

Santiago, nueve de diciembre de dos mil quince.

VISTOS:

I. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

1. A fojas 8, con fecha 30 de junio de 2014, la Fiscalía Nacional Económica (la "Fiscalía" o "FNE") interpuso un requerimiento en contra de SMU S.A. ("SMU"), solicitando a este Tribunal que declare que esta última ha infringido el artículo 3° inciso 1° del Decreto Ley N° 211 ("DL N° 211"), por la vía de incumplir las condiciones Primera, Segunda N° 1 y Tercera fijadas en la Resolución N° 43/2012 (la "Resolución"). En concreto, la FNE expone en su requerimiento lo siguiente:

1.1. En primer término, la Fiscalía hace presente una serie de consideraciones previas, a fin de indicar que este caso dice relación con una fusión sometida a conocimiento del Tribunal, esto es, la adquisición por incorporación de Supermercados del Sur S.A. ("SdS") a SMU. 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 a reconocer que se trataba de una operación materializada que generaba riesgos concretos a la competencia.

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

1.3. En relación con el cumplimiento de la primera de esas condiciones, la Fiscalía 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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dichos activos consistían en: (i) locales singularizados en las letras a) a r) de la Condición Primera de la Resolución; (ii) los centros de distribución operados por SdS en las comunas de Concepción, Osorno y Pudahuel; y, (iii) una marca comercial de los locales adquiridos (los “Activos”). La FNE sostiene que a la fecha de presentación del requerimiento –esto es, una vez expirado el plazo para cumplir con dicha condición– SMU habría continuado operando por cuenta propia los locales singularizados en las letras a) a r) de la Condición Primera, razón por la habría incumplido dicha medida.

1.4. Indica la FNE que con fecha 3 de junio de 2014 se habría celebrado un contrato de compraventa de acciones entre Rendic Hermanos S.A. (filial de SMU, en adelante “Rendic”) y Network Retail S.p.A. (“Network Retail”), sociedad perteneciente al Sr. Guillermo Villablanca (el “Contrato de Compraventa de Acciones”). En virtud del Contrato de Compraventa de Acciones, Network Retail habría adquirido la totalidad de las acciones de Bigger S.p.A., sociedad a la que se habrían traspasado previamente todos los activos que SMU debía enajenar. Sin embargo, y sin perjuicio de tal contrato, SMU igualmente habría continuado operando por cuenta propia los activos que debía desinvertir.

1.5. La Fiscalía justifica su aseveración en que la cláusula H del Contrato de Compraventa de Acciones señala que las partes con esa misma fecha habrían celebrado además una convención denominada “Contrato de Operación Transitoria de Supermercados” (el “Contrato de Operación Transitoria”), conforme con la cual la administración y operación ordinaria de los locales comerciales adquiridos por Network Retail le correspondería a SMU, quien recibiría como contraprestación por dicha gestión el derecho a recibir todos los ingresos generados hasta por diez mil millones de pesos y, en caso que los ingresos fuesen mayores a dicha cantidad, Network Retail tendría derecho a percibir el 3% del exceso sobre dicho monto.

1.6. Concluye la FNE que, atendida las consideraciones anteriores, SMU habría mantenido, al menos hasta el 31 de julio de 2014, la operación y el manejo por cuenta propia de los locales comprendidos en la Condición Primera, y así, de facto, habría prolongado el plazo fijado por el Tribunal para la enajenación,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dejando subsistente los riesgos que se buscaron mitigar con el establecimiento de tal Condición.

1.7. Por otra parte, la Fiscalía también acusa a SMU de incumplir la Condición Segunda N° 1 de la Resolución.

1.8. De acuerdo con dicha Condición, SMU debía equiparar los precios de venta en locales a desinvertir con los precios existentes en la localidad que presentara condiciones de competencia suficientes más cercana. Sin embargo, a juicio de la FNE, SMU no habría equiparado los precios de venta de sus productos del modo exigido, infringiendo tal Condición.

1.9. En concreto, lo que exigía el N° 1 de la Condición Segunda, era 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 presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere”*.

1.10. Así, el objeto de la Condición Segunda habría sido establecer una medida conductual destinada a evitar la pérdida de intensidad competitiva en las localidades afectadas por la fusión, permitiendo únicamente un ajuste por costo de flete.

1.11. Por el contrario, SMU: (i) no habría utilizado 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 habría comparado sus precios con los precios cobrados por un competidor, burlando así el objetivo de la condición; y, (ii) tampoco habría equiparado sus precios con los cobrados en la localidad de referencia por el competidor informado, ya que en tal caso, y de haberse cumplido la condición, necesariamente los precios cobrados en cada uno de los locales de SMU pertenecientes al mismo *cluster* habrían sido equivalentes; cuestión que no habría ocurrido, ya que según la FNE se habrían detectado diferencias de precios en supermercados SMU pertenecientes al mismos *cluster* de entre 10% y 47% por sobre el precio de comparación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.12. 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 enfrenta competencia, ni con los precios de la propia SMU ni con los de su competencia; exigido por la condición, para evitar la pérdida de intensidad competitiva en las localidades afectadas por la fusión*”.

1.13. Finalmente, en relación con el cumplimiento de la Condición Tercera, el Requerimiento acusa que SMU debía enajenar toda participación directa o indirecta en Montserrat dentro del plazo fatal de ocho meses contados desde que la Resolución se encontrara firme y ejecutoriada. SMU no habría dado cumplimiento a la condición, pues habría mantenido su participación tanto en Montserrat S.A.C. como en las sociedades relacionadas Montserrat Dos S.A. e Inmobiliaria Santander S.A. con posterioridad al vencimiento de dicho plazo, ocurrido el 8 de junio de 2014.

1.14. Respecto del mercado relevante, el Requerimiento distingue entre el mercado relevante de producto y el geográfico. En cuanto al primero, siguiendo la jurisprudencia en la materia, lo define como el “*aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales*”; mientras que, a efectos de determinar el segundo, la FNE lo diferencia según la condición de que se trate.

1.15. Así, el cumplimiento de la Condiciones Primera y Segunda N° 1, considera a cada una de las comunas en las que la requerida incumplió la condición como un mercado relevante independiente. Por su parte, respecto de la Condición Tercera, estima que el mercado relevante ha de considerar la suma de las comunas donde opera, puesto que, a juicio de este Tribunal, Montserrat podría ser un rival de magnitud suficiente como para restaurar el nivel de competencia potencial en la Región Metropolitana.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.16. En opinión de la Fiscalía, 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 D.L. 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 consecuencia, las condiciones no serían 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.

1.17. Cita en apoyo de su fundamentación la tesis de que las *“condiciones o medidas constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulador, de modo que su incumplimiento califica por definición como un hecho, acto o convención que impide, restringen o entorpece la libre competencia”* (Informe en Derecho elaborado por el señor Santiago Montt Oyarzún a petición de la FNE, acompañado en la causa Rol C-156-08), e indica que dicha interpretación habría sido confirmada por este Tribunal en su Sentencia N° 86/2009, en la que habría indicado que las resoluciones por él dictadas *“son vinculantes, por lo que la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas [...], es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia”*.

1.18. Atendido todo lo anterior, la FNE afirma que SMU debe ser condenada a dar estricto cumplimiento a las condiciones, y al pago de multas, para cuyos efectos se debe considerar que: (i) las medidas impuestas estaban destinadas a mitigar ciertos riesgos existentes, porque la situación que generó los riesgos anticompetitivos se prolongaría desde septiembre de 2011; (ii) habría existido una actitud desafiante por parte de SMU, quién, desde el inicio de la operación de concentración que derivó en la Resolución, habría pretendido pasar por alto la normativa y las autoridades de defensa de la libre competencia; y, (iii) habría demostrado una actitud contumaz al presentar la solicitud que dio origen al procedimiento no contencioso N° 423-14, ya que habría pretendido dar la apariencia de haber cumplido con todas las condiciones, cuestión que no sería efectiva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.19. Por lo tanto, la Fiscalía solicita a este Tribunal que: (i) declare que SMU ha incumplido las Condiciones Primera, Segunda N° 1 y Tercera de la Resolución; (ii) ordene a SMU dar estricto cumplimiento a las mismas, dentro del plazo que estime conveniente; (iii) imponga a SMU una multa de 1.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, e indistintamente, “UTA”) 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.

II. Contestación de SMU S.A.

2. A fojas 302, y con fecha 30 de julio de 2014, SMU contestó el requerimiento, indicando en síntesis, que: (i) en relación con la Condición Primera, con fecha 3 de junio de 2014, SMU habría enajenado completa e irrevocablemente la unidad económica conformada por los activos que la Condición Primera le ordenó vender; (ii) respecto de la Condición Segunda N°1, la Resolución no habría dispuesto que los locales de referencia fuesen necesariamente de SMU y, adicionalmente, tampoco serían procedentes los cuestionamientos relativos a supuestas diferencias de precios; y, (iii) en cuanto a la Condición Tercera, SMU explica que la venta de su participación minoritaria en Montserrat no habría podido ser materializada por causas ajenas a ella, razón por la cual realizó lo único que legal y razonablemente podía hacer frente a la imposibilidad de vender sus acciones, que era plantear, antes del vencimiento del plazo, una consulta a este Tribunal solicitando el alzamiento de la medida o bien la prórroga del término respectivo. En concreto, SMU expone en su escrito de contestación lo siguiente:

2.1. Respecto del cumplimiento de la Condición Primera, SMU señala una serie de antecedentes a efectos de demostrar las incertidumbres y dificultades que habría significado el poder cumplir la Condición en los términos expuestos por el Tribunal.

2.2. En primer término expone que los adquirentes de los activos no podían estar relacionados a SMU ni tener una participación de mercado superior a un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

25% de las ventas a nivel nacional. Asimismo, en cuanto a los activos específicos a enajenar, ninguno de los inmuebles donde se ubicaban habrían sido de propiedad SMU; los plazos involucrados podrían generar eventuales comportamientos oportunistas derivados de que los únicos potenciales interesados pudieran ser Tottus y Montserrat; se trataba de vender un conjunto de activos que nunca había operado como unidad económica; y, los desafíos y riesgos que significaba mantener la operación y continuidad del negocio. Finalmente, recién a partir del 30 septiembre de 2013 habría podido iniciar en propiedad la etapa de búsqueda y negociaciones, esto es, sólo una vez conocida la sentencia de la Excma. Corte Suprema que dejó firme la determinación de las localidades en donde SMU debía enajenar locales.

2.3. A pesar de lo anterior, “*en buena hora*” una sociedad vinculada al empresario Sr. Guillermo Villablanca habría adquirido dentro de plazo la unidad económica.

2.4. SMU explica que, para efectos de realizar la venta, habría creado una sociedad denominada Tottenham S.A. –hoy Bigger S.p.A. –, a la que habría cedido todos los Activos, y luego, con fecha 3 de junio de 2014, habría celebrado el Contrato de Compraventa de Acciones en virtud del cual SMU vendió todas las acciones de Tottenham S.A. a la empresa vinculada al Sr. Guillermo Villablanca (Network Retail S.p.A.); enajenando así los Activos que la Condición Primera le exigía. Dicha compraventa se habría celebrado de manera irrevocable, pues las partes habrían renunciado a la acción resolutoria, de modo tal que, ante un incumplimiento la parte diligente solo podría solicitar el cumplimiento forzado.

2.5. Sin embargo, durante las negociaciones el Sr. Villablanca habría manifestado una especial preocupación por garantizar la continuidad de la operación de los locales, indicando que no eran alternativas viables la entrega de los locales cerrados o el inicio de la operación a la fecha de la adquisición. Por ello las partes habrían establecido 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. Dicho período transitorio fue regulado mediante la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

suscripción de los siguientes contratos accesorios al Contrato de Compraventa de Acciones: (i) el Contrato de Operación Transitoria de Supermercados; y, (ii) un Contrato de Prestación de Servicios de Soporte TI, Comercial, Logístico, de Abastecimiento, Distribución y Recursos Humanos.

2.6. En relación con el cumplimiento de la Condición Segunda N° 1, SMU expone que durante el proceso que dio origen a la Resolución (Rol NC N° 397-11, caratulado Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.), SMU 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 habría designado a la capital regional más cercana como comuna referente o hermana; y, (ii) se habría efectuado una medición semanal de la evolución de precios de un local de la cadena de la competencia emplazado en la comuna referente, los que habrían sido aplicados a los locales SMU para mantener el posicionamiento de precios.

2.7. Las razones por la que se eligieron supermercados de la competencia como locales de referencia habrían sido 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 de cobrar mayores precios en los locales que debía enajenar.

2.8. Para la aplicación de los precios de referencia se habría utilizado como fuente de información los precios promedio semanales entregados por Nielsen y el cumplimiento habría sido auditado por Deloitte, firma que estimó que durante el primer semestre 2012, los precios de los locales en los que se aplicó el Plan de Mitigación Voluntaria, habrían oscilado entre un 98,26% y 100,84% respecto de los precios establecidos en los locales de referencia.

2.9. Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de la Condición Segunda N° 1, SMU indica que, habida cuenta del adecuado diseño del Plan de Mitigación Voluntario, habría procedido a adoptar las medidas necesarias para adaptarlo a las dieciocho localidades en las que la Resolución le exigía enajenar. En este sentido, se habrían creado 7 *clusters* o listas de precios, a los cuales habrían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido asignados la totalidad de los establecimientos SMU; y se habrían determinado comunas de referencia y locales de la competencia cuyos precios serían tomados como referentes, sin realizar los ajustes por fletes permitidos por la Resolución.

2.10. SMU califica de improcedentes los cuestionamientos presentados en el requerimiento. En relación con la acusación de que SMU habría incumplido la condición al haber considerado como locales de referencia los de un competidor en lugar de locales propios; señala que no sería efectivo que la Resolución haya dispuesto que los locales de referencia hayan tenido que ser de SMU, ya que únicamente dispone que *“SMU deberá: 1) [...] equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere”*. En consecuencia, la Fiscalía estaría 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.

2.11. Respecto del segundo cuestionamiento de la Fiscalía, relativo a la existencia de diferencias sustanciales de precios entre los locales de SMU que formaban parte mismo *cluster*, SMU señala que las aparentes diferencias 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.

2.12. Por último, en relación con el cumplimiento de la Condición Tercera, SMU no controvierte que no pudo enajenar su participación en Montserrat en el plazo ordenado. Sin embargo, SMU expone que el hecho que se haya agotado el plazo sin que se haya verificado la enajenación no habría afectado en nada 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, SMU asegura haber tenido la efectiva voluntad de cumplir con la condición.

2.13. Sobre lo primero, aduce que la potencialidad de Montserrat de convertirse en un actor relevante no se habría visto afectada por la participación de 40% de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SMU, toda vez que, al no existir pacto de accionistas, la familia Bada (dueña del 60% restante) dirigiría los destinos de Monserrat.

2.14. En relación con el riesgo de efectos coordinados en virtud del cual el Tribunal ordenó la enajenación del porcentaje accionario en Montserrat, SMU indica que ella carecería de cualquier influencia en Montserrat y no estaría informada de sus estrategias.

2.15. Para respaldar tales aseveraciones indica que durante el año 2013 sólo se habría realizado cuatro sesiones de directorio; y que recién con fecha 27 de junio de 2014 habría recibido los estados financieros de 2013. Adicionalmente, sostiene que a la fecha de la contestación aún no se habría citado la correspondiente sesión de directorio para conocimiento y aprobación de los estados financieros.

2.16. En consecuencia, SMU se defiende señalando que, a pesar de haber incumplido la Condición Tercera, no se le debería sancionar. A su juicio, no correspondería presumir de derecho la responsabilidad infraccional por el solo hecho de no haberse verificado el cumplimiento de la condición dentro de un determinado plazo, ya que ello vulneraría garantías constitucionales que constituyen una limitación al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

2.17. SMU describe como gestión realizada para la venta de su participación en Montserrat la contratación de un banco de inversiones local con experiencia en estas operaciones. Indica que la posibilidad más cierta de venta habría sido con la familia Bada, sin haber recibido ofertas vinculantes hasta el 8 de junio de 2014 (con posterioridad a esa fecha le habría hecho llegar un Memorándum de Entendimiento). Además SMU solicitó subsidiariamente un aumento del plazo para cumplir la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC (solicitud ingresada a este Tribunal con el Rol NC N° 424-14, en adelante, la "Solicitud"). Adicionalmente, hace presente que el deber de venta que pesa sobre ella sería una obligación sujeta no solo a que exista un tercero interesado en comprar; sino que, antes que eso, que la familia Bada tenga la voluntad de que ello ocurra (condición casual), cuestión que no ocurriría.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.18. En razón de lo anterior, SMU sostiene que no se le podría sancionar ya que el incumplimiento de la Condición Tercera no le sería imputable, pues habría realizado todas las gestiones necesarias para satisfacerla y, ante el fracaso de tales gestiones, habría hecho 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.

2.19. Atendido todo lo anterior, SMU S.A. solicita a este Tribunal que: (i) rechace el requerimiento en todas sus partes, con costas; (ii) en subsidio, rebaje prudencialmente el monto de las multas solicitadas; y, (iii) en relación con las peticiones contenidas en la Solicitud, pide se haga lugar a las mismas, dejando sin efecto la Condición Tercera o, en subsidio, otorgando a SMU un mayor plazo para cumplirla.

III. Solicitud de SMU S.A. sobre modificación de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC (Rol NC N° 424-14)

3. Con fecha 3 de junio de 2014, como consta a fojas 217 y siguientes, SMU formuló una solicitud de modificación de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012, fundándose en los siguientes antecedentes: (i) las gestiones realizadas por SMU para la venta de su participación en Monserrat y que no habrían sido fructíferas hasta el momento de presentada la solicitud; (ii) la ausencia de un pacto de accionistas y la falta de información de SMU sobre el negocio de Montserrat; (iii) la entrada en vigencia de una reforma tributaria; (iv) la existencia de un quinto actor y la aparición de un sexto actor en el mercado (además de Montserrat, SMU, Wal-Mart y Cencosud); (v) los comportamientos oportunistas de algunos potenciales compradores de la participación de SMU en Montserrat; y, (vi) las variaciones en la participación de mercado de SMU a nivel nacional y en las regiones Metropolitana y de Valparaíso.

