pudiera cobrar precios incluso un 3% más caros que aquellos fijados en la localidad más cercana que tenga condiciones competitivas y aun así estimarse cumplida la condición bajo ese criterio. Por otro lado, no puede perderse de vista que ello tiene en consideración los precios promedio de la canasta, de manera que permite, por ejemplo, la existencia de precios supra competitivos en productos determinados sin alterar el análisis.

Trigésimo Segundo: Que, todo lo anterior, en concepto de esta Corte no permite tener por cumplida la condición segunda con la modalidad utilizada por SMU, toda vez que ella adoleció de defectos que implicaron, en la práctica, una imposibilidad de equiparación de los precios y ámbitos de discrecionalidad inadmisibles a la luz de las finalidades que se tuvieron en vista al momento de establecer la obligación.

De esta forma, resulta acreditado, por una parte, el incumplimiento de la condición segunda y, por otro, la culpabilidad de la empresa, en tanto todas las circunstancias anteriores que configuran la infracción son reconocidas por ella en sus presentaciones de la causa, de lo que se desprende que estaba en conocimiento de que la modalidad utilizada, finalmente, no satisfizo los objetivos que se buscaba lograr.



0133421962221

IV.- En cuanto a la determinación de las sanciones.

Trigésimo Tercero: Que, en sus reclamos, ninguna de las partes ha discutido acerca de la naturaleza de las sanciones aplicadas. En efecto, la reclamación de SMU pide derechamente se la exima de las multas o se reduzca su monto, en tanto la FNE solicita se imponga una multa por la infracción a la condición segunda y se aumenten las impuestas en el marco de las condiciones primera y tercera.

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 personas cometan ilícitos"* (CS Rol 982-2012 considerando sexto).

En este orden de ideas, se coincide con el criterio formulado por la sentencia en alzada en orden a que, entre las sanciones contempladas en el artículo 26 del Decreto Ley N°211, la multa resulta la más adocuada frente al escenario actual, esto es, encontrándose ya transcurrido el plazo de vigencia de las condiciones y enajenados los activos cuya mantención por parte de SMU era lo que



0133421962221

constituía amenaza a la libre competencia y en miras a lo cual se impusieron las condiciones cuyo incumplimiento se denuncia.

Trigésimo Cuarto: Que, frente a la multa, esta Corte ya ha señalado en otras oportunidades que al regular su monto corresponde hacer un análisis de manera tal que ella implique un costo superior al beneficio obtenido con la infracción. En efecto, las consecuencias de omitir este análisis son doblemente perniciosas por cuanto, por un lado, se incentiva la comisión de infracciones, toda vez que, aun pagando la multa se seguiría obteniendo ganancias producto de actos atentatorios contra la libre competencia y, por otro, permitiría a las empresas realizar un examen *ex ante* en relación a la conveniencia o no de infringir la normativa, todo lo cual resulta improcedente a la luz del bien jurídico protegido por la legislación en examen.

Lo expuesto coincide con lo que razona el artículo 26 letra c) del Decreto Ley N°211, que dispone que uno de los parámetros a considerar en la determinación de las multas está constituido por el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

Trigésimo Quinto: Que, entrando al caso concreto, desde ya debe señalarse que las condiciones primera y segunda se encuentran íntimamente relacionadas. En efecto, la condición primera ordena a SMU desinvertir en una serie



0133421962221

de locales, dentro del término de 8 meses contados desde la fecha de ejecutoria de la resolución, mientras que la condición segunda regula dicho intertanto, estableciendo la forma en que debían operar los locales durante el tiempo intermedio para así evitar la materialización de atentados a la libre competencia en ese término de 8 meses.

De lo anterior aparece que los parámetros de cálculo de las multas a imponer por la infracción de cada una de estas condiciones son los mismos, en tanto la utilidad obtenida con el incumplimiento en ambos casos se identifica con las ganancias de los locales cuya propiedad se mantuvo, por el término que duró la infracción.

