

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, diecisiete de enero de dos mil siete.

VISTOS:

1. A fojas 450, con fecha 15 de noviembre de 2006, se llamó a las partes a una audiencia de conciliación.
2. A fojas 453, con fecha 15 de diciembre de 2006, se presentó un avenimiento entre Distribución y Servicio D&S S.A., en adelante D&S, y la Fiscalía Nacional Económica, en adelante la FNE, el que fue rectificado mediante presentación de fojas 462, con fecha 29 de diciembre de 2006, en adelante el avenimiento.
3. De la solicitud de aprobación del avenimiento antes mencionado, se confirió traslado a Cencosud S.A., el que no fue contestado por dicha empresa, habiendo transcurrido el plazo legal para hacerlo.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto por la parte pertinente del inciso primero del artículo 22° del Decreto Ley N° 211, *“Acordada una conciliación, el Tribunal dará su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”*. Por lo tanto, siendo el avenimiento de autos el producto del llamado a conciliación efectuado por el Tribunal, se procederá a analizar si éste es, o no, contrario a las normas de defensa de la competencia. Para ello, se tomarán como referencia los lineamientos consignados en la sentencia N° 9 de este Tribunal, referidos al mercado *sub lite*;

Segundo: Que en su sentencia N° 9, este Tribunal señaló que el mercado de aprovisionamiento por parte de proveedores mayoristas a supermercados se caracterizaba por un alto grado de concentración por el lado de la demanda y la existencia de perceptibles barreras a la entrada. Ello habría ocasionado una alta dependencia de los proveedores en su relación con las mayores cadenas de supermercados, traduciéndose en un evidente poder de compra, que facilitaba comportamientos contrarios a la libre competencia por parte de estas últimas respecto de sus proveedores, especialmente respecto de los de menor tamaño.

En esa sentencia se estimó también que si los supermercados tuviesen políticas de precios y condiciones de compra a los proveedores no discriminatorias, que se aplicasen por igual a proveedores con diferentes grados de poder de negociación, se tendería a reducir la posibilidad de abusos contrarios a la competencia.

En razón de ello, se ordenó a las cadenas de supermercados Lider y Jumbo establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que efectuarían sus compras a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles serían éstas;

Tercero: Que, el avenimiento presentado por D&S y la FNE es un avance en esa dirección porque, conforme a sus términos, busca prevenir los riesgos para la competencia que existen en las relaciones entre D&S y sus proveedores, mediante el establecimiento por parte de aquella, de condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas, que introducirán mayor certeza respecto de las condiciones de compra y de los cobros que efectúa a todos sus proveedores.

Expresa el avenimiento, que esas condiciones generales de contratación, que D&S hará extensiva a todos los supermercados que le pertenezcan, administre o controle directa o indirectamente, estarán contenidas en un documento público denominado Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento (TCGA), que será elaborado dentro del plazo de 90 días corridos, contados desde la fecha en la que la presente resolución se encuentre a firme. Indica, asimismo, que no podrán estipularse otras transacciones y cobros que los enumerados en los TCGA y que las modificaciones que D&S desee introducir a éstos en el futuro, deberán ser publicadas en su sitio web e informadas a la FNE, con antelación a su entrada en vigencia.

Por su parte, reconociendo las diferencias que, objetivamente, pueden existir entre los numerosos proveedores y productos de los supermercados, el avenimiento contempla la suscripción de Acuerdos Particulares Complementarios (APC), que determinarán las condiciones particulares de aprovisionamiento entre D&S y cada proveedor, dentro del marco y principios generales establecidos por los TCGA. Los APC constituyen un avance en el sentido establecido por la sentencia N° 9 de este Tribunal, porque reducen la incertidumbre de los proveedores acerca de sus condiciones contractuales específicas, al ser acuerdos escritos que no pueden ser modificados unilateralmente;

Cuarto: Que, por lo expuesto, y entendiendo este Tribunal que los TCGA y los APC no podrán establecer entre los proveedores discriminaciones arbitrarias que sean contrarias a la libre competencia, el avenimiento presentado será aprobado. Lo anterior, sin perjuicio de que D&S pueda establecer para proveedores de menor tamaño condiciones más beneficiosas que tiendan a favorecer la competencia;