3.1. En lo que respecta al primer punto, SMU explica que habría contratado un banco de inversiones local para asesorarla en el proceso de venta, con fecha 11 de julio de 2013, incluso antes de que la Resolución N° 43/2012 se encontrase ejecutoriada. En virtud de dicha asesoría se produjeron acercamientos con la familia Bada, que en un principio no estaba interesada en adquirir la participación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de SMU en Montserrat. 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.

3.2. En cuanto a la reforma tributaria, señala que ésta eleva el Impuesto de Primera Categoría a un 25% a partir de 2017, y que las inmobiliarias ya no podrán rebajar en el pago de impuestos de Primera Categoría lo que han pagado como impuesto territorial. Además, tras esta reforma 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 provocarían incertidumbre, haciendo que potenciales interesados posterguen su análisis o derechamente hayan desistido de su interés en la participación en Montserrat.

3.3. Por todo lo anterior SMU solicitó dejar sin efecto la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2013, o, en subsidio, conceder un mayor plazo para la enajenación de su participación en Montserrat.

3.4. A fojas 296 de autos, con fecha 23 de julio de 2014, este Tribunal decidió sustituir el asunto no contencioso N° 424-14 por el procedimiento contencioso tramitado bajo el rol C N° 279-14, poniéndole término y ordenando agregar sus antecedentes a este procedimiento contencioso.

IV. Resolución que recibió la causa a prueba

4. A fojas 381, con fecha 18 de noviembre de 2014, se recibió la causa a prueba, fijando como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

“1. Condiciones y contenidos de los contratos suscritos por SMU S.A. y sus relacionadas, por una parte, y Network Retail SpA. y sus relacionadas, por otra, con ocasión de la compraventa de los activos referidos en la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal y demás actos y contratos ejecutados y/o celebrados tendientes a su enajenación. Hechos y circunstancias que justificarían dichas condiciones y contenidos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. *Efectividad de que SMU S.A. haya equiparado o no los precios existentes en los locales indicados en las letras a) a r) de la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012, con los precios existentes en la localidad más cercana que presentase condiciones de competencia suficientes; y,*

3. *Fundamentos del incumplimiento de SMU de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012. Circunstancias y nuevos antecedentes que justificarían dejar sin efecto la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012; o, ampliar el plazo otorgado para su cumplimiento.”*

V. Prueba rendida por las partes

5. Documentos acompañados por las partes:

5.1. La Fiscalía Nacional Económica acompañó: a fojas 8: (i) Anexo I, que singulariza las localidades de referencia; (ii) Anexo II, que singulariza los locales de SMU en que se encontraron diferencias de precios; (iii) Anexo III, que singulariza los locales a desinvertir con su respectivo local de referencia; a fojas 388, (iv) copia de la versión electrónica del expediente de investigación Rol N° F 0019-13 en 5 CDs y 3 DVDs; a fojas 1553: (v) Hecho Esencial SMU S.A., de fecha 31 de enero de 2014, referido al banco BICE; (vi) Hecho Esencial SMU S.A., de fecha 31 de enero de 2014, referido a los bancos BBVA, BCI, de Chile, Corpbanca, del Estado, Itaú, Rabobank, Santander, Scotiabank y Security; (vii) Hecho Esencial SMU S.A., de fecha 3 de junio de 2014; (viii) Hecho Esencial SMU S.A., de fecha 30 de julio de 2014; a fojas 1553: (ix) copia del recurso de reclamación deducido por SMU S.A. en contra de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal; (x) copia simple de la sentencia de la Excm. Corte Suprema recaída en la causa número de ingreso 346-2013, de fecha 30 de septiembre de 2013; (xi) copia simple del expediente de la causa sobre medida prejudicial preparatoria caratulada "Rendic Hermanos S.A. con Supermercados Montserrat S.A.C.", Rol N° C-25.142-2014, tramitada ante el 6° Juzgado Civil de Santiago; a fojas 1715, (xii) copia simple de la Memoria Anual 2014 de SMU S.A.; a fojas 1815: (xiii) Informe en Derecho titulado "*Incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una operación de concentración*" elaborado por el Centro de Regulación y Competencia de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile ("Regcom"); (xiv) artículo titulado "*Condiciones impuestas por el TDLC en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno*" elaborado por el profesor Santiago Montt Oyarzún; (xv) Informe en Derecho titulado "*Acerca de la cosa juzgada en el orden antimonopólico*" elaborado por el profesor Domingo Valdés Prieto; a fojas 217: (xvi) copia de malla societaria de SMU S.A.; (xvii) documento denominado "*Listado de locales SMU, Montserrat, Walmart, Cencosud y Tottus*"; (xviii) documento denominado "*Informe Colliers*" con isócronas de cinco y diez minutos para las regiones Metropolitana y de Valparaíso; (xix) documento denominado "*Participación de SMU en relación a las ventas totales de supermercados a nivel regional informadas por el INE, años 2011 a primer trimestre 2014*"; (xx) documento denominado "*Resumen de compras anuales*"; (xxi) documento denominado "*Contrato de asesoría*"; (xxii) minuta de antecedentes societarios de SMU; (xxiii) documento Excel denominado "*Índice de ventas de la industria INE*"; y, a fojas 302, (xxiv) una tabla que individualiza los locales de referencia de la competencia;

5.2. SMU acompañó: a fojas 437: (i) copia simple del Convenio de Confidencialidad entre SMU S.A. y Distribuidora del Pacífico Ltda.; (ii) copia del acta de la junta extraordinaria de accionistas de Rendic Hnos. S.A. de 26 de mayo de 2014; (iii) copia del Acuerdo de Materialización de la Fusión Tottenham S.p.A., con fecha 27 de mayo de 2014; (iv) copia simple de Compraventa y Cesión de Marcas y Nombres de Dominio entre Tottenham S.p.A. y Comercializadora del Sur Seis Ltda., de 28 de mayo de 2014; (v) documento Excel con el valor de inventario de la mercadería de cada local en la división de Rendic Hermanos S.A.; (vi) copia del acta de junta extraordinaria de accionistas de Tottenham S.p.A. de fecha 29 de mayo de 2014; (vii) copia simple de Compraventa de Acciones de Bigger S.p.A. entre Network Retail S.p.A. y Rendic Hermanos S.A., de fecha 3 de junio de 2014; (viii) copia de contratos de arrendamiento y subarrendamiento de diversos supermercados; (ix) copia de escrituras públicas de transferencia y cesión de permisos y patentes municipales, de alcoholes y resoluciones sanitarias; (x) copias de escritura de fianza y codeuda solidaria, de 3 de junio de 2014; a fojas 590: (xi) copia autorizada de la escritura pública de "*Contrato de Compraventa de Acciones y*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Prenda Supermercados Montserrat S.A.C., Inmobiliaria Santander S.A. y Montserrat Dos S.A." de 19 de diciembre de 2014; (xii) copia de cartas de renuncia de directores de las sociedades relacionadas con Montserrat; a fojas 654: (xiii) bases de datos de los informes económicos acompañados a fojas 437; a fojas 2148: (xiv) copia de Informe preparado por Deloitte con fecha 2 de marzo de 2015; (xv) copia de documento denominado "*Fact Sheet SACI Falabella*"; (xvi) copia de documento denominado "*Tottus Reporte de sustentabilidad 2013*"; (xvii) copia del documento denominado "*Plan de inversiones 2015-2018*" de 5 de enero de 2015; (xviii) copia de set de documentos que contiene un listado de las aperturas de locales Tottus durante los años 2013, 2014 y 2015; (xix) copia de borrador de acuerdo de intenciones suscrito por Fontibre S.A. y correo remitido del mismo, de junio de 2014; a fojas 2148: (xx) copia de borrador de acuerdo vinculante entre Fontibre S.A. y SMU S.A. y correo remitido del mismo, de julio de 2014; (xxi) copia de borrador de acuerdo vinculante entre Fontibre S.A. y SMU S.A. y correo remitido del mismo, de 22 de septiembre de 2014; (iii) copia de borrador de acuerdo vinculante entre Inversiones Fontibre S.A. y SMU S.A. de fecha 12 de diciembre de 2014; y, (iv) copia de hecho esencial de SMU S.A. de fecha 19 de diciembre de 2014, relativo a la venta de la participación de la compañía en Supermercados Montserrat S.A.C.

6. Informes jurídicos, técnicos y económicos acompañados por las partes:

6.1. La Fiscalía Nacional Económica acompañó: a fojas 1887, informe denominado "*Evaluación de cumplimiento por parte de SMU S.A. de la Condición Segunda N°1 de la Resolución N°43/2012 del H. Tribunal de defensa de la Libre Competencia*, del Sr. Gabriel Fernández; y, a fojas 1995, informe en derecho denominado "*Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*", elaborado por Regcom.

6.2. SMU acompañó: a fojas 437, "*Informe sobre el cumplimiento de la Condición Segunda N°1 de la Resolución N° 43/2012*" elaborado por F&K Consultores; a fojas 437, "*Obligaciones y cumplimiento de SMU a la Integración con Supermercados del Sur*", de los señores Ricardo Paredes y Marco

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Carvacho; a fojas 2148, informe de auditoría sobre el cumplimiento de las condiciones, preparado por Deloitte.

7. Documentos exhibidos:

7.1. A solicitud de la Fiscalía Nacional Económica exhibieron documentos: (i) a fojas 845, SMU S.A.; (ii) a fojas 895, Montserrat S.A.C., Montserrat Dos S.A. e Inmobiliaria Santander S.A.; (iii) a fojas 981, Bigger S.p.A.; y, (iv) a fojas 1181, Network Retail S.p.A.

7.2. A solicitud de SMU S.A. exhibieron documentos: (i) a fojas 895, Montserrat S.A.C., Montserrat Dos S.A. e Inmobiliaria Santander S.A.; y, (ii) a fojas 1181, Network Retail S.p.A.

8. Prueba testimonial rendida por las partes:

8.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica declararon como testigos: (i) a fojas 419, la Sra. Paulina Rendic Lazo; (ii) a fojas 501, el Sr. Andrés Bada García; (iii) a fojas 503, el Sr. Hugo Martínez Benavides; y, (iv) a fojas 1288, el Sr. Esteban Rosas Cancino.

8.2. Por parte de SMU S.A. declararon como testigos: (i) a fojas 507, el Sr. Enrique Marmentini Sobrino; (ii) a fojas 509, el Sr. Samuel Todd Huckaby; (iii) a fojas 516, la Sra. Valentina Konow Vial; (iv) a fojas 519, el Sr. Ricardo Paredes Molina; (v) a fojas 524, el Sr. Guillermo Villablanca Rojas; (vi) a fojas 527, el Sr. Héctor Campos Moraga; (vii) a fojas 727, el Sr. Leonardo Méndez Placencia; y, (viii) a fojas 738, el Sr. Álvaro Caviedes Barahona.

9. Prueba confesional rendida a solicitud de las partes:

9.1. A solicitud de la Fiscalía Nacional Económica absolvió posiciones, a fojas 778, el Sr. Marcelo Gálvez Saldías, Gerente General de SMU S.A.

10. Observaciones a la prueba:

10.1. La Fiscalía Nacional Económica presentó su escrito de observaciones a la prueba a fojas 2318.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.2. SMU presentó su escrito de observaciones a la prueba a fojas 2150.

11. A fojas 1360, con fecha 11 de marzo de 2015, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

12. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 6 de mayo de 2015, según consta en certificado que rola a fojas 2478.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que la Fiscalía Nacional Económica ha denunciado que SMU S.A. habría incumplido las Condiciones Primera, Segunda N°1 y Tercera impuestas en la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal, de fecha 12 de diciembre de 2012, que aprobó con condiciones la operación de concentración ya materializada entre SMU y Supermercados del Sur S.A. En términos generales, la Fiscalía acusa: (i) que no se habría llevado a cabo de manera efectiva la venta de activos ordenada por la Condición Primera; (ii) que SMU no habría equiparado sus precios en la forma ordenada por la Condición Segunda; y, (iii) que SMU no habría enajenado su participación en Supermercados Monserrat, como le exigía la Condición Tercera;

Segundo. Que, de acuerdo con la Resolución, la Condición Segunda debía cumplirse en tanto no se cumpliera con la enajenación ordenada por la Condición Primera. A su vez, la Resolución estableció un plazo de ocho meses para cumplir las condiciones Primera y Tercera. Dado que con fecha 8 de octubre de 2013 este Tribunal dictó el decreto que manda cumplir la Resolución N° 43/2012, es un hecho de la causa que el plazo de cumplimiento de las condiciones Primera y Tercera expiró el día 8 de junio de 2014, cuestión no controvertida por las partes;

Tercero. Que SMU contestó el requerimiento indicando, en síntesis, lo siguiente: (i) en relación con la Condición Primera, que con fecha 3 de junio de 2014 habría enajenado de forma completa e irrevocable la unidad económica conformada por los activos que se le ordenó vender; (ii) respecto de la Condición Segunda N° 1, que no sería efectivo que la Resolución N° 43/2012 haya dispuesto una forma específica de equiparación, quedando ésta a su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determinación y, adicionalmente, que tampoco serían procedentes los cuestionamientos relativos a las supuestas diferencias de precios acusadas; y, finalmente, (iii) en cuanto a la Condición Tercera, que la venta de su participación minoritaria en Montserrat no se habría materializado por causas ajenas a ella, por lo que en los hechos hizo lo único que legal y razonablemente podía hacer frente a la imposibilidad de vender sus acciones, que era solicitar, antes del vencimiento del plazo, el alzamiento de la medida o bien la prórroga del término respectivo. Además, SMU opuso una serie de defensas a fin de justificar que el incumplimiento de esa última condición no constituiría una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211;

Cuarto. Que en nuestro ordenamiento jurídico las partes que celebran una determinada operación de concentración no se encuentran en general obligadas a consultarla o notificarla de manera previa a los organismos encargados de velar por la libre competencia. Sin perjuicio de esto, una operación de concentración puede ser revisada previamente por este Tribunal, por la vía de la consulta contemplada en el artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211; o bien mediante la aprobación de un acuerdo extrajudicial suscrito con la FNE en virtud de lo dispuesto en el artículo 39° ñ) del citado decreto ley;

Quinto. Que del examen de una operación de concentración desde la perspectiva del derecho de la competencia puede resultar su aprobación pura y simple, su prohibición, o su sujeción al cumplimiento de ciertas medidas. Mientras el establecimiento de medidas respecto de operaciones de concentración que aún no se han materializado persigue que no nazcan a la vida del derecho hechos, actos o contratos que puedan afectar la libre competencia, la imposición de medidas respecto de operaciones ya materializadas pretende que los hechos, actos o contratos que ya afectan la libre competencia dejen de hacerlo. En ambos casos, las medidas tienen por objeto evitar que los respectivos hechos, actos o contratos “*sean antijurídicos desde el punto de vista de las normas protectoras de la libre competencia*” (Sentencia N° 86/2009, consideración quinta);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexto. Que el juicio contencioso en el que se discute el eventual incumplimiento de las medidas impuestas o aprobadas por una resolución de este Tribunal no tiene por objeto discutir sobre la necesidad de dichas medidas para que el respectivo hecho, acto o convención se conforme con las disposiciones del D.L. N° 211, pues tal cuestión fue objeto del respectivo procedimiento de consulta o de acuerdo extrajudicial, según haya sido el caso. En efecto, sólo es procedente dejar sin efecto o modificar una medida preventiva o correctiva si se solicita un pronunciamiento de este Tribunal basado en la acreditación de nuevos antecedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32° del D.L. N° 211;

Séptimo. Que, por consiguiente, el proceso contencioso por incumplimiento de condiciones o medidas tiene dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas por este Tribunal; y, (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción al D.L. N° 211. En el evento de ser acreditado un incumplimiento culpable, este Tribunal puede imponer alguna de las sanciones establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal también puede aplicar nuevas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del mismo cuerpo legal;

Octavo. Que en lo que respecta a la determinación de la culpabilidad del agente económico, debe tenerse presente que las medidas conductuales o estructurales impuestas por este Tribunal constituyen deberes de conducta destinados precisamente a mitigar los riesgos o las lesiones a la libre competencia causados por el hecho, acto o convención revisado. A juicio de este Tribunal, 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. En otras palabras, corresponde sancionar al sujeto que incumplió total o parcialmente la medida pudiendo haberla cumplido y exculpar a aquél a quien le resultó imposible cumplir. Para estos efectos, la culpabilidad del agente económico al que se le imputa el incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario;

Noveno. Que la concepción de la culpa infraccional en términos de capacidad de cumplimiento es confirmada por Alejandro Nieto cuando señala que *“no puede prescindirse nunca del requisito de la posibilidad de evitar el resultado por la sencilla razón de que el Derecho no exige nunca cosas imposibles”* (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 5ª ed., 2012, p. 341). En igual sentido, Cordero Quinzácaro sostiene que la culpa *“exige la reprochabilidad de la conducta del sujeto, en la medida que en la situación concreta podía haberse sometido a los mandatos y prohibiciones establecidos por la norma”* (Cordero Quinzácaro, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, julio 2014, p. 421). Del mismo modo, Cordero Vega indica que al analizar la legislación regulatoria, se puede constatar que gran parte de esas normas, *“están configuradas de manera que imponen a los administrados regulados una serie de obligaciones dentro del marco de las actividades que desarrollan [...] Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de la culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa”* (Cordero Vega, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Legal Publishing Chile, 2015. pp. 503-504);

Décimo. Que, finalmente, es importante considerar que toda medida preventiva o correctiva está compuesta no sólo de un objeto –esto es, una conducta exigida– sino también de una finalidad. En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (*“sensum”*) más que a las palabras (*“non verbum”*), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal –y de esa forma, dilucidar si el agente económico dio cumplimiento a las mismas–

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva teleológica o funcional);