En este sentido, resulta efectivo lo señalado por SMU en cuanto a que que la multa sólo se puede referir al plazo de incumplimiento, pero no se observa cuál es el reproche a este respecto, toda vez que el cálculo realizado por la sentencia recurrida justamente pretende llegar a una base que represente las ganancias obtenidas por la empresa entre el 9 de junio y el 31 de julio del año 2014, cosa que se hizo sobre el promedio de las ventas en los últimos 3 años, cómputo con el cual coincide esta Corte al no contarse con otros antecedentes que den cuenta específicamente de los ingresos obtenidos por los locales en cuestión. De esta forma, se obtiene entonces una aproximación a lo que debe



0133421962221

constituir la base de cálculo de las multas a imponer para el incumplimiento de las condiciones primera y segunda.

Mismo razonamiento corresponde hacer en relación a la condición tercera, en tanto la infracción permitió que SMU siguiera obteniendo ganancias derivadas de su 40% de participación en Monserrat, las que se extendieron por el periodo que va entre el 9 de junio y el 19 de diciembre del año 2014, cantidad a la que se aproxima el monto fijado por la sentencia recurrida, cuya determinación se sustenta en los estados financieros de Monserrat, acompañados en autos.

Trigésimo Sexto: Que, con lo anterior, cabe reiterar que las circunstancias que SMU alega como eximentes de responsabilidad y que los sentenciadores toman en cuenta al momento de evaluar las multas, a juicio de esta Corte no pueden ser consideradas. Es así como para la fijación de la multa relativa a la condición primera se hace a la luz de las características de los activos, la exigencia de enajenación como unidad económica y la restricción en cuanto a la participación de mercado de los compradores; para la condición tercera se detallan también las que se denominan "dificultades objetivas enfrentadas por SMU para cumplir", constituidas por el hecho de tratarse de un paquete accionario minoritario, la ausencia de un pacto de accionistas y la baja rentabilidad de la participación social de SMU en Monserrat. Todas estas circunstancias ya



0133421962221

fueron objeto de debate en el marco de la reclamación deducida por SMU y otros actores en contra de la Resolución N°43/2012, habiéndose ya establecido que la forma y circunstancias en que debía verificarse el cumplimiento eran las adecuadas, de manera que no resulta procedente renovar dicha discusión ni tampoco considerar en esta sede las eventuales dificultades como atenuantes de la responsabilidad por el incumplimiento.

Trigésimo Séptimo: Que, en este escenario, sólo cabe remitirse a las circunstancias que el ya citado artículo 26 letra c) ordena considerar al momento de determinar las multas, esto es, el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía Nacional Económica antes o durante la investigación.

Trigésimo Octavo: Que de inmediato procede descartar la reincidencia como factor de agravamiento, en tanto ella no fue discutida por las partes ni tampoco alegada por la Fiscalía Nacional Económica.

En cuanto a la gravedad de la conducta, estima esta Corte que las tres infracciones son igualmente graves, en tanto todas ellas fueron impuestas por la misma resolución judicial, en miras a proteger idéntico bien jurídico. En efecto, las condiciones iban todas dirigidas a evitar que



0133421962221

la fusión en estudio produjera alteraciones en el mercado que atentaran contra las normas de la libre competencia y es así como en la parte decisoria de la Resolución 43/2012 se señala que la fusión "se ajusta a las normas del Decreto Ley N°211 siempre que cumpla con las siguientes condiciones (...)" de manera que la infracción de cualquiera de ellas materializa el daño que, en distintos ámbitos, se quiso evitar.

Respecto de la colaboración prestada durante el proceso, no es posible perder de vista que la Resolución N°43/2012 fue fruto de la consulta de una fusión ya materializada de forma tal que, si bien es efectivo que la empresa evacuó todos los requerimientos de información que le hiciera la FNE, corresponde efectivamente que soporte las consecuencias gravosas que derivan de su opción.

Por otro lado, tampoco es posible soslayar que resultan ciertas las circunstancias alegadas por la FNE en relación a la colaboración de SMU durante el presente proceso, como por ejemplo, el hecho que en febrero del año 2014 se informó que, respecto de la desinversión ordenada en la condición primera, de no prosperar las negociaciones con uno de los interesados, durante el mes de marzo se tomaría en consideración la realización de un proceso de licitación formal, mientras que, en absolución de



0133421962221

posiciones el gerente general de la empresa negó la posibilidad de dicho proceso.