Quinto: Que en todo caso, y atendido que las principales variables de discriminación podrían estar contenidas en los APC, y que el avenimiento no contempla una obligación específica de D&S de informar éstos a la FNE, este Tribunal instruirá al señor Fiscal Nacional Económico a fin de que este fiscalice, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las condiciones contractuales específicas contenidas en los APC, con el objeto de prever el indicado riesgo y asegurar que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones de compra y los cobros que D&S efectúa a sus proveedores sean determinados sobre la base de criterios objetivos.

En esta misma línea, y considerando este Tribunal que sería beneficioso que exista un mecanismo efectivo de publicidad de los casos que se presenten y decisiones que se adopten por la Defensoría del Proveedor que D&S instituirá, se recomendará a las partes en el avenimiento adoptar medidas en tal sentido;

Sexto: Que, es preciso dejar expresamente establecido que las disposiciones de este avenimiento no serán oponibles a los terceros interesados que no han sido parte en esta causa y cuya opinión no ha podido ser ponderada por este Tribunal en un procedimiento contencioso como el de la especie. Además, en la medida que los TCGA corresponderán a declaraciones unilaterales de voluntad de D&S cuyo contenido, al igual que el de los APC, no será revisado por este Tribunal, se dejará explícitamente a salvo el derecho de los particulares y de la FNE de impugnar tanto el contenido de los TCGA como el de los APC, en caso de no ajustarse a las normas de defensa de la competencia;

Séptimo: Que, atendido que las requeridas de autos participan en un mercado altamente concentrado, que además es clave para la comercialización de un espectro amplio y creciente de bienes y servicios, este Tribunal estima que sigue siendo recomendable desde el punto de vista de la libre competencia que éstas, en cuanto actores relevantes de dicho mercado, hagan uso de la facultad de consultar las operaciones de concentración en que participen. Sin embargo, el mecanismo de informe previo a la FNE será aprobado, considerando que no altera en modo alguno la facultad de D&S de consultar a este Tribunal conforme al procedimiento establecido en el artículo 31° del Decreto Ley N° 211;

Octavo: Que en efecto, y no obstante que el procedimiento de consulta pública que se solicitaba en autos por la FNE presenta claras ventajas en cuanto a transparencia y autoriza mecanismos de control más adecuados que los que supone la sola obligación de informar a la FNE las operaciones de concentración en este mercado, este Tribunal aprobará el avenimiento en dicho aspecto atendido que el mecanismo propuesto no impedirá a la FNE o a terceros accionar ante este Tribunal, en caso de que tales operaciones infrinjan o pongan en riesgo la competencia, y entendiendo además que, con la suscripción de este avenimiento, D&S estaría mostrando su intención de respetar las normas de defensa de la competencia y su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas, en cuanto actor relevante del mercado;

Noveno: Que sin perjuicio de lo anterior, y con el objeto de garantizar la publicidad de las decisiones de D&S pudieren implicar una mayor concentración de mercado, este Tribunal instruirá al señor Fiscal Nacional Económico, a fin de que informe al público,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mediante un aviso en la página web de la FNE, en cuanto D&S, en cumplimiento del avenimiento acordado, le comunique las operaciones de concentración que pretenda realizar;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 2º; 18º N° 1); 22º, inciso primero; y 29º del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

1. Aprobar el avenimiento presentado por D&S y la Fiscalía Nacional Económica, escrito a fojas 453 y rectificado a fojas 462;
2. Instruir al señor Fiscal Nacional Económico para que, en ejercicio de sus atribuciones, fiscalice las condiciones contractuales específicas contenidas en los APC;
3. Instruir al señor Fiscal Nacional Económico para que informe al público, mediante un aviso en la página web de la FNE, en cuanto D&S le comunique las operaciones de concentración que pretenda realizar; y,
4. Recomendar a D&S y la FNE adoptar un mecanismo efectivo de publicidad de los casos que se presenten y decisiones que se adopten por la Defensoría del Proveedor que instituirá D&S;