Undécimo. Que en lo que respecta a la presente causa, con fecha 17 de septiembre de 2011 SMU adquirió todo el activo y pasivo de Supermercados del Sur S.A., *“quedando, por tanto, SdS disuelta y sus accionistas incorporados a la propiedad accionaria de SMU”* (proceso rol NC N° 397-11, fojas 230). Luego, con fecha 20 de septiembre de ese mismo año, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18° N° 2 y 31° del D.L. N° 211, SMU presentó una consulta en virtud de la cual este Tribunal se pronunció, mediante la Resolución N° 43/2012, acerca de si los efectos derivados de la operación de concentración entre SMU y SdS se ajustaban o no a la normativa de defensa de la libre competencia. Dicha resolución fue luego confirmada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de septiembre de 2013;

Duodécimo. Que en la Resolución N° 43/2012 se indicó que la operación consultada sólo se ajustaría a la libre competencia si daba cumplimiento a las seis medidas que allí fueron explicitadas. En efecto, en la Resolución N° 43/2012 se señaló que *“esta fusión modifica significativamente la estructura de este mercado y relaja la tensión competitiva en el mismo. Por ello, ha optado por ordenar medidas de mitigación estructurales [...]”* (párrafo 15.1). Consecuentemente, resolvió: *“[d]eclarar que el asunto consultado por SMU S.A. a fojas 227, relativo a la fusión entre dicha sociedad y Supermercados del Sur S.A., se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211 siempre que cumpla con las siguientes condiciones [...]”*;

Decimotercero. Que, efectuadas las consideraciones precedentes, corresponde analizar los incumplimientos imputados por la Fiscalía. Atendidas las alegaciones de las partes, el ámbito de la controversia en el caso de las Condiciones Primera y Segunda N°1 es distinto de aquél que enmarca el escrutinio de la Condición Tercera. En lo que respecta a las dos primeras, se debe examinar si dichas condiciones fueron incumplidas y si tal incumplimiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fue culpable. Respecto de la Condición Tercera, en cambio, el incumplimiento por parte de SMU no ha sido controvertido, por lo que sólo se debe analizar si tal incumplimiento fue culpable. En lo sucesivo, este Tribunal analizará las acusaciones de la FNE respecto de cada una de dichas condiciones en el siguiente orden: la relativa a la Condición Primera en las consideraciones Decimocuarta a Quincuagésimo primera; la relativa a la Condición Segunda N° 1 en las consideraciones Quincuagésimo segunda a Nonagésimo séptima; y la relativa a la Condición Tercera en las consideraciones Nonagésimo octava a Centésimo vigésimo novena;

Decimocuarto. Que, de acuerdo con lo dispuesto en la Condición Primera, SMU estaba obligada a completar la enajenación del conjunto de activos singularizados en la Resolución N° 43/2012 como unidad económica. Tales activos eran los siguientes: (i) los locales de supermercados señalados en las letras a) a r) de dicha condición, en los términos que allí se indican; (ii) tres centros de distribución operados por SdS; y, (iii) a lo menos una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por SMU que no hubieran estado siendo utilizadas comercialmente a la fecha de la consulta. La Condición Primera estableció además requisitos que delimitaban quién podía ser adquirente de los activos; impuso un plazo perentorio de cumplimiento; y 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;

Decimoquinto. Que según consta a fojas 2 del Tomo I del Cuaderno de Documentos de Versiones Públicas de SMU, con fecha 3 de junio de 2014 fue celebrado el Contrato de Compraventa de Acciones entre Rendic y Network Retail (vinculada al empresario Sr. Guillermo Villablanca Rojas), mediante el cual esta última habría adquirido la totalidad de las acciones de Bigger S.p.A., sociedad a la que previamente se le habrían transferido todos los activos que SMU debía desinvertir en virtud de la Condición Primera;

Decimosexto. Que de acuerdo con la Cláusula Primera del Contrato de Compraventa de Acciones, *“Rendic Hermanos S.A., representado en la forma indicada en la comparecencia, vende, cede y transfiere a Network Retail SpA,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

quien compra, acepta y adquiere para sí, la cantidad de 14.656.996 acciones de la Sociedad [Bigger], equivalentes a esta fecha al 100% del capital social de la Sociedad, libres de todo gravamen, prenda, prohibición, pacto de accionistas, deuda y de cualquier limitación al dominio. La tradición del 100% de las Acciones se verifica en este acto, habiendo por parte del Vendedor la facultad e intención de transferirlas y por parte del Comprador la capacidad e intención de adquirirlas, mediante la respectiva inscripción de las Acciones objeto de esta compraventa a nombre del Comprador en el Registro de Accionistas de la Sociedad. Lo anterior, se efectúa en este acto previa inutilización de los títulos representativos de las Acciones a nombre del Vendedor y la emisión de los nuevos títulos accionarios a nombre del Comprador". Asimismo, de acuerdo con lo declarado en la Cláusula Tercera del referido contrato, Network Retail recibió conforme "los títulos de acciones de la Sociedad que representan las Acciones, debidamente inutilizados, y los nuevos títulos de acciones de la Sociedad que dan cuenta de la adquisición por parte del Comprador de las acciones", así como las cartas de renuncia de los directores designados por SMU en Bigger. Adicionalmente, el Contrato de Compraventa de Acciones reguló en sus cláusulas octava y novena los efectos que se derivarían de algún eventual incumplimiento, indicando que, en tales casos, la parte diligente "solo podrá pedir el cumplimiento forzado del Contrato";

Decimoséptimo. Que, adicionalmente, SMU y Network Retail celebraron, junto con ese instrumento, los siguientes contratos o convenciones conexas: (i) cesiones de contratos de arrendamiento y contratos de subarrendamiento de los locales comerciales y centros de distribución incluidos en los activos que se estaban enajenando; (ii) transferencias y cesiones de establecimientos comerciales, patentes comerciales, de alcoholes y resoluciones sanitarias; (iii) contrato de fianza y codeuda solidaria, celebrado entre don Guillermo Villablanca Rojas y Rendic; (iv) contrato de operación transitoria de supermercados, celebrado entre Bigger S.p.A. y Rendic; (v) contrato de prestación de servicios, que incluye diversas prestaciones que se detallarán en la consideración Vigésimo cuarta, celebrado entre Bigger S.p.A. y Rendic; (vi) licencia de las marcas "Bigger"; (vii) traspaso de las acciones; y (viii) convenios de pago

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proporcional de cuentas de servicios básicos (acompañados por SMU a fojas 437);

Decimoctavo. Que la FNE acusa que, a la fecha de presentación del requerimiento (esto es, al 30 de junio de 2014), SMU habría continuado operando, por su propia cuenta y riesgo, los activos que debía enajenar, en abierto incumplimiento de la Condición Primera. En efecto, si bien no desconoce que se celebró el Contrato de Compraventa de Acciones, indica que los contratos celebrados en paralelo y en esa misma fecha le habrían permitido a SMU eludir el cumplimiento de la condición. De acuerdo con la FNE, atendida la existencia de tales contratos, *“SMU incumplió, y sigue incumpliendo la Condición Primera”* pues, *“a través de la figura ya señalada, de facto, prolongó el plazo fijado por el H. Tribunal”* para la enajenación, dejando subsistentes *“los riesgos que se buscaron mitigar con el establecimiento de la condición”* (fojas 12 y 13);

Decimonoveno. Que, por el contrario, SMU sostiene que en virtud del Contrato de Compraventa de Acciones se produjo efectivamente la enajenación de la unidad económica conformada por los activos que la Condición Primera le ordenó vender (a fojas 303 y 309 a 312);

Vigésimo. Que de lo expuesto se sigue que no existe controversia entre las partes acerca de la celebración del Contrato de Compraventa de Acciones el 3 de junio de 2014, ni sobre el hecho que dicho instrumento estaba destinado a transferir el dominio de los activos que la Resolución N° 43/2012 ordenó a SMU desprenderse. Sin embargo, sí existe controversia respecto de si tal transferencia de dominio puede ser considerada suficiente para cumplir oportunamente con la Condición Primera, atendida la existencia y el tenor de los contratos conexos mencionados en la consideración Decimoséptima. Esto justificó que este Tribunal fijara como primer hecho sustancial, pertinente y controvertido sobre el que debía recaer la prueba, las *“condiciones y contenidos de los contratos suscritos por SMU S.A. y sus relacionadas, por una parte, y Network Retail SpA. y sus relacionadas, por otra, con ocasión de la compraventa de los activos referidos en la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal y demás actos y contratos ejecutados y/o celebrados tendientes a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su enajenación. Hechos y circunstancias que justificarían dichas condiciones y contenidos” (fojas 381);

Vigésimo primero. Que un análisis de los contratos conexos permite inferir que la mayoría de ellos tuvo por objeto posibilitar el perfeccionamiento de la operación económica de que da cuenta el Contrato de Compraventa de Acciones. En efecto, los singularizados en los numerales (i), (ii), (vi) y (vii) de la consideración Decimoséptima fueron suscritos con el fin de materializar las obligaciones asumidas por SMU y Network Retail en el Contrato de Compraventa de Acciones; el singularizado en el numeral (viii) estuvo destinado a regular la forma en que las partes se repartirían el pago de ciertos servicios básicos; y el singularizado en el numeral (iii) tuvo por finalidad garantizar el pago del precio por parte de la sociedad adquirente a SMU;

Vigésimo segundo. Que, en cambio, los contratos indicados en los numerales (iv) y (v) de la consideración Decimoséptima tuvieron un objetivo diverso, según se analiza en las consideraciones siguientes;

Vigésimo tercero. Que el contrato singularizado en el numeral (iv) de la consideración Decimoséptima es el Contrato de Operación Transitoria, que rola a fojas 972 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos Acompañados SMU S.A. En virtud de dicho contrato, Rendic se obligó a continuar operando, por cuenta propia, todos los activos necesarios para el funcionamiento de los locales hasta el día 31 de julio de 2014. Según se expresa en la sección “Antecedentes” del Contrato de Operación Transitoria, su celebración se justificó en que, sin perjuicio de que Network Retail era controladora de los locales comerciales y supermercados mayoristas “Dipac”, no habría contado *“a esta fecha [la de celebración del Contrato de Operación Transitoria] con la plataforma comercial, operativa, logística, de recursos humanos y de sistemas que le permita operar y explotar comercialmente los Locales Comerciales en forma inmediata, a contar de esta fecha”*;

Vigésimo cuarto. Que, por su parte, el contrato singularizado en el numeral (v) de la consideración Decimoséptima es el Contrato de Prestación de Soporte TI, Comercial Logístico, de Abastecimiento, Distribución y Recursos Humanos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(en adelante, el “Contrato de Soporte”), que rola a fojas 981 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos Acompañados SMU S.A. En virtud de dicho contrato SMU se obligó esencialmente a otorgar a Bigger S.p.A.: (i) soporte comercial, (ii) soporte logístico, de abastecimiento y de distribución, (iii) soporte de tecnologías de la información (“TI”); y, (iv) soporte de recursos humanos;

Vigésimo quinto. Que SMU ratificó la distinción entre el Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Soporte, por una parte, y los demás contratos anexos al Contrato de Compraventa de Acciones, por la otra. A este respecto, SMU explicó que con fecha 13 de mayo de 2014 recibió, de parte del Sr. Guillermo Villablanca Rojas, una primera oferta verbal de compra por los activos que debía desinvertir de acuerdo con la Condición Primera. Sin embargo, dado que durante las negociaciones el comprador habría manifestado una “*especial preocupación*” (fojas 310) por garantizar la continuidad de la operación de los locales, habría sido necesario celebrar el Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Soporte a fin de efectuar un “*traspaso ordenado y eficiente en beneficio de los compradores*” (ibídem). Por lo mismo, se habría establecido un período de transición de sesenta días contados desde el 3 de junio de 2014, cuyo objetivo habría sido no afectar la operación de los locales para que el comprador pudiera recibirlos operativamente (en adelante “Período Transitorio”). Es decir, SMU asevera que tanto el Contrato de Operación Transitoria como el Contrato de Soporte no habrían tenido relación con la transferencia de los activos ordenados enajenar, sino que habrían sido una exigencia de la compradora Network Retail como condición esencial el cierre del negocio;

Vigésimo sexto. Que, en este sentido, el Sr. Guillermo Villablanca Rojas, Gerente General de Network Retail, afirmó que “[...] *nosotros le propusimos a SMU que estábamos abiertos a comprar estos locales, pero nos tenían que dar un soporte, por ejemplo, en el área de tecnología, la cual es la más compleja, de a lo menos 18 meses, darnos algún soporte en los temas de recursos humanos y comerciales que le propusimos al 30 de abril del año 2015. [...] A nivel de Abastecimiento, le propusimos que nos apoyaran por 6 meses, o sea, pusimos varias condiciones, [...] que implicaba no poner en riesgo la operación, dado que Distribuidora del Pacífico, operacionalmente era una compañía que no tenía los*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

soportes tecnológicos y el equipo humano para poder enfrentar este desafío” (fojas 660). Luego, agrega que “[e]l primer elemento que nosotros le pusimos en la mesa a SMU era que nosotros no podíamos tomar la operación física de los locales el día 3 de junio. [...] Les propusimos incluso, no recuerdo exactamente la fecha más larga posible, pero el grupo SMU planteó que era inviable, pero ellos nos plantearon que podían ellos seguir operando, para que no se caiga la operación, por un período transitorio, por lo cual acordamos que fuera hasta el 30 de julio, por lo tanto nosotros físicamente tomar la operación el primero de agosto” (fojas 661);

Vigésimo séptimo. Que, en la misma línea, el Sr. Héctor Campos Moraga, Gerente de Operaciones de Network Retail, declaró que “[...] *no teníamos la estructura administrativa de back-office, no teníamos la estructura comercial, no teníamos tampoco la estructura sistémica, que finalmente, [sic] y ni tampoco la logística, que son los cuatro principales pilares, obviamente, sobre los cuales uno puede sustentar el negocio y la sustentabilidad futura del mismo”* agregando que “[...] *una de las condiciones importantes que yo establecí, y que de alguna forma también se estableció en las posteriores negociaciones, es que necesitamos un plazo, de por lo menos 6 meses, para poder tomar control”* (fojas 678);

Vigésimo octavo. Que, adicionalmente, resulta útil para acreditar este punto la declaración del Sr. Enrique Marmellini Sobrino, quien declaró en su calidad de experto en el rubro de las intermediaciones supermercadistas. Sobre este punto, el Sr. Marmellini expresó que “[...] *ahí se procedió a la firma y se cerró el negocio con Villablanca, estructurándolo de una forma tal que fuera operativamente posible. Todos estos negocios, yo he participado en muchos, son muy complejos de entregar operativamente cuando en general se pide continuidad en ventas”* (fojas 622) para luego agregar que “[...] *esto no es llegar y decir ‘esto se vende y te haces cargo’. Y qué hago mañana, yo tengo que tener una preparación en la gente, vender los sistemas, colocar mis precios, colocar mis códigos, cómo se llama, los chips de impuestos internos, hay cincuenta situaciones individuales en cada cosa que son importantes”* (fojas 623);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo noveno. Que el tenor de las declaraciones anteriores, que no han sido desvirtuadas por otras pruebas acompañadas al proceso, permite tener por acreditado que tanto la existencia del Período Transitorio como la celebración del Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Soporte respondieron a una exigencia del adquirente. Esto también permite acreditar que dicha exigencia constituye una práctica habitual en ese tipo de operaciones y que, en el caso concreto, se justificaba dada la cantidad de locales que Network Retail adquirió en relación con el tamaño y ubicación de Dipac;

Trigésimo. Que, entonces, es necesario determinar si SMU cumplió con la Condición Primera, atendidos los términos de los contratos referidos en las consideraciones precedentes. Para ello, este Tribunal atenderá a la finalidad que se tuvo a la vista al imponer la referida condición;

Trigésimo primero. Que la Resolución N° 43/2012 estableció que la operación de concentración entre SMU y SdS eliminó completamente la competencia entre los locales de tales firmas, lo que contribuyó a consolidar el poder de mercado de SMU en algunas localidades. Ese cambio en la estructura del mercado modificaba *“los incentivos que la firma resultante tiene al momento de fijar sus precios –u otra dimensión de competencia relevante–”* (párrafo 11.1) ya que *“se elimina la presión competitiva que existía anteriormente entre éstas, lo que empuja los precios al alza”* (párrafo 11.4);

Trigésimo segundo. Que a fin de mitigar los referidos riesgos unilaterales, este Tribunal impuso la Condición Primera, con el objeto de *“disminuir los riesgos producidos por la mayor concentración en cada comuna y en la venta de la participación de SMU en Montserrat”* (párrafo 14.9), en particular aquellos consistentes en que *“las firmas fusionadas tendrán incentivos a subir los precios después de la fusión, ya que parte de los clientes que hubiesen perdido por un alza de precios antes de la fusión, harán sus compras en la firma adquirida, que ahora es también de su propiedad”* (párrafos 14.11. y 15.1. de la Resolución N° 43/2012);

Trigésimo tercero. Que, en definitiva, la finalidad directa de la medida de desinversión impuesta mediante la Condición Primera era que, al cabo de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocho meses fijados para su cumplimiento, 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;

Trigésimo cuarto. Que SMU indica que el Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Soporte estarían plenamente justificados, pues habrían permitido el ingreso de un nuevo operador al mercado de supermercados. En su entender, ese efecto habría estado en línea con la finalidad que este Tribunal habría tenido en cuenta al imponer la Condición Primera, pues las desinversiones debían “*servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo*”, lo que justificó que se ordenara la enajenación como unidad económica (Resolución 43/2012, párrafo 15.2.). Sin embargo, ello no es correcto, pues si bien entre los objetivos que se tuvo en vista al imponer la Condición Primera se encontraba el de potenciar efectivamente la entrada de un nuevo competidor, es manifiesto que tal finalidad sólo tenía un carácter accesorio frente al objetivo principal, consistente en restablecer las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión entre SMU y SdS;

