



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento en contra de Santa Isabel S.A. **EN**

OTROSÍ: Acompaña documentos y solicita reserva.

H. COMISION RESOLUTIVA

PEDRO MATTAR PORCILE, FISCAL NACIONAL ECONOMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 12, Santiago, a la H. Comisión Resolutiva con respeto digo:

Que, en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 27, letras b) y c), del D.L. N° 211, y conforme a lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, letra f) y 17, letra a), N° 4, del mismo cuerpo legal, formulo requerimiento en contra de Santa Isabel S.A., representada por don Pablo Castillo Prado, ambos domiciliados en Avda. Apoquindo N° 3066, Santiago, a fin de que esa H. Comisión Resolutiva declare que los hechos, actos y convenciones que la requerida propuso y pretendió imponer a través de carta de 7 de agosto de 2003, enviada a los proveedores de su cadena de supermercados, tendieron a impedir la libre competencia y que, por tal razón, imponga a la requerida las sanciones correspondientes.

Los siguientes son los fundamentos de hecho y de derecho del presente requerimiento:

I. Antecedentes:

El 7 de agosto de 2003, don Pablo Castillo Prado, Gerente de Administración y Finanzas de Santa Isabel S.A., envió una carta a los proveedores de la cadena de supermercados de dicha empresa expresando lo que se indica a continuación:

1. Que con fecha 31 de julio de 2003, Cencosud S.A. ha tomado el control accionario de Santa Isabel S.A., con lo cual Cencosud ha pasado a administrar

en forma conjunta las cadenas Jumbo y Santa Isabel, que representan aproximadamente un 20% del mercado.

La intención, al inicio de esta nueva etapa, es regularizar todas las cuentas y saldos con los proveedores de Santa Isabel S.A. y terminar el problema de saldos de facturas vencidas y no pagadas por Santa Isabel S.A.

2. Que para hacer frente a esta situación y hacer viable a la empresa "nos vemos en la necesidad de solicitarle un aporte financiero equivalente al 5% del monto correspondiente a las recepciones de mercaderías en Santa Isabel S.A. en el período comprendido entre el 1 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2003."

3. Que el 14 de agosto de 2003, Santa Isabel S.A. pagará el 70% del valor de las facturas vencidas, por mercaderías recibidas hasta el 31 de julio; y que el 70% del valor de las facturas vigentes a dicha fecha, por mercaderías recibidas hasta el 31 de julio de 2003, se pagará en las fechas de pago que correspondan al vencimiento de cada factura.

4. Los montos retenidos, en virtud de lo señalado en el número precedente, se utilizarán por Santa Isabel S.A. como abono, a cuenta del aporte financiero mencionado anteriormente.

En los días siguientes a la fecha de la referida carta, la prensa publicó profusamente noticias que contenían expresiones de preocupación y reacciones adversas provenientes de la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras y de proveedores individuales. Algunas de dichas informaciones consignan que la medida adoptada por Santa Isabel tendría sustento en el poder de mercado que detentan las cadenas Jumbo-Santa Isabel unidas, pudiendo, por lo tanto, estarse en presencia de una situación de abuso.

II. Investigación de la Fiscalía Nacional Económica:

1. Oficiada por esta Fiscalía, la requerida Santa Isabel S.A. informó lo siguiente:

03
/

Que la toma de control, por parte de Cencosud, se perfeccionó el 31 de julio 2003 y que, dado el cuantioso saldo pendiente de Santa Isabel con sus proveedores, la nueva administración comenzó a verificar el estado de situación de todas las cuentas, comprobando que, a la fecha, se mantenía aproximadamente \$ 22.000 millones (US\$ 31,4 millones) en facturas impagas (vencidas), equivalente al 17% de las compras anuales a proveedores. El saldo vigente ascendía a otros \$ 21.500 millones de pesos.

Que tal verificación obedeció a que, en febrero de 2003, la anterior controladora de Santa Isabel, la multinacional Ahold, ordenó auditorías generales a todas sus filiales, lo cual incidió en que la auditora externa de Santa Isabel no emitiera Informe sobre los balances a diciembre de 2002, fundada en la imposibilidad de determinar contablemente los saldos de pagos que la empresa tenía con sus proveedores. La nueva administración de Santa Isabel comprobó, entonces, un aumento del volumen histórico de su deuda con los proveedores, sin que ninguno de éstos hubiese interrumpido el despacho de mercadería, no obstante la mora en el pago de sus facturas.