Se previene que el Ministro señor Depolo, no obstante concurrir a lo resuelto, es de la opinión que la obligación que se impone a D&S de informar a la FNE sobre toda operación de concentración que realice en el futuro, debe reemplazarse por la de consultar dicha circunstancia directamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud de los siguientes argumentos:

Uno. Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 18º del DL 211, las facultades de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia de defensa de la libre competencia están expresamente entregadas a este Tribunal, siendo una de dichas facultades la de conocer los asuntos de carácter no contencioso que le presenten quienes se propongan ejecutar o celebrar determinados hechos, actos o contratos, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en los mismos, entendiéndose que, entre tales hechos actos o contratos, puede encontrarse una operación de concentración entre empresas competidoras;

Dos. Que el mecanismo establecido por la propia ley para activar la jurisdicción del Tribunal respecto de tales operaciones es, en general, el procedimiento no contencioso al que alude el artículo 31 del DL 211, complementado por el Auto Acordado N° 5 de este Tribunal;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tres. Que, sin embargo, en el caso de autos, atendido que las requeridas optaron por no consultar a este Tribunal la toma de control de empresas competidoras, y atendido también que el DL 211 no otorga al Sr. Fiscal Nacional Económico la facultad de consultar en sede no contenciosa sobre operaciones de concentración aún no realizadas o concluidas, este último se ha visto forzado en los hechos a requerir, en sede contenciosa, la adopción de una serie de medidas orientadas a evitar que en el mercado de los supermercados en Chile existan condiciones de concentración tales que permitan la comisión de abusos o de actos de colusión por parte de las empresas dominantes, que son en este caso D&S y Cencosud;

Cuatro. Que, en concreto, el petitorio del requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico, en la parte pertinente, solicita a este Tribunal imponer a las requeridas la obligación de consultar en forma previa al H. Tribunal, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, “en general, cualquier operación de concentración de la industria supermercadista en su favor, sea que la operación la realicen D&S o Cencosud o personas relacionadas con ellas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores” (tercera petición del requerimiento);

Cinco. Que, en consecuencia, los términos de la litis, en este caso, atendidas las circunstancias expuestas por la FNE y controvertidas total o parcialmente por las requeridas, y considerando la facultad del Tribunal de establecer la extensión de los mismos de acuerdo con lo discutido y con lo que finalmente resulte acreditado conforme a la prueba que se rinda, se limitan únicamente a determinar si D&S y Cencosud deben o no consultar obligatoriamente al Tribunal toda operación de concentración que se propongan ejecutar o celebrar, por lo que a este Tribunal sólo le cabría resolver en su sentencia definitiva si corresponde o no imponer a las requeridas tal obligación;

Seis. Que debe tenerse presente que la parte de Cencosud ha manifestado su voluntad de allanarse a la obligación de consultar a este Tribunal, toda vez que en su contestación expresa que “esta parte no la controvertirá [la tercera petición de la FNE], toda vez que Cencosud S.A. igualmente tenía contemplado someter a consulta a este H. Tribunal sus eventuales futuras operaciones significativas de adquisiciones o toma de control de supermercados” (fojas 415);

Siete. Que, en este contexto, la alternativa procesal del avenimiento, a la que han recurrido la FNE y D&S, debe analizarse en concordancia con el sentido, el texto y el espíritu del DL 211. Así, es importante destacar, respecto del avenimiento en general, que éste constituye un equivalente jurisdiccional de la sentencia definitiva, pues constituye una manifestación de la voluntad de las partes que pone fin a un litigio en curso, mediante la cual aquéllas renuncian o modifican parcialmente sus pretensiones procesales, reemplazando la decisión del tribunal;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ocho. Que, sin embargo, en materias que son de orden público, como es el caso de los asuntos que se tramitan ante este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las facultades dispositivas que son propias de las partes en un avenimiento civil o comercial se ven necesariamente limitadas tanto por la naturaleza de los actos que son objeto del avenimiento, como por el bien jurídico tutelado por la norma en cuyo contexto se pacta dicho avenimiento;