Trigésimo quinto. Que, aclarados el sentido y la finalidad de la Condición Primera, este Tribunal analizará las estipulaciones del Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Soporte y sus efectos respecto del Contrato de Compraventa de Acciones. En primer término, el Contrato de Operación Transitoria estableció que a pesar de que SMU vendió los locales objeto de la Condición Primera, éstos debían ser operados durante el Período Transitorio bajo su sola responsabilidad y riesgo, asumiendo otras obligaciones adicionales durante dicho período. En efecto, en dicho contrato, junto con señalar que correspondería a SMU “*la administración y operación diaria de cada uno de los Locales Comerciales*”, se especificó que esta última también estaría encargada “[d]el suministro y administración del back office necesario para asegurar la operación continua de los Locales Comerciales”; “*la mantención y contratación del personal necesario de sala y administración de los Locales Comerciales, bajo su completa responsabilidad legal como empleador*”; y, “*la contratación y mantención de seguros respecto a todos los bienes y operaciones relacionadas*”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con los Locales Comerciales” (Contrato de Operación Transitoria, páginas 2 y 3, cláusula segunda sobre “Operación Transitoria de Supermercados”, numerales (i) a (iv), a fojas 973 y 974 del Tomo III del cuaderno de documentos acompañados por SMU S.A);

Trigésimo sexto. Que, lo anterior se confirma con el contenido del Contrato de Soporte, por el que SMU se obligó a prestar a Bigger una serie de servicios, incluyendo servicios de soporte comercial referidos a la gestión de surtidos, política de precios (*pricing*), promociones y otras materias hasta el día 30 de septiembre de 2014. En efecto, en el Anexo 2.1. del Contrato de Soporte se señala “*la asignación de productos en los surtidos definidos por Bigger serán de su exclusiva responsabilidad a partir del 1 de agosto del año 2014*” (fojas 986 del Tomo III del Cuaderno de Documentos Acompañados SMU S.A), no de la fecha de suscripción; y que recién a partir del 1 de agosto de 2014 “*la mantención de precios de venta para los productos contenidos en cada lista de precios [...] deberá ser trabajados [sic] en forma exclusiva por personal de Bigger*” (fojas 988 del Tomo III del Cuaderno de Documentos Acompañados SMU S.A), mientras que “*la mantención de precios de venta para los Locales Comerciales, durante los meses de junio y julio de 2014, será de exclusiva responsabilidad de SMU*” (ibídem). Igual cosa aconteció con la carga de precios de venta promocionales, así como las bajas de precios por reacción a la competencia, *sobrestock* o por vencimiento, todos los cuales debían ser “*trabajados*” por Bigger en forma exclusiva sólo “*a contar del 1 de agosto de 2014*” (ibídem);

Trigésimo séptimo. Que, por otra parte, como contraprestación por la administración y explotación de los locales SMU tenía “[...] *derecho a facturar y recibir para sí y hasta por el monto de ventas que se indica a continuación [\$10.000.000.000, diez mil millones de pesos] todos los ingresos generados por la operación de los Locales Comerciales durante el Período Transitorio, asumiendo a su vez todos los gastos y costos de la referida operación. En caso de resultar pérdidas por la referida operación, éstas también deberán ser asumidas por Rendic*”. Respecto de los montos vendidos en exceso de dicha suma SMU mantenía el derecho a las ganancias, descontado un 3% perteneciente a Bigger (Contrato de Operación Transitoria, página 3, cláusula

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tercera “Contraprestación” fojas 974 del Tomo III del cuaderno de documentos acompañados por SMU S.A.);

Trigésimo octavo. Que de lo indicado en las consideraciones precedentes resulta evidente que, al menos durante el Período Transitorio –es decir, luego de transcurrido el plazo de ocho meses para que fueran enajenados los activos indicados en la Condición Primera– SMU mantuvo para sí una serie de decisiones estratégicas sobre los locales que fueron objeto del Contrato de Compraventa de Acciones, asumiendo los ingresos, gastos y costos de la referida operación;

Trigésimo noveno. Que, en virtud de lo anterior, a pesar de que SMU celebró con fecha 3 de junio de 2014 el Contrato de Compraventa de Acciones tendiente a enajenar la totalidad de los activos indicados en la Condición Primera –según se indicó en la consideración Decimoquinta– las modificaciones establecidas en el Contrato de Operación Transitoria y en el Contrato de Soporte constituyen un incumplimiento de dicha condición. En efecto, esas modificaciones determinaron que SMU siguiera administrando todos y cada uno de los activos “*bajo su responsabilidad y riesgo*” y le correspondiera su gestión comercial, frustrando así la finalidad de la medida de desinversión impuesta mediante la Condición Primera (esto es, la existencia de locales administrados independientemente que mitigaran los riesgos unilaterales de alza de precios);

Cuadragésimo. Que a juicio de este Tribunal, el incumplimiento de la Condición Primera se produjo esencialmente como consecuencia de la suscripción del Contrato de Operación Transitoria, pues es en virtud de dicho contrato que los riesgos, costos y el beneficio económico –o las pérdidas– derivados de la explotación de los activos que SMU debía desinvertir siguieron correspondiéndole a la requerida con posterioridad al plazo establecido en Resolución N° 43/2012. En virtud de lo anterior, este Tribunal estima que el incumplimiento se prolongó hasta el día 31 de julio de 2014 (fin del Período Transitorio). Lo anterior, es sin perjuicio de tener presente que ciertas estipulaciones del Contrato de Soporte otorgaron a SMU el derecho a efectuar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

decisiones comerciales estratégicas sobre los activos a ser desinvertidos con posterioridad a dicha fecha;

Cuadragésimo primero. Que resulta necesario determinar ahora si el incumplimiento descrito en las consideraciones precedentes justifica la imposición de una sanción o si concurre a su respecto una causal de exención o atenuación de responsabilidad. Esta es una consecuencia lógica de la necesidad de calificar el incumplimiento como culpable para que proceda la aplicación de una sanción, según se ha señalado en las consideraciones Séptima y Octava;

Cuadragésimo segundo. Que este Tribunal analizará si se justifica eximir de responsabilidad a SMU o, en su caso, atenuar dicha responsabilidad por: (i) el hecho de que la administración, operación, y explotación de los activos a enajenar durante el Período Transitorio fuera una exigencia impuesta por el comprador (consideraciones Vigésimo quinta a Vigésimo novena); y, (ii) la contratación de un experto –el Sr. Marmentini– para que asesorara a SMU y gestionara la venta de los activos, estableciendo incentivos pecuniarios a efectos de lograr el cumplimiento de la condición mediante un sistema de remuneración variable que dependía del éxito de las gestiones (como se desprende del contrato de mandato entre SMU y MyV Gestión Inmobiliaria S.A., acompañado por SMU en su presentación de fojas 437);

Cuadragésimo tercero. Que, a juicio de este Tribunal, las exigencias de Network Retail relativas a que SMU continuara administrando los locales enajenados no justifican el cumplimiento extemporáneo de la Condición. En efecto, Network Retail no era el único posible comprador de los activos y, en consecuencia, frente a su advertencia de no poder administrarlos dentro del plazo fijado en la Resolución N° 43/2012, SMU bien pudo haber optado por seguir buscando otros potenciales compradores o rechazar la oferta de la primera, entre otras posibilidades;

Cuadragésimo cuarto. Que respecto de las gestiones efectuadas por SMU para dar cumplimiento a la Condición Primera, a fojas 1198 del Tomo III del Cuaderno de Documentos Reservados de SMU consta el Contrato de Mandato entre SMU y MyV Gestión Inmobiliaria S.A. (“MyV”), firmado con fecha 30 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diciembre de 2013. En su declaración ante este Tribunal (a fojas 507), el Sr. Enrique Marmentini Sobrino (socio de MyV) señaló que “[...] *fui contratado por SMU para buscar la venta de los activos que el Tribunal de la Libre Competencia, y sancionado por la Corte digamos, había obligado hacer [...]*”, agregando luego, respecto de la fecha límite para la venta de los activos, que “[...] *nosotros teníamos que terminar esto, cerrar y tener firmada la venta en junio [de 2014]*”;

Cuadragésimo quinto. Que dicho contrato también contempla los incentivos necesarios tanto para que el mandatario buscase obtener el mayor valor por la venta de los Activos (“*SMU pagará al Mandatario una Comisión por Éxito, por la suma correspondiente al 2% del valor neto de la venta de los Activos, más IVA*”) como para cumplir dentro del plazo establecido previamente (“[...] *en caso que el Mandatario cumpla íntegramente el Encargo y los Activos se encuentren enajenados en la forma acordada, antes del día 7 de junio de 2014*” (según consta a fojas 2170));

Cuadragésimo sexto. Que a fojas 1207 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos Reservados de SMU consta el Anexo Técnico elaborado por MyV, que describe el encargo de SMU, analiza sus dificultades y elabora un plan de acción para la venta de los Activos. Asimismo, a fojas 1216 del Tomo III del Cuaderno de Documentos Reservados de SMU rola el Informe Final Proyecto TDLC, de fecha 10 de diciembre de 2014, en que MyV realiza un resumen pormenorizado de todo el proceso de venta de los activos que le fue encargado. Por último, constan en estos autos la declaración testimonial del Sr. Guillermo Villablanca Rojas (fojas 524) y la ya citada declaración del señor Marmentini, que facilitan a este Tribunal la comprensión de los hechos y circunstancias relativos al proceso de venta de los activos necesarios para dar cumplimiento a la Condición Primera;

Cuadragésimo séptimo. Que de los documentos y declaraciones antes citados este Tribunal puede concluir que el proceso de venta de los activos antes descrito presentó diversas dificultades objetivas que pudieron obstaculizar el cumplimiento de la misma dentro del plazo establecido por este Tribunal. Entre éstas destacan: (i) las características diversas de los activos a enajenar, tanto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en su distribución geográfica como en su tamaño e infraestructura; (ii) la exigencia de enajenación como unidad económica; y (iii) la restricción de los compradores a quienes mantuviesen una participación de mercado inferior al 25%; estas dos últimas exigidas por la Resolución N° 43/2012;

Cuadragésimo octavo. Que en lo que respecta al primero de estos puntos, el señor Marmentini declaró que “[...] *eran veinte locales [...] que estaban desde, sí, desde Casablana hasta Coyhaique, con locales muy diferentes en tamaño, unos chicos, medianos, grandes. Unos que estaban, les iba muy mal, otros regular y otros mejor. Una circunstancia bastante atípica para lo que efectivamente es un negocio de Retail, que quiere un cierto estándar, un manejo, una lógica, conocimiento, una región, una logística*”;

Cuadragésimo noveno. Que en cuanto a la exigencia de enajenar todos los activos como una única unidad económica, el señor Marmentini señaló también que “[...] *había que buscar quienes fueran compradores en total de todas las cosas, quién podía serlo, o buscar una estrategia alternativa [...] que cómo podíamos buscar una unificación de distintos operadores pequeños, para, bajo una forma de asociatividad, crear una cooperativa [...]*”. Así, el previamente citado Informe Final Proyecto TDLC estimó difícil que existiera interés de un único comprador para todo el paquete, señalando que a algunos compradores potenciales no les interesaba el conjunto de activos, sino algunos locales en particular, mientras que otro comprador descartó completamente la compra de un paquete cerrado, con locales tan diferentes en formato y tan alejados;

Quincuagésimo. Que, por último, respecto de la restricción a potenciales compradores, SMU señaló en su contestación que “[...] *imponían un reto de envergadura, más aun cuando los 2 principales actores de la industria, y que de hecho manifestaron previamente interés en el proceso de venta, estaban impedidos de participar*”, agregando luego que, de este modo “[...] *las alternativas de potenciales interesados en la nueva unidad económica que debía formarse con los activos sujetos a desinversión se redujeron considerablemente, más aun si se considera que en los últimos años no han existido nuevos entrantes relevantes al mercado*” (fojas 307). Del mismo modo, el señor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Marmentini, contratado por SMU para vender los activos, declaró que los operadores grandes contactados para la compra de la unidad económica “[...] fueron pocos, porque no podía ser Walmart, no podía ser Santa Isabel, porque tenían más de un 25%, no podía ser Montserrat en este caso porque era relacionado, y quedaba Tottus, que era una posibilidad, que pertenece a Falabella, y de ahí quedaban unos pocos pequeños que tenían realmente una potencialidad de ser una cadena” (fojas 619) y que “[...] en términos de los compradores únicos, la primera instancia fue bastante negativa” (fojas 620);

Quincuagésimo primero. Que, en virtud de lo expuesto, este Tribunal estima que SMU incumplió culpablemente la Condición Primera. 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 Primera aunque con retraso y la circunstancia de que el Contrato de Operación Transitoria fue exigido por el comprador son hechos que serán considerados por este Tribunal al momento de establecer el grado de responsabilidad del infractor y, por ende, el tipo y la magnitud de las sanciones a aplicar;

Quincuagésimo segundo. Que, enseguida, la Condición Segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012 señala que “[e]n tanto no se complete la enajenación de locales indicados [en la Condición Primera] SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán [...] [m]antener 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”;

Quincuagésimo tercero. Que, en otras palabras, la Condición Segunda N° 1 imponía a SMU dos obligaciones: (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 en la presente causa se ha circunscrito a esta segunda obligación;

Quincuagésimo cuarto. Que para determinar si SMU dio o no cumplimiento a la Condición Segunda N° 1, se describirá en primer término la metodología

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

implementada por la requerida, que se explica en el informe elaborado por la empresa consultora Deloitte relativo al cumplimiento de la metodología de verificación de la equiparación de precios (acompañado fojas 2148). En particular, la metodología utilizada por SMU para constatar el cumplimiento de la condición consistió fundamentalmente en una ampliación a todos los locales singularizados en la Condición Primera del “Plan de Mitigación Voluntaria” (en adelante “PMV”) acompañado en la consulta que dio origen a la causa Rol NC N° 397-11 de este Tribunal, lo que en la práctica se realizó de la forma que se explica a continuación. En primer lugar, se eligió un “local de referencia” con el cual efectuar la comparación, el que se encontraba en la localidad más cercana que presentara condiciones competitivas –esto es, que contara con presencia de al menos dos de las cadenas de nivel nacional. Dicha localidad competitiva variaba según cada localidad en que estaba obligada a efectuar la equiparación y correspondió siempre a capitales regionales o provinciales. El local de referencia perteneció siempre a un competidor, concretamente, a establecimientos de la cadena Cencosud (marcas “Jumbo” o “Santa Isabel”). Luego, se comparó el precio de cada uno de los productos que se comercializaban en ambos locales, dividiendo el precio cobrado por el local de SMU por el cobrado por el local de referencia. El resultado de esa operación fue una razón entre los precios de cada producto, la que se encontraba en un rango entre 0,5 y 2, siendo descartadas las observaciones fuera de ese rango por estimarse que eran fruto de algún error en la medición (*outliers* en términos estadísticos). Cada una de las razones resultantes fue a su vez multiplicada por un ponderador que reflejaba la importancia relativa del producto en cuestión en las ventas totales del local afecto a la medida de mitigación. Finalmente, se verificó si la cifra resultante de tal ponderación se encontraba entre 97% y 101% para los locales que eran de SdS hasta antes de la fusión y entre 98% y 103% para los locales que eran de SMU;

Quincuagésimo quinto. Que el resultado de la aplicación de ese método implicó que los precios de cada producto no fueran necesariamente igualados a los precios de dichos productos en los locales de referencia, sino que un grupo de productos representativo presentara, en promedio, un nivel de precios similar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al del local de referencia. Es decir, no se usó un parámetro “precio a precio” sino uno “por canasta”;

Quincuagésimo sexto. Que en opinión de la Fiscalía, SMU no habría equiparado los precios de venta de sus productos del modo exigido por la Condición Segunda N° 1, infringiendo de este modo la libre competencia. En primer término la FNE reprocha que SMU haya utilizado los precios cobrados por establecimientos de la competencia. Al respecto, la FNE sostiene que, al efectuar ella misma la comparación del modo que considera correcto –esto es, comparando con los propios locales de SMU–, se evidenciarían importantes diferencias en los precios cobrados en los locales comparados. En esta misma línea, la FNE indica que, de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal en su Resolución N° 43/2012, el monitoreo de precios puede constituir una conducta facilitadora de la colusión, de modo que no sería lógico que el Tribunal hubiera pretendido o sugerido que SMU equiparara sus precios con la competencia;

Quincuagésimo séptimo. Que, en segundo término, la FNE recrimina a SMU no haber equiparado los precios de los locales por unidad de producto, sino haber elaborado canastas de productos, ponderadas por venta, cuyos precios se comparaban con aquellos de la competencia. De haberse cumplido la Condición Segunda N° 1, sostiene la Fiscalía, necesariamente cada uno de los precios cobrados en cada uno de esos locales de SMU debieron haber sido equivalentes a los de la competencia. Sin embargo, un informe elaborado por la Fiscalía (acompañado en su presentación de fojas 1887) señala que se habrían observado importantes diferencias de precios en hasta un 47% de los productos;

Quincuagésimo octavo. Que, según la FNE, la prueba acompañada acreditaría que la metodología de SMU no era idónea para lograr una equiparación de precios entre productos determinados, cuestión que habría derivado en que no se cumpliera lo solicitado por este Tribunal. Lo que SMU realmente habría buscado con su metodología era que el precio promedio de una canasta de productos de las zonas de mitigación se posicionara dentro de un determinado rango, previamente fijado en función del precio promedio de la misma canasta comercializada en la comuna de referencia. A su juicio, ese

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejercicio no habría buscado ni logrado que el precio de las canastas fuese igual, sino únicamente que el precio promedio de la canasta se ubicara dentro de un rango cercano al 100%, definido arbitrariamente por SMU y que no habría sido igual para todos sus supermercados. La FNE indica que la metodología de SMU tampoco habría logrado necesariamente que los precios de cada uno de los productos que componían las canastas ponderadas por ventas se igualaran entre los locales de mitigación y de referencia, ni que se ubicaran dentro de los rangos establecidos para las canastas. En definitiva, concluye la FNE, el sistema implementado por SMU no habría sido más que la continuación de su política general de precios, que le permitió cobrar un sobreprecio en diversos productos en las comunas de referencia, ya sea que se compare con sus propios precios en la comuna de referencia o aquellos de los locales elegidos por la requerida;