Que esta actitud de los proveedores fue interpretada por la nueva administración en el sentido que las deudas habían aumentado por cuenta y riesgo de los proveedores, quienes conociendo la situación de la empresa y afrontando conscientemente la eventualidad de convertirse en acreedores valistas, sin privilegio ni garantía alguna del pago de las sumas adeudadas, no suspendieron sus despachos. La nueva administración considera que esta continuidad y la espera en el pago de sus acreencias fue aceptada por los proveedores debido a la confianza que les inspiraba quien sería el nuevo controlador (ya que, a esas alturas, el interés y la gestiones de Cencosud al respecto eran públicamente conocidos).

Que la deuda con los proveedores ascendía, aproximadamente, a \$43.500 millones de pesos (US\$ 62 millones), en circunstancia que una deuda normal habría alcanzado a menos de la mitad de esa cifra y que, desde luego,

05

A continuación se expone una síntesis de las principales características de las políticas comerciales comunes aplicadas por Santa Isabel S.A. y Cencosud S.A.:

- a. Descuentos especiales respecto de los precios de lista, según proveedor, rubro y producto;
- b. "Tasas de inversión fijas" (léanse "pagos") del proveedor en función de la compra asociada a: publicidad y promociones, 3%; compras centralizadas, 2%; y volumen de compra;
- c. Premios por logro de determinados volúmenes de compra (escala de crecimiento);
- d. Exhibición adicional de productos en las cabeceras de los pasillos (entre UF10 y UF 30 según ubicación, tamaño, local y tiempo pactados);
- e. Descuentos (léase "cobro") por entrega de la mercadería en el centro de acopio de la empresa, correspondiente al menor gasto "operacional del proveedor al no tener que despachar mercadería a cada local del supermercado";
- f. Devolución "de mercadería mermada por deterioro o vencimiento, para lo cual se calcula un porcentaje de las compras", que puede variar entre 0,5% y 2%; esto es "una parte del ahorro que logra el proveedor por la simplificación de sus procedimientos operacionales (mecanismos de control interno, transporte de retorno, etc)";
- g. Participación en promociones o catálogos;
- h. "Administración de categorías, diferencias de precios, etc".
- i. Plazos de pago. Al respecto Santa Isabel proporciona información cabal, si bien no especifica rubro comercial ni otros criterios. Cabe señalar a este respecto que la propia empresa ha acompañado correspondencia de proveedores que protestan porque los plazos efectivos de pago son muy superiores a los que la empresa indica formalmente.

06

III. Mercado relevante, su estructura y prácticas comerciales:

1. **Mercado relevante:** Determinado el mercado relevante como el mercado de la compraventa de productos de los supermercados a los proveedores, la participación en él de las cadenas de Supermercados Jumbo y Santa Isabel unidas (20 % del mercado nacional), constituye un poder efectivo que, objetivamente, puede afectar la libertad de decisión económica de los proveedores. Es evidente que, para decidir sobre la propuesta del 7 de julio de 2003, formulada por Santa Isabel S.A., dicho poder actuó como elemento de presión sobre aquéllos, especialmente los más pequeños, dado que para éstos los supermercados constituyen el canal por excelencia y casi exclusivo de comercialización de sus productos.

2. **Estructura:** La creciente concentración industrial que se viene observando en el mercado de la venta minorista, especialmente, en supermercados, se caracteriza, esencialmente, por la asimetría de poderes de negociación entre dichos grandes establecimientos comerciales de venta minorista y sus proveedores, fenómeno que se denomina "poder de compra".

Este "poder de compra", basado en la dependencia asimétrica de una parte (proveedor) respecto de la otra (supermercado), naturalmente se asocia con una serie de prácticas comerciales cuyos efectos y consecuencias sobre los proveedores son notorios, especialmente respecto de aquellos de menor tamaño y poder de negociación. Dichas prácticas lesionan la competitividad de los proveedores e introducen distorsiones en la competencia en el mercado.

3. **Barreras a la entrada y salida de los proveedores al mercado:** Estudios de esta Fiscalía han detectado barreras de entrada y de salida al mercado, que afectan a los proveedores y los mantienen cautivos de aquellos supermercados que abastecen en forma habitual. Entre tales barreras a la entrada se cuentan las siguientes:

- 07
- a. Significativa necesidad de inversión inicial y permanente en bienes de capital y activos fijos, tecnología especializada y una cadena eficiente de distribución (Por ejemplo, respecto de las bebidas alcohólicas y alimentos no perecibles).
 - b. Cuantioso capital de trabajo y tecnología; alto costo de distribución en los productos. (Por ejemplo, respecto a los alimentos perecibles).
 - c. Necesidad de canal propio de distribución (en la medida en que se trata de productos de consumo masivo); de no haberlo, se requiere gran capital de trabajo para lograr una buena penetración de mercado (Por ejemplo, las bebidas no alcohólicas).
 - d. importante diferenciación del producto, alta inversión inicial y tecnologías específicas (Por ejemplo, confitería).
 - e. Trámites de acreditación del buen nombre y credibilidad comercial impuestos por los propios supermercados a sus proveedores.