Nueve. Que lo anterior es así, además, por mandato expreso del legislador, quien ha puesto en manos de este Tribunal la facultad soberana de aprobar o no un avenimiento, “siempre que no atente contra la libre competencia”, potestad que debe interpretarse en el contexto de las demás atribuciones con que cuenta el Tribunal, entre las que se encuentra la de imponer “las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso” (artículo 3º, inciso 1º, del DL 211);

Diez. Que, en consecuencia, no es dable a este Tribunal aprobar en este caso particular un avenimiento cuyo contenido sea materialmente distinto de lo único que podría haber decidido el mismo Tribunal en su sentencia definitiva, esto es, o imponer la obligación de consulta ante el mismo Tribunal, o liberar a las partes de dicha obligación;

Once. Que, por lo anterior, la proposición de obligar a D&S a comunicar a la Fiscalía —y no al Tribunal— su intención de ejecutar o celebrar operaciones de concentración en el mercado, no constituye un equivalente jurisdiccional susceptible de aprobación;

Doce. Que, en consonancia con lo anterior, no sería tampoco adecuado para un sistema eficiente de protección de la libre competencia la aprobación de un avenimiento que generaría, en los hechos, un sistema discriminatorio de consulta, pues una de las partes —D&S— estaría obligada a notificar sus futuras operaciones de concentración a la FNE, mientras que, de resolverse finalmente así, la otra requerida en la causa —Cencosud— debería hacerlo ante el Tribunal;

Trece. Que, por lo demás, el DL 211 no atribuye a la FNE la facultad de conocer de tales operaciones, ni la de pronunciarse con carácter jurisdiccional acerca de su eventual ilicitud, ni la de imponer a las mismas criterios o lineamientos distintos de los que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el ejercicio de sus propias atribuciones, expresamente le ordene aplicar o fiscalizar, por lo que una medida como la propuesta en el avenimiento excedería tanto la esfera de competencias como la naturaleza fiscalizadora y no jurisdiccional que la ley otorga a la FNE;

Catorce. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que la sola notificación de una operación de concentración a la FNE constituye un mecanismo ineficiente tanto para el mercado como para el sistema de protección de la libre competencia. Lo anterior es así pues, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

—en el que todos los actores del mercado y cualquier persona con interés en ello pueden manifestar su opinión, favorable o contraria, respecto de dicha operación, en un procedimiento ordenado y transparente— en este caso la decisión de llevar la operación ante el Tribunal quedará esencialmente en manos de la FNE, o de aquellos terceros interesados que tengan el incentivo de demandar una vez que hubiesen tomado conocimiento de la operación a través de la página *web* de la FNE; todos quienes, a su vez, sólo podrán iniciar ante este Tribunal un procedimiento contencioso, en el que deberán aportarse los medios de prueba que exige el DL 211 para intentar formar en el Tribunal la convicción de que la operación en cuestión, en caso de materializarse, es de aquellas conductas que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º, inciso 1º, del DL 211, tienden a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; circunstancia procesal esta última que no es la más idónea para analizar y evaluar hechos futuros;

Quince. Que, por último, la obligación de notificar a la FNE, impuesta por el voto de mayoría, puede terminar perjudicando a las propias requeridas de autos, toda vez que deberá sumarse a los plazos propios de un requerimiento o demanda, el tiempo que demore la FNE en conocer e investigar la operación de concentración que se le notifique. Si, tal como dispone el voto de mayoría, se deberán adoptar medidas de publicidad que permitan a terceros conocer la existencia de dicha operación a fin de permitirles demandar en su contra; y si, en el mismo sentido, quedará a salvo la posibilidad de que las partes consulten directamente a este Tribunal, entonces el deber de notificar previamente la operación a la FNE constituye una redundancia procesal, no contemplada en el DL 211, que puede ser reparada fácilmente por la vía de imponer a las requeridas la exigencia de consultar obligatoriamente tales operaciones ante este Tribunal, en los propios términos solicitados en el petitorio del requerimiento de autos.

Notifíquese personalmente o por cédula.

Rol C N° 101-06.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autoriza, Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.