Quincuagésimo noveno. Que, por su parte, SMU alega la improcedencia de los cuestionamientos del Requerimiento pues, en su opinión, no sería efectivo que la Resolución N° 43/2012 haya dispuesto que los locales de referencia utilizados para la equiparación de precios debían ser necesariamente de su propiedad. Sostiene que la Fiscalía intentaría imponer arbitrariamente una única metodología como válida para dar cumplimiento a la Condición Segunda N° 1, lo que contrariaría la generalidad de la misma, que permitiría adoptar múltiples formas de cumplimiento;

Sexagésimo. Que, en primer término, SMU argumenta que la selección de locales de la competencia para la equiparación de precios decretada habría obedecido a criterios de buena fe, transparencia e independencia. Indica que, dado que ella controla los precios de sus establecimientos en las localidades con condiciones de competencia suficiente, la comparación con éstos habría producido incentivos perversos a incrementar los precios en ellos con el fin de elevar los precios a niveles superiores a los competitivos en las localidades en que se ordenó desinvertir; esto incluso a riesgo de producir una pérdida de ingresos por la sustitución efectuada por los consumidores en dichas localidades con competencia. Ese incentivo lo habría evitado al comparar con los precios de la competencia, sobre los cuales SMU no tendría control alguno (fojas 304);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo primero. Que, en segundo lugar, respecto de las diferencias de precios observadas en la práctica, SMU indica que en el mes de marzo de 2014 la FNE le habría presentado de manera informal algunos resultados de los cálculos que había efectuado, los que mostraban precios tanto mayores como menores, “[...] *por lo que no ponía en duda la buena fe de parte de nuestra representada*” (fojas 323). Las eventuales diferencias de precios podrían explicarse, según señala SMU, por la existencia de promociones, ya sea del local de referencia o del local SMU, cuestión que la información de la empresa Nielsen –que funciona como fuente para la comparación de los precios– considera al momento de realizar el levantamiento de información en los supermercados;

Sexagésimo segundo. Que, por último, y tal como se señaló en la consideración Quincuagésimo cuarta, SMU señala que el ejercicio realizado correspondía a una continuación del PMV presentado en la citada consulta Rol NC N° 397-11 ante este Tribunal, el que no habría sido objetado por la FNE en oportunidad alguna;

Sexagésimo tercero. Que, atendido lo expuesto, el ámbito de la controversia respecto de la Condición Segunda dice relación con las siguientes materias: (i) determinar qué locales podía utilizar SMU como referencia; (ii) determinar en qué consiste equiparar precios; y, (iii) determinar si los precios en los locales que SMU debía desinvertir fueron efectivamente equiparados;

Sexagésimo cuarto. Que, para resolver dichas controversias, este Tribunal tendrá presente que la finalidad de la medida correctiva en comento era 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. Para ello, se buscó replicar en dichas localidades las condiciones de competencia de aquellas comunas en que SMU enfrentaba competencia suficiente;

Sexagésimo quinto. Que, entonces, corresponde decidir acerca del sentido y alcance de la expresión “equiparar”. Atendida la generalidad del tenor literal de la Condición Segunda (“*equiparar los precios existentes*”), dos interpretaciones son posibles: (i) considerar que la equiparación debía ser

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

realizada comparando los precios de cada uno de los productos ofertados por cada supermercado o unidad de negocios con los del respectivo local de referencia (posición de la FNE); o (ii) considerar que la equiparación podía también basarse en un promedio ponderado de los productos vendidos en dichas unidades de negocios (posición de SMU);

Sexagésimo sexto. Que atendida la generalidad de la Condición Segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012, este Tribunal admitirá 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, esto es, mantener niveles de precios equivalentes a los existentes en las localidades competitivas más cercanas, a fin de evitar la fijación de precios supracompetitivos en los supermercados ubicados en localidades que dejaron de ser competitivas después de perfeccionada la fusión;

Sexagésimo séptimo. Que, por otra parte, la política de precios de los supermercados se establece por lo general a partir de una canasta de bienes a precios competitivos. En general los supermercados fijan libremente sus precios con el objeto de competir por la preferencia de los consumidores intentando ofrecer un servicio de mejor calidad y un conjunto de bienes a precio competitivo para un grupo determinado de consumidores representativos. Para hacerlo, necesariamente deben comparar sus precios con los de empresas de su competencia y utilizar para ello los niveles de precios de una canasta de bienes representativa. Precisamente por ello el mercado relevante en el que participan los supermercados se distingue de los diversos mercados relevantes en los que participan los productores de los bienes que se distribuyen en ellos. Por lo anterior, el mercado relevante del producto en la industria de los supermercados ha sido definido por este Tribunal como el de “*distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar*” (Sentencias N° 9/2004, N° 65/2008 y N° 103/2010, así como en la Resolución N° 24/2008);

Sixty-eighth. Que en la literatura económica relativa a la industria de supermercados, tanto en Chile como a nivel internacional, se utiliza el concepto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de canasta o grupo de bienes en el análisis de la organización industrial del sector. Entre los estudios nacionales se encuentran, por ejemplo, Díaz, F., Galetovic, A. y Sanhueza, R.: “*Entrada, concentración y competencia: supermercados en Chile 1998-2006*”; Lira, L., R. Rivero y R. Vergara: “*Entry and Prices: Evidence from the Supermarket Sector*” en *Review of Industrial Organization* 31 del 2007; y Gómez-Lobo, A. y González, A. “*La relación entre los precios de los alimentos y la concentración de los supermercados en Chile: evidencia de un modelo dinámico de panel y análisis de los impactos de las fusiones propuestas en la industria*”, Departamento de Economía U. de Chile, julio del 2007. En cuanto a los estudios internacionales, podemos encontrar, entre otros, a Chávez, M.: “*The Transformation of Mexican Retailing with Nafta*”, en *Development Policy Review* 20, 2002, pp. 503-513; y Goldman, A.: “*Supermarkets in China: The Case of Shanghai*”, en *International Review of Retail, Distribution & Consumer Research*, N° 10, 2000, pp. 1-21;

Sexagésimo noveno. Que dado que tanto en la teoría como en la práctica se utilizan canastas de precios para comparar y evaluar la competencia entre actores de la industria de supermercados, este Tribunal estima que una forma legítima y razonable de cumplir con la Condición Segunda N° 1 era 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;

Septuagésimo. Que, por otra parte, en lo que respecta a la decisión de compararse con establecimientos de la competencia o de su propiedad, este Tribunal estima que, dado que la Condición Segunda N° 1 no indica expresamente cuáles deben ser los establecimientos dentro de la localidad competitiva más cercana que debían ser utilizados para la equiparación de precios, SMU tenía la posibilidad de elegir indistintamente establecimientos de la competencia o de su propiedad en las comunas de referencia. En efecto, si el Tribunal hubiere estimado que existía una única forma de cumplir la condición lo habría dicho expresamente, pues de lo contrario habría creado incertidumbre allí donde tenía certeza;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo primero. Que el razonamiento que expone la requerida en su contestación es que, de haberse comparado con los locales de su propiedad se habría producido el riesgo de que SMU incrementara estratégicamente sus precios en los locales de referencia para poder cobrar precios supracompetitivos en los locales objeto de la medida (fojas 304). Dicho riesgo no existiría al utilizarse los precios de la competencia, sobre los cuales SMU no tendría ninguna influencia. Este Tribunal está de acuerdo en que el riesgo descrito por SMU existía y que el mismo se podía evitar equiparando los precios con los de los locales de la competencia;

Septuagésimo segundo. Que, al compararse con locales de la competencia, lo que hizo la requerida fue comportarse como lo hacen todas las cadenas de supermercados en aquellos mercados geográficos que cuentan con condiciones de competencia, esto es, comparando niveles de precios de canastas o grupos de bienes representativos con los de su competencia. SMU, al actuar de esa forma, podía evitar precisamente el riesgo que se quiso precaver al establecer la condición; esto es, que en esas localidades se comportara de manera totalmente distinta, cobrando precios supracompetitivos. En efecto, una empresa que opera en un mercado competitivo debe necesariamente considerar en su política comercial los precios de su competencia, pues de lo contrario podría perder participación de mercado; en cambio, una empresa que se convierte en monopolio en un determinado mercado geográfico tiene incentivos para subir sustancialmente los precios en perjuicio de los consumidores;

Septuagésimo tercero. Que, por último, la metodología utilizada por SMU para compararse con la competencia, si bien no permite considerar todos los productos vendidos en los establecimientos de SMU (pues algunos no se comercializaban por los locales de la competencia) sí 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, según se desprende de los datos acompañados a fojas 437 por SMU (bases de datos del informe Titulado “*Análisis sobre el cumplimiento de la Condición Segunda N°1 de la Resolución n° 43/2012*”);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo cuarto. Que, en virtud de lo anterior, este Tribunal admitirá como una alternativa legítima de cumplimiento de la Condición Segunda la interpretación efectuada por SMU, en el sentido de: (i) efectuar una equiparación de precios basándose en un promedio ponderado de los precios de los productos (equiparación por canastas); y, (ii) equiparar los precios de las localidades singularizadas en la Condición Primera con los precios de locales de la competencia en las localidades competitivas más cercanas, utilizando para ello información provista por un tercero ajeno al mercado de los supermercados (empresa Nielsen) que tiene un rezago de dos semanas. Por consiguiente, lo que corresponde determinar es si la metodología de cumplimiento utilizada por SMU permitió, en la práctica, lograr la finalidad buscada por la Condición Segunda N° 1, para lo cual se analizarán en las consideraciones siguientes sus resultados empíricos;

Septuagésimo quinto. Que en forma previa a analizar los resultados empíricos de la metodología de SMU, este Tribunal se pronunciará respecto de si era legítimo que SMU incorporara en ella rangos de cumplimiento para la comparación con los locales de la competencia;

Septuagésimo sexto. Que, como se ha señalado en la consideración Quincuagésimo cuarta, la metodología de SMU contempla rangos de cumplimiento para la comparación con locales de la competencia de entre un 97% y 101% del precio de la canasta ponderada por ventas para los establecimientos que pertenecían antes de la fusión a SdS, y de entre 98% y 103% para los locales que pertenecían a SMU. Dichos rangos fueron determinados con anterioridad al cumplimiento de la condición por parte de SMU, pues estaban incluidos en el Plan de Mitigación Voluntaria;

Septuagésimo séptimo. Que este Tribunal estima que existen diversas dificultades para efectuar el ejercicio de comparación por medio de canastas ponderadas por ventas con establecimientos de la competencia, entre las cuales se encuentran: (i) la imposibilidad de conocer *ex ante* los ponderadores que determinarán el precio de la canasta, pues dependen de las ventas efectivas, que SMU no controla; (ii) los precios de la competencia utilizados en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comparación eran obtenidos con un rezago de dos semanas desde la empresa Nielsen; (iii) la posibilidad de que los precios a comparar correspondieran a promociones; (iv) los errores en la base de datos empleada, naturales atendida su gran magnitud; y (v) la necesidad de ajustar diversas canastas de cada supermercado, que forman parte de un mismo *cluster* de precios y que, por lo tanto, tienen una sola lista de precios;

Septuagésimo octavo. Que otra dificultad metodológica que restringió la capacidad de SMU de realizar la equiparación de precios de forma perfecta consistió en la rigidez de precios derivada de los denominados “*costos de menú*”. La teoría de costos de menú (desarrollada por ejemplo en Blinder A., “On Sticky Prices: Academic Theories Meet the Real World,” in *Monetary Policy*, N. Gregory Mankiw, ed. Chicago, IL: University of Chicago Press for the NBER, 1994) muestra que cambiar los precios en los supermercados es un proceso complejo, que requiere docenas de pasos y una cantidad no trivial de recursos. Los denominados costos de menú comprenden: (i) el costo laboral de los cambios en los precios de la plataforma de precios, (ii) los costos de impresión y entrega de nuevas etiquetas de precios, (iii) los costos de los errores cometidos durante el proceso de cambio de los precios, y, (iv) el costo de la supervisión en la sala de venta del proceso de cambio en el precio. Los costos de menú pueden ser considerados como una barrera en el proceso de cambio de los precios en los supermercados, generando una cierta rigidez en los precios de los bienes dentro de los establecimientos comerciales. Esa rigidez fue comprobada para el caso de Chile mediante el documento de trabajo titulado “*Dinámica de Ajuste de Precios: Evidencia de Datos Microeconómicos para Chile*” en Revista de Economía Chilena, volumen 10 - Nº 2 / agosto 2007 del Banco Central de Chile;

Septuagésimo noveno. Que las dificultades metodológicas antes descritas implican que los cálculos para efectos de la equiparación de precios tienen un cierto margen de error, por lo que este Tribunal considera inadecuado y excesivamente riguroso exigir que SMU cumpliera, semanal o mensualmente, con un estándar en que el nivel de precios de la canasta fuera exactamente igual al del establecimiento de la competencia con el que se comparaba;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo. Que, aunque los rangos de cumplimiento de 97%-101% y 98%-103% no fueron justificados plenamente por parte de SMU, en opinión de este Tribunal representaron una alternativa razonable para permitir la autorregulación del cumplimiento de la medida por parte de la requerida, estableciendo límites claros al comienzo del período de cumplimiento que podían observarse semanalmente y sobre los cuales debían ajustarse los precios en las localidades de mitigación;

Octogésimo primero. Que, como alternativa a los rangos de cumplimiento señalados previamente, SMU podría haber utilizado la herramienta estadística de intervalos de confianza para evaluar el cumplimiento de la Condición Segunda. La estimación de un intervalo de confianza consiste en determinar un rango de valores en el que, con una determinada probabilidad, sus límites contendrán el valor del parámetro que se está analizando a partir de los datos de una muestra de la población. En este sentido, en el informe titulado “*Análisis sobre el cumplimiento de la condición segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012*”, acompañado por SMU a fojas 437, se calculan los intervalos de confianza de los precios equiparados para cada uno de los supermercados que fueron comparados con los locales de la competencia, utilizando los datos obtenidos un vez terminado el período de cumplimiento de la Condición Segunda N° 1. A modo de ejemplo, el informe señala “*en el local ANGOL I, se ve un posicionamiento que se desmarca del resto, con una cota superior de 102,29%*”;

Octogésimo segundo. Que, en opinión de este Tribunal, para evaluar el cumplimiento de la Condición Segunda es correcto utilizar un rango de cumplimiento previamente establecido en vez de un intervalo de confianza estadístico, el cual debe ser calculado utilizando el conjunto completo de observaciones una vez finalizado el período de cumplimiento de la Condición Segunda N° 1. Por lo anterior, el intervalo de confianza no era una alternativa práctica para la requerida, considerando que la metodología debía ser establecida con anterioridad al cumplimiento de la condición y ser la misma para todos los supermercados objeto de la medida;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo tercero. Que efectuadas esas precisiones metodológicas, este Tribunal analizará si SMU cumplió con el objetivo establecido por la Condición Segunda N° 1. Para tales efectos, este Tribunal analizó el informe de auditoría de Deloitte, acompañado por SMU a fojas 2148, en el que se señala que SMU habría establecido sus niveles de precios dentro de los márgenes de cumplimiento incluidos en su metodología. Así, en el Cuadro N° 1 se resumen los principales resultados presentados en dicho informe, que considera los porcentajes mensuales entre el 8 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014. Para obtener las cifras indicadas en la última columna de dicho cuadro, este Tribunal ponderó cada uno de los índices mensuales de cumplimiento informados por Deloitte con el fin de determinar una única cifra que dé cuenta del cumplimiento o incumplimiento de SMU durante el período pertinente;

Cuadro N° 1:
Resultado del cálculo de equiparación de precios por canastas ponderadas por ventas entre locales de SMU por desinvertir y locales de referencia de la competencia, entre el 8 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014

Código de local	Denominación	Rango de cumplimiento	Comparación competencia*
67	CASABLANCA	98%-103%	101,8%
70	LOTA I	98%-103%	100,1%
71	PENCO	98%-103%	101,4%
72	TOME	98%-103%	101,0%
77	LOTA II	98%-103%	100,8%
79	CHIGUAYANTE	98%-103%	100,7%
80	ANGOL I	98%-103%	102,2%
81	LOMAS COLORADAS	98%-103%	100,2%
370	SAN CARLOS	98%-103%	101,3%
375	ARAUCO	98%-103%	99,0%
442	COYHAIQUE	98%-103%	100,8%
471	FRUTILLAR	98%-103%	97,1%
534	RIO BUENO	98%-103%	98,3%
540	PANGUIPULLI I	98%-103%	99,9%
553	CHIMBARONGO	98%-103%	99,5%
575	ANCUD	98%-103%	99,2%
633	CHIMBARONGO II	98%-103%	99,9%
707	PENCO II	97%-101%	99,2%
709	MANQUIMAVIDA	97%-101%	99,7%
710	LOS HUERTOS	97%-101%	100,0%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

711	TOME II	97%-101%	96,1%
712	SAN CARLOS II	97%-101%	101,2%
716	LA VIOLETA	97%-101%	100,2%
719	SAN PEDRO	97%-101%	100,5%
724	CARACOL	97%-101%	100,7%
728	PISAGUA I	97%-101%	98,0%
739	LEONERA	97%-101%	99,8%
752	TEMUCO II	97%-101%	99,0%
753	TEMUCO III	97%-101%	98,1%
762	ANGOL	97%-101%	101,3%
764	URMENETA	97%-101%	99,9%
765	PORTALES	97%-101%	99,5%
767	ANCUD III	97%-101%	100,2%
768	COYHAIQUE II	97%-101%	100,8%
775	PUERTO MONTT III	97%-101%	99,9%
776	VALDIVIA II	97%-101%	99,5%
784	LA UNION II	97%-101%	99,4%
785	COMERCIO	97%-101%	99,4%
787	RIO BUENO II	97%-101%	99,7%
788	PANGUIPULLI	97%-101%	100,3%
789	FRUTILLAR III	97%-101%	99,3%
900	CASABLANCA II	97%-101%	100,9%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información del informe de Deloitte acompañado por SMU a fojas 2148.