Trigésimo Noveno: Que, finalmente, queda entonces el análisis del beneficio económico obtenido.

En cuanto a esta materia, reprocha la recurrente que su cálculo se haya realizado sobre la base del EBITDA (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*, esto es, las ganancias brutas, previa deducción de los intereses, impuestos, depreciación y amortizaciones), tanto de los locales ordenados desinvertir como de la sociedad cuyas acciones se omitió transferir. Sin embargo, más allá de las críticas que pueda formular la recurrente en relación a la aptitud de este índice para determinar el real beneficio económico obtenido por la infractora producto de los incumplimientos denunciados, no puede olvidarse que su utilización sólo tendía a determinar si dicho beneficio era o no superior a las multas que se pretendía imponer. En otras palabras, el EBITDA no constituyó un parámetro que condujera al aumento o disminución de la sanción pecuniaria, sino sólo a un comparativo que permitió demostrar que la multa a imponer cumplía con las finalidades ya expuestas en los considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto precedentes.



0133421962221

De lo anterior se desprende que las alegaciones de SMU relativas a este tema, relacionadas con el hecho de haber obtenido pérdidas en el cumplimiento de las condiciones, tampoco tienen influencia alguna por cuanto, de haber sido efectivas dichas pérdidas, con mayor razón el monto de las multas impuestas resultará superior al beneficio económico obtenido con la infracción.

Cuadragésimo: Que, finalmente, considera esta Corte que corresponde tomar en cuenta que durante el curso del procedimiento SMU cumplió con las condiciones impuestas. Dicho cumplimiento tardío, en concepto de estos sentenciadores, lleva a no aumentar las multas impuestas por la infracción de las condiciones primera y tercera, estimando que su monto representa un reproche que se ajusta a la gravedad de las infracciones cometidas y al hecho que, a esta fecha, se encuentran ellas cumplidas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 3, 18, 19 y 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se declara que:

I.- Se **rechaza** la reclamación deducida por SMJ S.A. a fojas 2607 en contra de la sentencia N° 147/2015 de nueve de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 2505 del Tomo VIII de estos autos.



0133421962221

II.- Se **acoge** la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2672 en contra de la misma sentencia, sólo en cuanto se impone a la empresa SMU S.A. una multa a beneficio fiscal de 508 Unidades Tributarias Anuales, por el incumplimiento de la condición segunda, que le fuera impuesta a través de la Resolución N°43/2012, de doce de diciembre del año 2012.

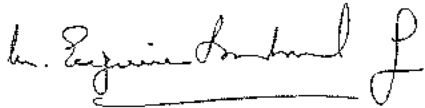
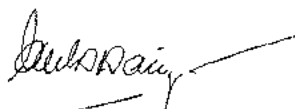
Acordada la decisión de acoger la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica, con el voto en contra de la Ministra señora Egnem, quien estuvo por desestimarla, en virtud de los fundamentos expresados en la sentencia que se revisa.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Aránguiz.

Rol N° 821-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por haber cesado en sus funciones y la Ministra señora Egnem por estar con feriado legal. Santiago, 14 de septiembre de 2016.



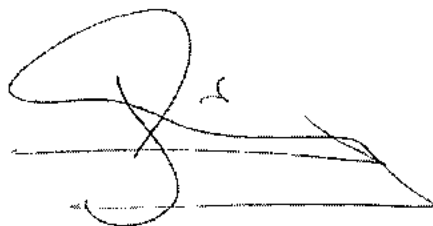
0133421962221

Handwritten signature

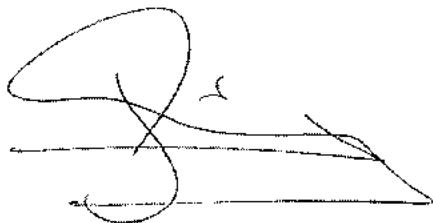


0133421962221

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a surname, written over two horizontal lines.

En Santiago, a catorce de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

A handwritten signature in black ink, identical to the one above, written over two horizontal lines.

0133421962221