Las barreras a la salida, por su parte, provienen de la especificidad y cuantía de las inversiones de capital requeridas por los rubros de provisión a supermercados. En muchos casos, la mantención de dichas inversiones genera una barrera a la salida, en la medida que el valor de liquidación difiere del precio de mercado de los bienes de capital, si es que hay mercado secundario, o de liquidación, para ellos.

A éstas se añaden las exigencias que los supermercados formulan sobre el desarrollo de una cantidad de características específicas para los productos vendidos en su cadena de distribución, tales como envase, rotulación, procedencia, fecha de elaboración, etc. Esto último constituye, a su vez, una barrera a la salida, porque genera una alta dependencia respecto del cliente que ha especificado determinadas características para el producto, pues se vuelve difícil comercializarlo a través de otras vías.

03

4. Prácticas comerciales: Los proveedores, en su mayoría, elaboran y venden productos que enfrentan la competencia directa y la de sustitutos cercanos. Por esta razón, los supermercados, en ejercicio del poder de compra que detentan, están en condiciones de incurrir en abusos en las negociaciones con ellos, especialmente los más pequeños, lo que da lugar al surgimiento de las prácticas comerciales mencionadas.

Entre las prácticas comerciales facilitadas por el poder de compra de los supermercados destacan los requerimientos de aportes por distintos conceptos; la devolución de mercaderías no vendidas; los pagos, descuentos u otras concesiones exigidas a los proveedores, para una mejor ubicación de sus productos en el recinto, por compensación de riesgos, por promociones de productos propios o ajenos, etc.. A veces, las compensaciones se exigen ex post, cuando los beneficios del supermercadista en la venta de un producto son menores a los esperados.

Aun cuando dichas prácticas han de ser analizadas en su contexto y según la manera concreta en que ellas se realizan, es exigible como principio destinado a evitar abusos de quienes detentan poder de compra en el mercado, a lo menos, advertir previamente a los proveedores la introducción de cambios en dichas prácticas, con antelación a la entrega del producto.

En este caso concreto, cuando Concesud inició las negociaciones para adquirir Santa Isabel S.A. debió advertir anticipadamente a los proveedores sobre su intención de actuar del modo que lo hizo, de manera que ellos pudieran elegir entre abstenerse de seguir atendiendo pedidos o aceptar las nuevas condiciones.

Sin embargo, **actuando de una manera inédita, que supera todo límite conocido, Santa Isabel S.A. ha impuesto unilateral y retroactivamente una modificación sustancial en todos los contratos ya perfeccionados con sus proveedores, no obstante haber éstos cumplido como vendedores sus obligaciones de entregar y facturar (con pago de impuesto), al precio convenido, las mercaderías compradas por dicho**

001

supermercado, que éste ya vendió a consumidores finales en el año anterior al establecimiento de esta práctica. Además de no compensar el atraso en los pagos de dichos productos, se suma la anomalía de exigir, Santa Isabel S.A., a estos proveedores un aporte financiero importante, que no tiene contraprestación alguna por parte de la requerida, es decir, que carece de causa económica y jurídica.

5. Los supermercados equivalen a una instalación esencial: En la actualidad, los supermercados constituyen una cadena de distribución esencial para los proveedores. Según investigaciones de esta Fiscalía, los proveedores de los supermercados, en conjunto, venden a éstos una cifra del orden del 60% de sus productos. En algunos rubros, tales como alimentos, dicha cifra alcanza al 70%; en aseo del hogar, 68% y perfumería y aseo personal, 50%.

La dependencia de los proveedores respecto a las cadenas de supermercados, como principal agente comprador, es tal que, en el año 2000, un 43,8% de sus ventas correspondieron a supermercados, en tanto que para el año 2001 dicha cifra fue de un 45,7. Más de las tres cuartas partes de esas ventas se hacía a las cadenas D&S y Santa Isabel en conjunto.

Las circunstancias que rodearon el envío de la carta que originó esta investigación se agravan por el hecho de haberse constituido los supermercados en los espacios por excelencia que ocupan los proveedores para desarrollar su actividad e, incluso, para poder llegar con sus productos a los consumidores finales. En el caso de los pequeños y medianos proveedores, dichos espacios resultan vitales, por carecer éstos, generalmente, de la alternativa de contar con un sistema de distribución propio. Todo lo anterior, se ve reforzado por el hecho que el sistema de venta a público, a través de supermercados, es ya un sistema consolidado, común y habitual de la población, de modo que en los barrios y zonas de las ciudades no se puede prescindir, por las personas, de tal sistema, equivaliendo, en consecuencia, estos centros de venta a una instalación esencial para los proveedores, pues

es en estos lugares donde sus productos se colocan a disposición de los consumidores finales.