* Nota: Esta cifra corresponde al promedio ponderado de los porcentajes mensuales informados por Deloitte. Se destacan aquellos números que están por debajo o por encima del rango de cumplimiento.

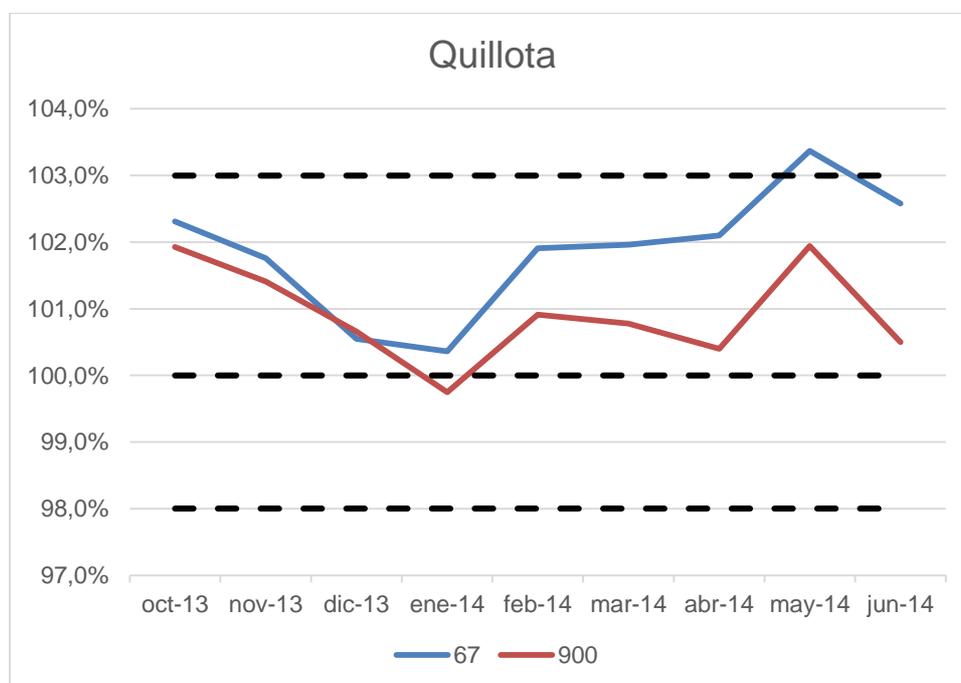
Octogésimo cuarto. Que si bien existen dos locales (códigos 712, San Carlos II, y 762, Angol) en que el promedio ponderado resultó ser levemente superior al rango de cumplimiento considerado por SMU y también existen dos casos (locales códigos 471, Frutillar, y 711, Tomé II) que se encuentran por debajo del límite inferior del rango, este Tribunal considera que la metodología utilizada sirvió, en términos generales, para mantener los precios en niveles equivalentes a aquellos presentes en localidades competitivas, encontrándose en varios casos levemente por sobre o por debajo de los niveles observados en las comunas de referencia (que corresponderían al 100%). Las eventuales diferencias que puedan existir con el objetivo de equiparación determinado en la metodología utilizada por SMU son de un porcentaje menor y no son significativamente distintas –desde un punto de vista estadístico– de los rangos de cumplimiento. Así lo señala también Deloitte en su informe, al afirmar que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

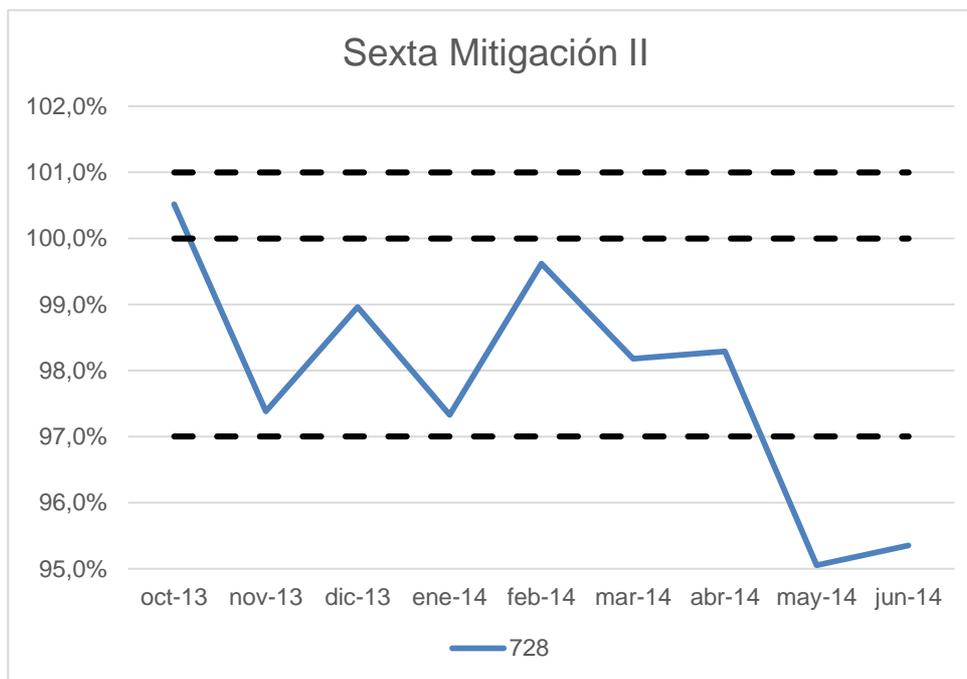
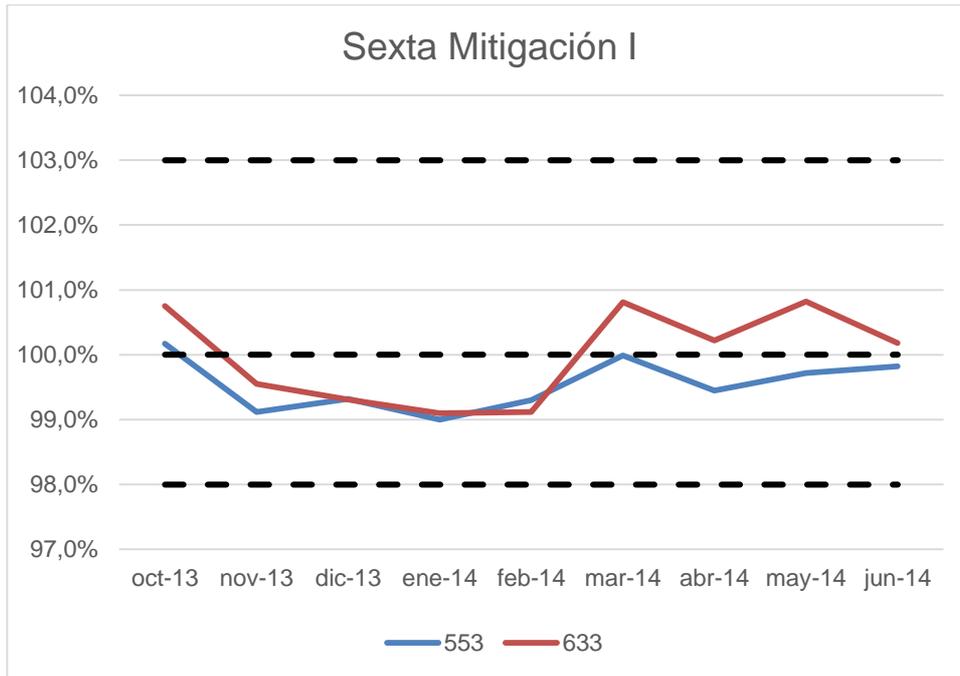
“[...] la desviación máxima sobre el límite superior de los rangos propuestos alcanza el 0,43% y la desviación máxima sobre el límite inferior del rango propuesto alcanza el 1,5%. Estas desviaciones son estadísticamente marginales, las cuales no modifican las conclusiones” (fojas 2001);

Octogésimo quinto. Que al analizar la evolución temporal del comportamiento de los precios relativos de las canastas ponderadas en cada local de mitigación también puede observarse que no existen tendencias que reflejen precios supracompetitivos. Como muestran los gráficos que a continuación se presentan, al agrupar estos locales en los *clusters* de precios elaborados por SMU en su metodología, se puede observar que en todo el período de cumplimiento existen precios por encima y precios por debajo del 100% (que sería un precio equivalente al de la canasta en el local de referencia) y se mantienen en general dentro de los rangos de cumplimiento considerados por SMU;

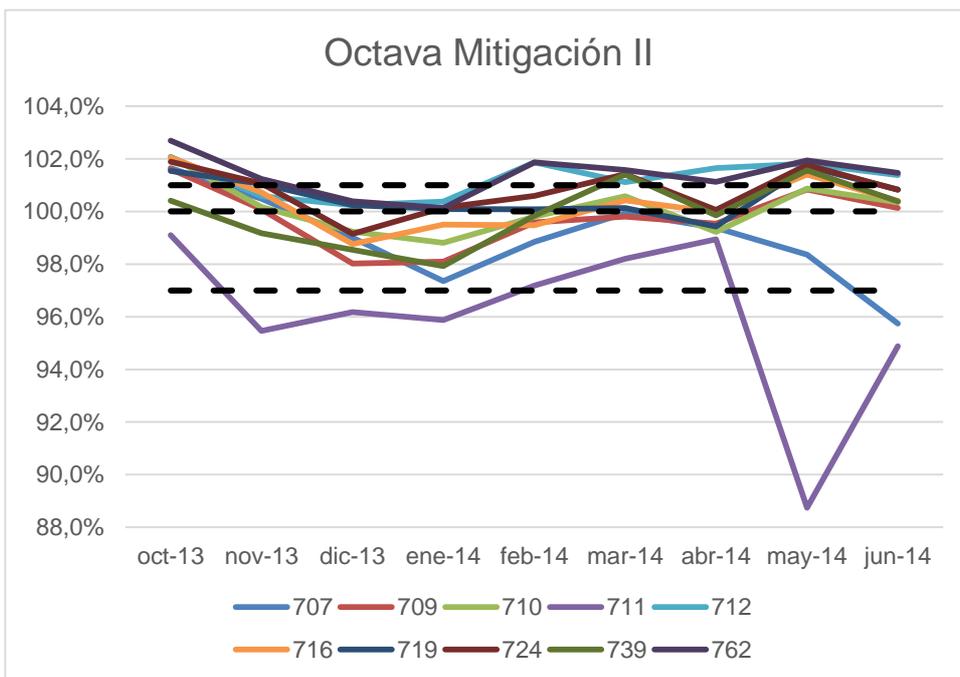
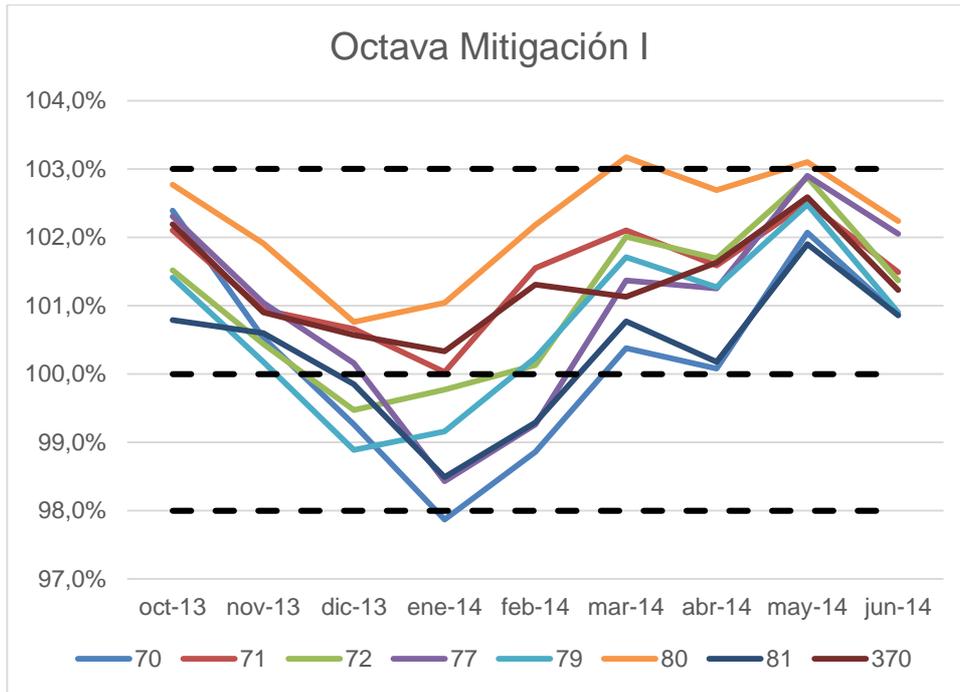
Gráficos N° 1 al N° 7:
Comparación de la evolución de los precios de canastas como porcentaje del precio de una canasta idéntica en los locales de referencia, agrupados por los *clusters* utilizados en la metodología de SMU



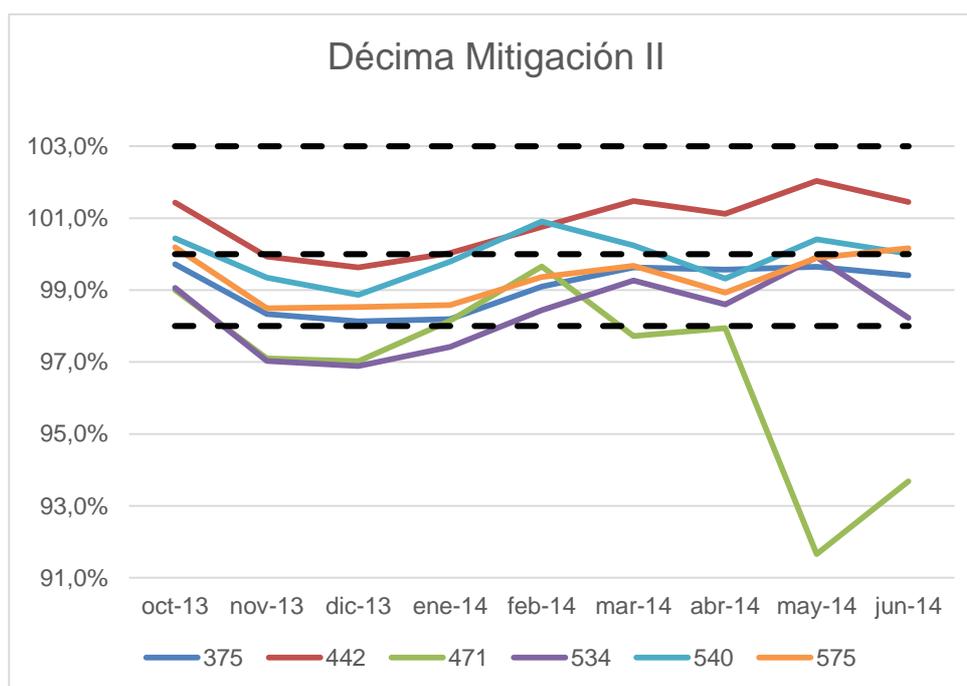
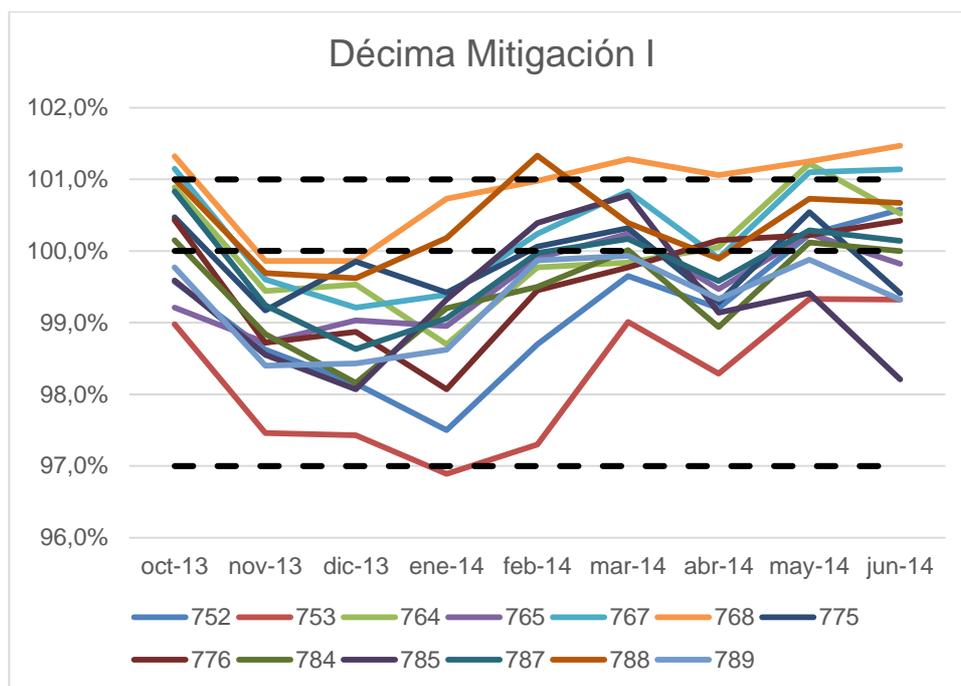
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**



**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en el informe de Deloitte acompañado por SMU a fojas 2148.

Nota: Los gráficos contienen los rangos de 97%-101% y de 98%-103%, correspondientes a los rangos de cumplimiento determinados por SMU para los respectivos *clusters* y la línea de 100% corresponde a los puntos en que se igualan los precios de las canastas ponderadas.