VI. Abuso de poder de mercado de la requerida:

Es evidente que Jumbo-Santa Isabel ostenta poder de mercado en sus relaciones verticales con sus proveedores, aún cuando no lo tenga con los demás hipermercados, mercado horizontal donde, como se advierte en el cuadro N° 1, que se adjunta, ha logrado el segundo mayor poder de mercado:

VII. Atentado a la libre competencia:

1. Ejerciendo abusivamente su poder de mercado en las relaciones verticales con sus proveedores, que en su mayoría son PYMEs y/o personas naturales, de modo que su tamaño relativo es muy disímil entre sí, como lo es también su poder de negociación, menoscabado además por su atomización, la requerida ha incursionado en un evidente atentado a la libre competencia.

La prueba más contundente es que la proposición de Santa Isabel S.A. fuera hecha después de su integración al grupo Cencosud, conformando un todo con Jumbo, y acrecentando su poder de mercado. Además, en su carta, Santa Isabel S.A. advierte a sus proveedores que "Cencosud ha pasado a administrar en forma conjunta las cadenas Jumbo y Santa Isabel, que representan aproximadamente un 20% del mercado", lo que constituye claramente una manifestación de este poder de mercado que la requerida pretende ejercer en contra de sus proveedores.

A mayor abundamiento, dicha proposición tuvo carácter expoliatorio, toda vez que se refería a compras ya efectuadas a los proveedores; es evidente que esta forma de alterar acuerdos ya perfeccionados supone ejercer abusivamente una posición de fuerza.

11

En suma, lo que se objeta a Santa Isabel en estos autos es el abuso de poder de mercado, cuya rectificación, por la parte, no alcanza a resolver por sí sola la ilegítima actitud denunciada y requiere por tanto, un especial pronunciamiento de la institucionalidad antimonopolio.

2. Por otra parte, el contenido de la carta de Santa Isabel S.A. a sus proveedores también configura la imposición de precios arbitrarios a los productos que ya habían sido adquiridos, bajo condiciones de mercado, por dicha empresa a sus proveedores, alterando unilateralmente las condiciones de contratos que ya habían sido cumplidos, en algunos casos, por ambas partes, y en otros, sólo por los proveedores, por cuanto Santa Isabel ha retardado los pagos de las facturas, según lo reconoce en su carta. Este arbitrio altera la formación de los precios fijados por el libre juego de la oferta y la demanda, lo que a todas luces constituye una grave infracción a las normas de defensa de la libre competencia.

VIII. Conclusión :

Recurrentes problemas que se producen entre los proveedores y los supermercados se originan en prácticas de éstos relacionadas con el poder oligopsónico que ostentan. Con la absorción de Santa Isabel por parte de Jumbo, este poder se acrecienta y, objetivamente, los proveedores se verán en una posición más desventajosa para negociar las condiciones de venta de sus productos. Luego de esta integración, operarán dos cadenas (Cencosud y D&S) que, en conjunto, controlarán la mitad del mercado, lo cual puede dar pie a presiones indebidas a los proveedores, que no pueden darse el lujo de perder como cliente a ninguna de las dos.

Tan evidente es esta situación de dependencia, que en los pocos días que los proveedores tuvieron para reaccionar a la carta de Santa Isabel, de fecha 7 de agosto, ya habían respondido 105 de ellos, es decir, el 13%, como se observa en el cuadro N° 2, que se adjunta. Entre éstos, siete de cada diez

aceptan o están dispuestos a negociar una propuesta que, evidentemente, les causa un perjuicio; y entre quienes minoritariamente la rechazan, se encuentran grandes empresas, que, por sí mismas, a su turno, también tienen poder de negociación. Se sigue de ello que quienes se atrevieron a negarse son, en su mayoría, los que cuentan con poder de negociación; qué duda cabe de que el resto aceptó explícita o tácitamente la proposición por temor a ser marginados por el supermercado, o coercionados de otra manera.

El cuadro N°3, que relaciona la deuda de Santa Isabel con los proveedores, según el tipo de respuesta a su proposición, evidencia que las acreencias totales de los 33 proveedores que rechazaron la propuesta de Santa Isabel alcanzan un valor casi 30 veces mayor que las de los 56 proveedores que la aceptaron; y 16 veces mayor que la deuda total conjunta de los proveedores que responden aprobando la propuesta o haciendo una contrapropuesta. Este cuadro confirma que quienes no aprueban la propuesta son las empresas abastecedoras más grandes, con un poder de negociación muy superior al de las medianas y pequeñas, que no tienen más alternativa que ceder a las presiones del supermercado.

Ahora bien, apreciada la conducta de Santa Isabel S.A. en el contexto de las políticas comerciales para con sus proveedores, este intento de abusivo ejercicio del poder de mercado, es aún más reprochable.

En efecto, es inaceptable que la propuesta de Santa Isabel se funde en sus propias falencias financieras y persiga lograr el financiamiento de su deuda.

No parece verosímil que Cencosud no haya conocido el estado contable-financiero en que se encontraba la empresa (cuentas impagas, facturas vencidas, etc.) a la hora de determinar su valor. Confirma lo anterior la consistencia entre las cifras citadas en la respuesta de Santa Isabel y las que con anticipación manejaba la prensa.

Santa Isabel pudo recurrir, para financiarse, a las vías habituales bancarias o financieras, o bien, hacer un incremento de capital.

La abusiva "propuesta" de la empresa a sus proveedores configura un abuso de poder de mercado, en perjuicio éstos, la inmensa mayoría de los cuales son pequeños y están atomizados.

Pese a las explicaciones dadas por la requerida, la forma en que pretendió lograr aquel financiamiento es injustificable desde el punto de vista financiero. La figura que describe el caso es la de abuso de poder en el mercado relevante, esto es, el de sus proveedores.

De haberse consumado, el referido abuso habría resultado un perjuicio para la competencia en dicho mercado y una concentración del mismo. En otras palabras, si las exigencias de Cencosud-Santa Isabel hubieran llegado a su término, consumándose el abuso, o si se hubiesen vuelto a producir en alguna otra forma, ello habría significado, ciertamente, que muchos proveedores, en especial los más pequeños, hubiesen sido marginados del mercado.

Considérese, por esa H. Comisión Resolutiva, que conforme al inciso 2° del artículo 1° del Decreto Ley 211, cuando la conducta incide en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario y otros que la disposición señala, se está frente a un agravante del atentado a la libre competencia, al que corresponde un aumento de la sanción. Precisamente, de este tipo de bienes se trata en la especie.

* En conclusión, la requerida, mediante el envío de su carta de 7 de agosto de 2003, al pretender modificar unilateralmente las condiciones contractuales establecidas con sus proveedores, con posterioridad al cumplimiento, por parte de éstos, de sus obligaciones, en circunstancias que aquélla no había cumplido las propias, y al exigir unilateralmente de los proveedores un aporte en dinero sin contraprestación alguna, todo ello bajo la explícita invocación de su poder de mercado, incurrió en arbitrios y propuso o trató de imponer la realización de actos o convenciones prohibidas que tienden a impedir, restringir o entorpecer la competencia, infringiendo, de tal modo, lo dispuesto en los artículos 1° y 2°, letra f) del Decreto Ley N° 211. Todo lo

14

anterior, excediendo gravemente los límites de las prácticas generalizadas y de común ocurrencia en las relaciones entre supermercados y proveedores, que se desarrollan actualmente en este mercado, precisamente debido a que encuentran un campo propicio para su manifestación.

POR TANTO,

con el mérito de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, letras c), d) y f), 17, letra a), N° 4, y 27, letras b) y c), del D.L. N° 211,

A LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA SOLICITO: tener por interpuesto requerimiento en contra de Santa Isabel S.A., ya individualizada, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, declarando que los hechos, actos y convenciones que la requerida propuso y pretendió imponer a través de la carta de 7 de agosto de 2003, a sus proveedores, tendió a impedir la libre competencia en el mercado de los proveedores de supermercados; y aplicar a la sociedad Santa Isabel S.A. una multa proporcional a la gravedad de la infracción cometida que, dada la rectificación que la propia requerida adoptó, al dejar sin efecto la carta, estimamos debe ser equivalente a U.T.M 1000.

EN EL OTROSI: A la H. Comisión Resolutiva solicito tener por acompañado, junto con cuadros estadísticos elaborados en base a la información entregada por Santa Isabel S.A. y estudios de esta Fiscalía, el expediente de la investigación desarrollada por la Fiscalía Nacional Económica sobre estas materias, que lleva el rol 541-03 FNE, disponiendo la reserva del mismo y su custodia por parte del señor Secretario de la H. Comisión.



Pedro Mattar Porcile

FISCAL NACIONAL ECONÓMICO