Octogésimo sexto. Que cabe recordar que la metodología utilizada por SMU implica el uso de *clusters* de locales que tienen una única lista de precios, lo que dificulta el ajuste de precios de cada local de mitigación en particular, pues

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

si se observa que un establecimiento ha estado consistentemente por sobre el 100%, intentar bajar sus precios implica también ajustar a la baja los precios de otros locales que están en el límite inferior del rango de cumplimiento;

Octogésimo séptimo. Que, por lo tanto, este Tribunal estima incorrecto enfocar el análisis del cumplimiento de la Condición Segunda N° 1 en un estudio aislado de cada local, pues la metodología utilizada por SMU y el propio funcionamiento del mercado implican que el comportamiento de cada uno de los locales de mitigación se encuentra interconectado con el de otros establecimientos. De este modo, debe darse una visión holística al cumplimiento por parte de SMU, esto es, evaluar si la metodología usada tenía el objetivo de equiparar los precios en las localidades concentradas, o si existe evidencia de que el objetivo de la misma fue cobrar precios superiores a los de los locales de referencia;

Octogésimo octavo. Que, en ese sentido, la evidencia en autos apunta a que SMU buscaba genuinamente que sus precios se equipararan a los de la competencia, lo que en promedio se habría logrado, según se analiza en la consideración Octogésimo cuarta. A juicio de este Tribunal, los casos aislados en que SMU se encuentra levemente por fuera del rango de cumplimiento establecido –tanto por sobre como por debajo del mismo– son el resultado de las dificultades para aplicar una metodología compleja de equiparación, las que fueron descritas en las consideraciones Septuagésimo séptima y Septuagésimo octava;

Octogésimo noveno. Que adicionalmente consta en estos autos que SMU no realizó ajustes por las posibles diferencias de costos de flete entre los locales de mitigación y de referencia, pese a permitirlo la Condición Segunda de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal (Expediente de investigación acompañado por la Fiscalía a fojas 388, específicamente en la declaración de don Esteban Rosas Cancino y don Hugo Martínez Benavides y en la respuesta por parte de SMU al Ord. N° 1559 de la Fiscalía, con fecha 24 de diciembre de 2013);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo. Que, por lo tanto, en opinión de este Tribunal la metodología de SMU y su implementación habrían permitido mitigar adecuadamente los riesgos anticompetitivos identificados en la Resolución N° 43/2012, en los que se basó para establecer la Condición Segunda N° 1;

Nonagésimo primero. Que si bien las consideraciones precedentes permiten a este Tribunal llegar a la convicción de que la metodología utilizada sirvió para mitigar los riesgos de alzas de precios en las localidades que se consideraron como concentradas en la Resolución N° 43/2012, a mayor abundamiento, dado que existe en estos autos información suficiente para efectuar un análisis profundo al respecto, se evaluará también si la requerida habría cumplido con un estándar de equiparación de precios considerando establecimientos de su propiedad en las comunas de referencia;

Nonagésimo segundo. Que de la información aportada por SMU a fojas 437 (base de datos de precios propios), este Tribunal ha efectuado un análisis de los precios de las canastas ponderadas por ventas de los locales de desinversión con aquellos propios en las comunas competitivas más cercanas, siguiendo la misma metodología utilizada por Deloitte. Los resultados de este análisis se muestran en el siguiente Cuadro N° 2:

Cuadro N° 2:
Resultado del cálculo de equiparación de precios por canastas ponderadas por ventas entre locales de SMU por desinvertir y locales de SMU en la comuna competitiva de referencia, entre el 8 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014

Código	Denominación	Rango de Cumplimiento	Comparación SMU
67	CASABLANCA	98%-103%	104,0%
70	LOTA I	98%-103%	101,5%
71	PENCO	98%-103%	100,9%
72	TOME	98%-103%	100,3%
77	LOTA II	98%-103%	100,8%
79	CHIGUAYANTE	98%-103%	100,4%
80	ANGOL I	98%-103%	99,4%
81	LOMAS COLORADAS	98%-103%	96,9%
370	SAN CARLOS	98%-103%	100,5%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

375	ARAUCO	98%-103%	99,8%
442	COYHAIQUE	98%-103%	99,9%
471	FRUTILLAR	98%-103%	98,1%
534	RIO BUENO	98%-103%	100,3%
540	PANGUIPULLI I	98%-103%	101,2%
553	CHIMBARONGO	98%-103%	99,8%
575	ANCUD	98%-103%	101,4%
633	CHIMBARONGO II	98%-103%	102,9%
707	PENCO II	97%-101%	99,7%
709	MANQUIMAVIDA	97%-101%	97,4%
710	LOS HUERTOS	97%-101%	99,3%
711	TOME II	97%-101%	97,5%
712	SAN CARLOS II	97%-101%	100,4%
716	LA VIOLETA	97%-101%	101,5%
719	SAN PEDRO	97%-101%	99,9%
724	CARACOL	97%-101%	99,8%
728	PISAGUA I	97%-101%	93,4%
739	LEONERA	97%-101%	99,8%
752	TEMUCO II	97%-101%	97,5%
753	TEMUCO III	97%-101%	96,5%
762	ANGOL	97%-101%	96,9%
764	URMENETA	97%-101%	100,0%
765	PORTALES	97%-101%	99,3%
767	ANCUD III	97%-101%	99,9%
768	COYHAIQUE II	97%-101%	100,5%
775	PUERTO MONTT III	97%-101%	100,1%
776	VALDIVIA II	97%-101%	100,2%
784	LA UNION II	97%-101%	100,2%
785	COMERCIO	97%-101%	100,7%
787	RIO BUENO II	97%-101%	100,4%
788	PANGUIPULLI	97%-101%	100,0%
789	FRUTILLAR III	97%-101%	99,9%
900	CASABLANCA II	97%-101%	101,6%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información acompañada por SMU a fojas 437.

* Nota: se destacan aquellos casos en que la comparación con SMU en el período de cumplimiento se encontró por encima o por debajo del rango de cumplimiento.

Nonagésimo tercero. Que si bien, utilizando esta metodología alternativa, existen tres locales en que el precio promedio ponderado del período se encuentra levemente por sobre el límite autoimpuesto por SMU (67, Casablanca; 716, La Violeta; y 900, Casablanca II), también en tres establecimientos se

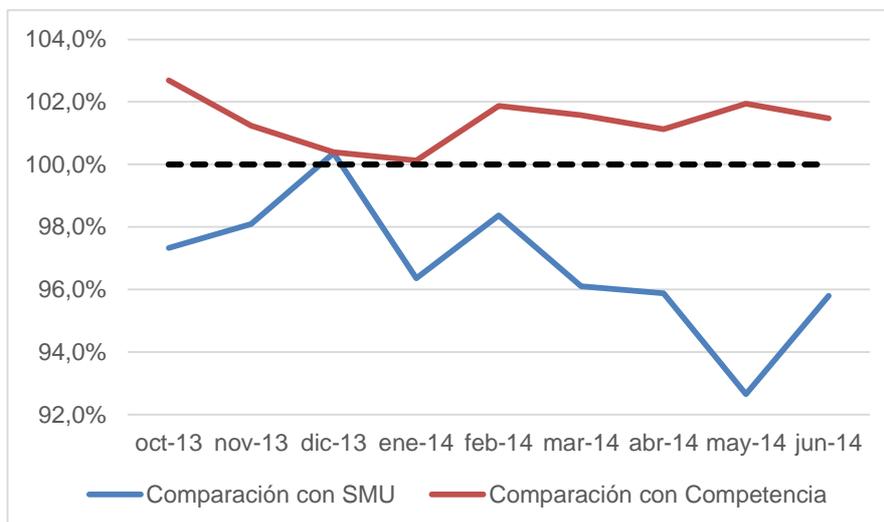
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden observar precios promedios ponderados inferiores al límite mínimo del rango de cumplimiento (728, Pisagua I; 753, Temuco III; y, 762, Angol). Más aun, los locales cuyos precios superan el límite no coinciden con aquellos establecimientos identificados por encima del rango de cumplimiento en el Cuadro N° 1. De este modo, si se considera que SMU era libre de cumplir con la Condición Segunda N° 1 ya sea comparándose con establecimientos propios o de la competencia, en cada uno de los locales de mitigación cumplió cabalmente con al menos uno de estos estándares de comparación, y en la mayoría de los casos (37 de los 42 locales) con ambos criterios, por lo que, en opinión de este Tribunal, queda claro que SMU cumplió con la referida condición;

Nonagésimo cuarto. Que en el mismo sentido, considerando la libertad que tenía SMU para cumplir con la Condición Segunda N° 1, se analizó el comportamiento de los precios promedios ponderados mensuales comparándolos con los de locales propios en aquellos establecimientos que habían mostrado precios consistentemente superiores a 100% al compararse con la competencia. El resultado general es que en todos esos establecimientos no se puede establecer ese mismo resultado al comparar los precios con locales de SMU en las comunas de referencia. Un ejemplo de lo anterior es el local 762 (Angol), como se muestra en el siguiente gráfico:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 8:
Comparación del precio promedio mensual de la canasta ponderada en el local denominado “Angol” respecto de los precios cobrados por tal canasta en los locales de propiedad de SMU y de la competencia



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en el informe de Deloitte acompañado por SMU a fojas 2148 y bases de datos acompañadas por SMU a fojas 437.

Nonagésimo quinto. Que, por último, la información acompañada a estos autos permite efectuar un ejercicio adicional, que muestra cuánto habrían sido los ingresos por venta de SMU en los locales de mitigación si es que, en vez de vender al precio que efectivamente cobró, lo hubiera hecho al precio cobrado por el local de referencia propio;

Cuadro N° 3:
Comparación de los ingresos por venta que habría obtenido SMU utilizando los precios de locales de referencia propios con los ingresos por venta efectivos de SMU

Tipo de Precios	Mayores ingresos por precios superiores a la referencia	Menores ingresos por precios inferiores a la referencia	Total
Lista	823.461.888	-989.192.448	-165.730.560
Reales	964.763.968	-1.326.020.608	-361.256.640

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de las bases de datos acompañadas por SMU a fojas 437.

Nota: El ejercicio se basa en el supuesto de que la cantidad demandada no cambia al aumentar o disminuir el precio debido a las diferentes elasticidades precio de las demandas de los bienes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo sexto. Que el ejercicio anterior sirve al menos para ilustrar que al comparar los precios reales de SMU en los locales de mitigación con los precios de locales propios en las comunas de referencia, las ventas con precios inferiores más que compensaron a las ventas con precios superiores. Es decir, si SMU hubiera cobrado en los locales de mitigación los mismos precios que en los establecimientos propios de referencia habría obtenido ingresos por ventas superiores a aquellos que efectivamente registró al compararse con locales de la competencia. Lo anterior permite concluir que la metodología utilizada logró el objetivo de la medida de mitigación, esto es; evitar que SMU cobrase precios monopólicos y obtuviese rentas sobrenormales en los locales de desinversión;

Nonagésimo séptimo. Que, en consecuencia, este Tribunal puede concluir que tanto la metodología utilizada para el cumplimiento de la Condición Segunda N° 1 por parte de SMU, como también la comparación con locales propios son aptas para lograr el objetivo de la medida de mitigación. Por lo anterior, dadas las características y la generalidad de la condición impuesta, junto con la aptitud real que tuvo la metodología de SMU para cumplir con el objetivo de dicha medida, este Tribunal concluye que SMU cumplió la Condición Segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012;

Nonagésimo octavo. Que, finalmente, la FNE acusa que SMU habría incumplido la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012, de acuerdo con la cual 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 quedara firme o ejecutoriada, esto es, antes del 8 de junio de 2014. Por esta razón, la FNE pide a este Tribunal declarar dicho incumplimiento y la obligación de cumplir, y condenar a SMU al pago de una multa;

Nonagésimo noveno. Que cabe tener presente que, con fecha 3 de junio de 2014, es decir, con anterioridad al vencimiento del plazo para efectuar la enajenación y a la presentación del Requerimiento de la FNE, SMU presentó una solicitud de medidas constitutivas de alzamiento de la Condición Tercera y, subsidiariamente, de prórroga del plazo de cumplimiento, de acuerdo con lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecido en el artículo 32º del D.L. Nº 211, en virtud de la cual se dio inicio al procedimiento no contencioso Rol NC 424-14;

Centésimo. Que SMU fundó su solicitud no contenciosa en los siguientes antecedentes que, a su juicio, calificaban de nuevos y habrían sido suficientes para alzar o modificar la Condición Tercera: (i) las gestiones útiles que habría realizado para llevar a cabo la venta de su participación en Montserrat; (ii) la ausencia de un pacto de accionistas entre la Familia Bada y SMU, que habría derivado –entre otras consecuencias– en una falta de información constante de esta última respecto del negocio de Montserrat; (iii) la reforma tributaria; (iv) la existencia de un quinto actor en la industria (Tottus) y la aparición de un sexto (el grupo Villablanca), los que se sumaron a Montserrat, la propia SMU, Walmart y Cencosud; (v) los comportamientos oportunistas de quienes podrían estar interesados en comprar el porcentaje accionario de SMU en Montserrat; y (vi) las variaciones en la participación de mercado de SMU, tanto a nivel nacional, como en las regiones Metropolitana y de Valparaíso;

Centésimo primero. Que, posteriormente, en atención a la presentación del requerimiento de la FNE objeto de este juicio el 30 de junio de 2014, este Tribunal, mediante resolución de fecha 23 de julio de 2014, acordó poner término al procedimiento no contencioso Rol NC Nº 424-14 e incorporó las pretensiones constitutivas de SMU al procedimiento contencioso *sublite*, todo ello en conformidad con el número 2º del Auto Acordado Nº 5/2006 de este Tribunal. Los antecedentes de dicho procedimiento no contencioso fueron agregados a estos autos (fojas 217 y siguientes) y SMU, al contestar el requerimiento de la FNE, reiteró como defensas las peticiones formuladas en su solicitud no contenciosa;

Centésimo segundo. Que en razón de todo lo explicado, el objeto de este proceso contencioso en lo relativo al cumplimiento de la Condición Tercera de la Resolución Nº 43/2012 está compuesto de pretensiones de carácter declarativo y condenatorio por parte de la FNE, formuladas en su requerimiento, y de pretensiones de naturaleza constitutiva por parte de SMU, formuladas en la solicitud no contenciosa que dio origen al proceso rol NC 424-14, y reiteradas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como defensas en su contestación. Al respecto, corresponde notar que el pronunciamiento adecuado sobre un objeto procesal compuesto por pretensiones de distinta naturaleza exige resolver cada una en su mérito conforme a sus características y efectos;

Centésimo tercero. Que, en primer término, en lo que dice relación con la pretensión de SMU de alzamiento de la Condición Tercera y, en subsidio, de ampliación del plazo de cumplimiento, cabe señalar: (i) que se trata de pretensiones constitutivas de carácter extintivo y modificatorio; y (ii) que por tanto, de ser acogidas, sólo pueden producir efectos hacia futuro, por las razones que a continuación se detallan;

Centésimo cuarto. Que las medidas solicitadas son de naturaleza constitutiva porque son de aquellas que tienen por objeto un cambio en el estado jurídico existente en virtud de una norma legal que autoriza al juez a crear dicho cambio si concurren los presupuestos establecidos en la norma. En este sentido, Zafra señala que la sentencia constitutiva que se pronuncia sobre esas pretensiones es aquella que produce *“uno de los tres momentos existenciales en una determinada situación jurídica: su nacimiento –o constitución estricta–, su modificación o su extinción”* (Zafra Valverde, José, *Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva*, Rialp, Pamplona, 1962, p. 74);

Centésimo quinto. Que, por regla general, las pretensiones constitutivas modificatorias están regidas por el principio *rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer principalmente su eficacia y justicia. Según Zafra, la posibilidad de dictar una nueva sentencia en estos casos se debe a *“[...] un cambio operado en las circunstancias de hecho que dieron base a la constitución jurisdiccional –en casos en que la persistencia del efecto constitutivo está justificada en tanto en cuanto se mantienen idénticas las expresadas circunstancias–, remueve el estado de cosas creado por la primera sentencia, restableciendo el que existía con anterioridad a la misma”* (Zafra Valverde, ob. cit., 213);

Centésimo sexto. Que, en materia de libre competencia, la autorización legal necesaria para modificar las medidas de este Tribunal está contenida en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículo 32º del D.L. Nº 211, que permite el cambio de las medidas cuando nuevos antecedentes permitan variar la calificación de competitivos o anticompetitivos de los actos objeto de las mismas;

Centésimo séptimo. Que las pretensiones constitutivas, de ser acogidas, sólo pueden tener efectos hacia el futuro, a menos que la ley disponga lo contrario. En particular, el mismo artículo 32º del D.L. 211 aplica el criterio anterior al disponer que el cambio de calificación jurídica del acto objeto de primera la medida sólo producirá efecto *“desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”*;

Centésimo octavo. Que si bien el texto de este precepto sólo reconoce el cambio de calificación de actos conformes a la libre competencia a contrarios a la misma, nada obsta a que el criterio de irretroactividad señalado rijan también el cambio de calificación en sentido contrario pues, como señala el antiguo aforismo, donde rige la misma razón debe existir la misma disposición. Por esta razón, es posible interpretar el artículo 32º en el sentido que los actos o contratos ejecutados o celebrados con infracción de las decisiones de este Tribunal acarrearán responsabilidad en esta materia a menos que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como conformes 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”*;

Centésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, este criterio es reconocido en el derecho europeo de la libre competencia. La *“Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004”* sostiene que *“un cambio de los compromisos, en principio, sólo será efectivo ex nunc”*, esto es, desde que se dicta y no antes. Por lo tanto, agrega, *“una modificación de los compromisos no pondrá término retroactivamente a ninguna infracción de compromisos que se haya cometido antes de la modificación. En consecuencia, la Comisión, en su caso, podrá seguir persiguiendo una infracción de conformidad con los artículos 14 y 15 del Reglamento de concentraciones”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo décimo. Que, sin perjuicio de lo anterior, es un hecho no controvertido por las partes que el día 19 de diciembre de 2014 se concretó la venta del porcentaje accionario que SMU mantenía en Montserrat. Atendido lo anterior, resulta actualmente innecesario que este Tribunal se pronuncie sobre las pretensiones constitutivas planteadas por SMU y, en consecuencia, corresponde poner término a esta parte del procedimiento, prescindiendo de un pronunciamiento sobre el fondo, por desaparición sobrevenida del interés que justificaba la pretensión de SMU. Al respecto, señala Gascón Inchausti que *“el fundamento último de la terminación anticipada del proceso en estos supuestos no se encuentra en la voluntad de las partes, ni en sus poderes de disposición sobre el proceso mismo o sobre su objeto, sino en el interés público subyacente: como institución, el proceso necesita un ‘motor’, que es el interés, sin el cual no puede aquél desarrollarse; los órganos jurisdiccionales tienen vedado cerrar los ojos a la ausencia de interés y por eso se torna preciso ponerle fin si consta su desaparición de forma sobrevenida”*. (Gascón Inchausti, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, p. 96);

Centésimo undécimo. Que lo anteriormente resuelto no obsta a que este Tribunal se pronuncie sobre los antecedentes esgrimidos en su solicitud de alzamiento o modificación de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012, en cuanto ellos fueron luego reiterados como alegaciones y defensas en su Contestación de fojas 302, para desvirtuar las pretensiones declarativas y condenatorias de la FNE;

Centésimo duodécimo. Que corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre el requerimiento de la FNE, así como sobre las alegaciones y defensas pertinentes formuladas por SMU. Específicamente, la FNE sostiene su acusación en que, a la fecha de presentación del Requerimiento, SMU aún habría mantenido una participación tanto en Supermercados Montserrat S.A. como en dos sociedades relacionadas con ella (Montserrat Dos S.A. e Inmobiliaria Santander S.A.);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimotercero. Que esa situación es reconocida por SMU en su contestación. Sin embargo, la requerida afirma que su incumplimiento no habría infringido el D.L. N° 211, tanto porque dicha conducta no habría afectado el mercado, como porque habría manifestado una “*efectiva voluntad*” de cumplir con la Condición Tercera (fojas 335);

Centésimo decimocuarto. Que en relación con la primera defensa, esto es, la supuesta no afectación del mercado, SMU expone que, de acuerdo con la fundamentación de la Resolución N° 43/2012, dos habrían sido las razones por las que le fue ordenada la venta de su participación en Montserrat: primero, por la potencialidad de que Montserrat se convirtiera en un actor relevante en la industria de supermercados; y, segundo, por el interés en asegurar la independencia de SMU y Montserrat en sus procesos de toma de decisiones;

Centésimo decimoquinto. Que, según SMU, el que haya transcurrido el plazo sin que se haya verificado la enajenación no habría afectado de manera alguna la potencialidad de Montserrat de devenir en un actor de relevancia en el mercado, ya que, al no existir un pacto de accionistas, la familia Bada (propietaria del 60% de dicha empresa) continuaría dirigiéndola libremente. A mayor abundamiento, SMU indica que, por ese mismo motivo, carecería de cualquier influencia en Montserrat y tampoco estaría informada de sus estrategias competitivas. Por lo tanto, SMU concluye que, a pesar de su incumplimiento de la Condición Tercera, los riesgos que este Tribunal detectó en la Resolución N° 43/2012 no se habrían manifestado, motivo por el cual aquél no sería anticompetitivo;

Centésimo decimosexto. Que este Tribunal ya ha señalado que si se imponen condiciones a una operación de concentración materializada, es porque se estima que los riesgos para la libre competencia son eliminados o mitigados con las medidas decretadas. Por ello, mientras no se dé cumplimiento a las mismas, la operación consultada no se ajustará a las normas del D.L. N° 211 (consideraciones Quinta a Sexta). En consecuencia, el presente proceso no tiene por objeto discutir si el incumplimiento de las medidas correctivas impuestas por este Tribunal afecta la libre competencia, lo que ya quedó resuelto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la Resolución N° 43/2012, sino si la requerida incumplió culpablemente las medidas;

Centésimo decimoséptimo. Que la eventual falta de información por parte de SMU y su imposibilidad de influir en el negocio de Montserrat fueron discutidas en el marco del proceso no contencioso en que se conoció la operación de concentración entre SMU y SdS. En efecto, una vez que este Tribunal estableció la Condición Tercera, SMU reclamó de ella ante la Excma. Corte Suprema, fundando su recurso en varios de los mismos hechos que se invocan como “nuevos” en este proceso, esto es: (i) la participación de SMU en Montserrat correspondía solo a un 40%, perteneciéndole el 60% restante a la Familia Bada; (ii) no existiría un pacto de accionistas con la familia controladora; (iii) la Familia Bada ejercería un férreo control sobre Montserrat; (iv) Montserrat tendría una administración independiente; y (v) la independencia de Montserrat no podría verse afectada por la participación minoritaria de SMU (véanse, al respecto, el numeral 5.3 del Recurso de Reclamación, rolante a fojas 1380 y siguientes);

Centésimo decimoctavo. Que la Excma. Corte Suprema se pronunció expresamente sobre los argumentos indicados al resolver el recurso de reclamación presentado por SMU, señalando: *“en lo que dice relación al fondo de su alegación para solicitar la eliminación de la condición, es posible observar que descansa sobre la base de apreciaciones no efectivas, como son las de estimar que su porcentaje de participación de un 40% en Supermercados Monserrat no es relevante para efectos del análisis de la competencia en la industria supermercadista chilena. En efecto, tal como lo sostiene el fallo impugnado, la participación de la consultante es relevante desde una doble perspectiva: i.- Porque la conducta de SMU atendida su participación en Supermercados Monserrat va a estar determinada por lo que ésta gana o deja de ganar, cuestión que se produce con independencia de que sea ella o no la controladora de esta cadena de supermercados [...] ii.- Porque además su participación no es menor, corresponde a un 40%, y en tales circunstancias en su calidad de accionista está informado de las estrategias competitivas que desarrolla Supermercados Monserrat”*. Además, agregó que tampoco “es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectivo que la fusión en estudio no tenga efectos directos en los mercados en los que está presente Supermercados Monserrat”. Finalmente, la Corte estimó que “la participación de la consultante en Supermercados Monserrat [también es relevante] porque la enajenación de ella en conjunto con los otros activos configura lo que se podría denominar un atractivo conjunto para un cuarto inversionista y potenciar la competencia en este sector de la industria”;

Centésimo decimonoveno. Que, a mayor abundamiento, la evidencia allegada a este proceso tampoco permite estimar que la participación minoritaria de SMU en Monserrat no tuvo impacto en la independencia competitiva de ambas cadenas supermercadistas, en atención a que: (i) en las sesiones de Directorio de Monserrat en las que participaron directores designados por SMU sí se trataron temas comercialmente sensibles, tales como negociaciones y términos de contratos de arriendo de locales (por ejemplo, a fojas 121 y 141 del Cuaderno de Documentos de Supermercados Montserrat S.A.C. y sus asociados); nuevos proyectos y aperturas de supermercados (por ejemplo, a fojas 135, 143, ibídem); y estrategias de precios y relaciones comerciales con proveedores (por ejemplo, a fojas 110 y 140, ibídem); (ii) no existe evidencia de que los directores designados por SMU hayan reclamado por la escasa información que recibían o por la falta de oportunidad en su entrega con anterioridad al inicio de este proceso (observándose esto por primera vez en la décimo octava junta extraordinaria de accionistas de Supermercados Montserrat S.A.C., que rola a fojas 297 del Tomo I del cuaderno de documentos exhibidos por Supermercados Montserrat S.A.C.); (iii) los Directores de Monserrat designados por SMU, si bien mientras ejercían tal labor no prestaban servicios en SMU, sí eran directores en otras empresas del grupo controlador de SMU (la familia Saieh), habían sido directores de SMU en otros períodos, o mantenían vínculos de propiedad con directores o los propietarios de SMU;

Centésimo vigésimo. Que, por tanto, por el solo hecho de haber incumplido la Condición Tercera, SMU consolidó la afectación a la libre competencia que justificó la imposición de la medida de desinversión de la participación minoritaria en Monserrat. En este caso, la afectación –según se advirtió en la misma Resolución N° 43/2012– estaba dada tanto por el efecto que la operación entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SMU y SdS podía haber generado en Montserrat (la cual podría ver disminuidos sus incentivos a convertirse en un actor relevante en la industria supermercadista), como por la falta de independencia entre SMU y Montserrat en sus respectivos procesos de toma de decisiones;

Centésimo vigésimo primero. Que, por lo anterior, la defensa de SMU de que el incumplimiento de la Condición Tercera no habría afectado la libre competencia será desestimada por este Tribunal;

Centésimo vigésimo segundo. Que en lo que respecta a la segunda defensa, esto es, su voluntad de cumplir con la Condición Tercera, SMU indica que habría actuado de buena fe y realizado todas las gestiones necesarias para lograr la enajenación de su participación en Montserrat, sin que le sea imputable el no haberlo logrado. La requerida explica que habría realizado una serie de gestiones para lograr la enajenación ordenada de Montserrat, pero que sólo con posterioridad al vencimiento del plazo para la enajenación, la familia Bada habría hecho llegar a SMU un memorándum de entendimiento relativo a la adquisición de su parte de la propiedad. Por lo anterior, SMU alega que sería injustificado que se le sancione, ya que habría enfrentado una imposibilidad para vender oportunamente su participación minoritaria;

Centésimo vigésimo tercero. Que, al respecto, las siguientes gestiones de SMU relativas a la Condición Tercera se encuentran acreditadas en el proceso: (i) SMU contrató a Hudson Bankers para que actuara como asesor en el proceso de venta mientras estaba pendiente el fallo de los recursos de reclamación interpuestos en contra de la Resolución N° 43/2012 ante la Excm. Corte Suprema (Acuerdo de Asesoría que rola a fojas 960 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Versiones Públicas de Documentos exhibidos por SMU a fojas 835); (ii) SMU contactó a una serie de potenciales interesados para efectos de enajenar su participación minoritaria en Montserrat (según consta en los documentos que rolan a fojas 968 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Versiones Públicas de Documentos exhibidos por SMU a fojas 835); y, (iii) se realizaron una serie de gestiones con la familia Bada para concluir el proceso de venta de la participación minoritaria de SMU en Montserrat (ibídem);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo cuarto. Que, a juicio de este Tribunal, el fracaso de las gestiones realizadas por la SMU para enajenar su participación en Montserrat puede parcialmente explicarse por las siguientes características objetivas del paquete accionario de SMU en Montserrat, que dificultaban su enajenación: (i) era un paquete accionario minoritario (según consta en el informe de Hudson Bankers denominado “Proceso Montserrat”, rolante a fojas 1198 y siguientes del Tomo III de versiones públicas de SMU); (ii) SMU no había celebrado un pacto de accionistas con el controlador; y, (iii) la tasa de rentabilidad de la participación de SMU en Montserrat era inferior a un 2% anual, ya que Montserrat solo repartía el mínimo legal de 30% de sus utilidades anuales (según consta a fojas 2250);

Centésimo vigésimo quinto. Que, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones Octava y Novena, este Tribunal estima que el incumplimiento de las condiciones impuestas respecto de una operación de concentración ha de juzgarse de conformidad con un criterio de culpa infraccional. Aplicado dicho criterio al caso *sublite*, este Tribunal estima que las circunstancias objetivas referidas en la consideración anterior, si bien redujeron la capacidad de SMU para cumplir la medida, no la anularon del todo, por lo que no permiten desvirtuar la presunción de culpabilidad que pesa sobre SMU en razón del incumplimiento. En efecto, en último término, SMU podría, por ejemplo, haber subastado su participación minoritaria en Montserrat sin establecer un precio mínimo para las posturas;

Centésimo vigésimo sexto. Que uno de los antecedentes que SMU invocó en el proceso NC N° 424-14 para justificar el alzamiento o la prórroga de la Condición Tercera fue que los interesados en comprar su porcentaje accionario en Montserrat se habrían comportado en forma oportunista, aprovechando la circunstancia de que se trataba de una desinversión obligada por este Tribunal (fojas 239). Para acreditar dichos comportamientos, SMU sostuvo que las ofertas que la Familia Bada realizó por dicho porcentaje accionario no eran en principio vinculantes para el oferente, y que siempre fueron hechas por un monto menor que la oferta anterior;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo séptimo. Que respecto de esa alegación, el hecho de que los potenciales compradores y particularmente la Familia Bada hayan actuado, a juicio de SMU, de manera oportunista responde más bien a una consecuencia directa de haber SMU consultado una operación ya materializada y de la imposición de las consiguientes medidas correctivas. Al haber procedido del modo que lo hizo, le corresponde a SMU soportar las consecuencias gravosas que derivan de su opción, entre las que se encuentra que los potenciales adquirentes pudieran tener una mejor posición negociadora en la compra de su participación en Montserrat;

Centésimo vigésimo octavo. Que, finalmente, respecto de los demás antecedentes invocados por SMU en el proceso Rol NC N° 424-14 (tales como el impacto de la reforma tributaria en la valoración de los activos por enajenar; el surgimiento de nuevos actores supermercadistas; y la disminución de la participación de mercado de SMU a nivel nacional), no se ha rendido prueba en este proceso que acredite cómo dichas circunstancias habrían reducido la capacidad de SMU para cumplir con la Condición Tercera, razón por la que serán desestimadas como defensa;

Centésimo vigésimo noveno. Que, en razón de las consideraciones anteriores, corresponde declarar el incumplimiento culpable de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que las circunstancias señaladas en la consideración Centésimo vigésimo cuarta determinan un grado menor de culpa infraccional, que será considerado al momento de calcular las multas correspondientes;

Centésimo trigésimo. Que, en suma, a lo largo de esta Sentencia se ha acreditado: (i) que SMU incumplió culpablemente las Condiciones Primera y Tercera de la Resolución N° 43/2012; (ii) que no concurren causales que permitan eximir de responsabilidad a la requerida; y, (iii) que, por el contrario, SMU cumplió con lo establecido en la Condición Segunda de la citada resolución. Por lo anterior, SMU infringió el artículo 3° del D.L. N° 211, correspondiendo entonces determinar las sanciones que se impondrán a la requerida, de acuerdo con lo señalado en el artículo 26° del D.L. N° 211;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo primero. Que dentro del rango de medidas que se pueden imponer a SMU se encuentran todas aquellas sanciones establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211, así como otras medidas correctivas, preventivas o prohibitivas que puedan disponerse por este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211;

Centésimo trigésimo segundo. Que, para efectos de determinar el tipo de sanción o medida aplicable a un caso de incumplimiento de condiciones impuestas a operaciones de concentración, este Tribunal ha de atender a la gravedad de dichas infracciones, a sus efectos en el mercado y a otras circunstancias concomitantes. En casos extremos, ante incumplimientos de máxima gravedad que lesionan significativamente la libre competencia, este Tribunal puede incluso ordenar que se deje sin efecto la operación de concentración, con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del artículo 26° del D.L. N° 211. Sin embargo, en otros casos será suficiente la aplicación de multas o la imposición de nuevas medidas correctivas, preventivas o prohibitivas; todo ello sin perjuicio del eventual cumplimiento compulsivo de la medida conductual o estructural infringida;

Centésimo trigésimo tercero. Que, a este respecto, se debe considerar que, al resolver la operación de concentración entre SMU y SdS, este Tribunal consignó en la fundamentación de la Resolución N° 43/2012 que las medidas de desinversión contenidas en las Condiciones Primera y Tercera eran las más relevantes, pues mediante ellas se buscaba evitar la materialización de los riesgos unilaterales y coordinados detectados. Sin embargo, atendido que a la fecha de dictación de esta sentencia las referidas obligaciones de desinversión se encuentran cumplidas, según se ha expresado en las consideraciones Cuadragésima y Centésimo décima, este Tribunal estima adecuado sólo aplicar una multa a SMU por tales incumplimientos, según se determinará en las consideraciones siguientes;

Centésimo trigésimo cuarto. Que, la literatura económica sobre el estudio de las sanciones óptimas señala en general que, cuando sólo se imponen multas, éstas debieran ser fijadas a un nivel superior al *ratio* entre la ganancia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la infracción sobre la probabilidad de que el infractor sea descubierto, a fin de que no se convierta en un buen negocio infringir la ley (véase, por todos, Wils, Wouter, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, vol. 29 N° 2, 2006);

Centésimo trigésimo quinto. Que, como es sabido, nuestra legislación no establece una metodología para fijar las multas a ser impuestas por este Tribunal. El único parámetro se encuentra establecido en el literal c) del artículo 26° del D.L. N° 211, es común y consiste en un rango de entre cero y veinte mil o treinta mil Unidades Tributarias Anuales, dependiendo de la conducta. En la determinación de la multa este Tribunal debe considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido, la calidad de reincidente del infractor y la colaboración prestada a la Fiscalía Nacional Económica durante la investigación;

Centésimo trigésimo sexto. Que la ausencia de una metodología legal debe ser subsanada por este Tribunal precisando en sus sentencias ciertas directrices destinadas a otorgar un razonable grado de predictibilidad respecto de las sanciones pecuniarias a ser impuestas en esta sede;

Centésimo trigésimo séptimo. Que, a juicio de este Tribunal, un criterio que se encuentra en línea con jurisdicciones comparadas es determinar la multa en función de un porcentaje de las ventas del infractor concernidas o afectadas por la práctica anticompetitiva sancionada. El porcentaje específico a ser empleado en un caso concreto debe considerar la gravedad intrínseca de la infracción cometida, su duración y las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren en el caso concreto, respetando así el principio de proporcionalidad. Dicho método ha servido de base al cálculo de multas en sentencias anteriores de este Tribunal (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 145/2015) y subyace al cálculo efectuado por la FNE en el presente caso;

Centésimo trigésimo octavo. Que adicionalmente, y a fin de garantizar su eficacia disuasoria, la sanción que se impone por incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal a un agente económico debe ser superior al beneficio económico derivado de la infracción cometida. Esto ha sido confirmado tanto por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la jurisprudencia de este Tribunal como la de la Excma. Corte Suprema (véase en este sentido, por ejemplo, Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 2 de junio de 2010 en causa rol N° 277-2010, consideración vigésimo segunda);

Centésimo trigésimo noveno. Que en lo que respecta al incumplimiento culpable de medidas impuestas por resoluciones judiciales, este Tribunal estima que se trata de un acto reprochable, independientemente de la gravedad que se atribuya a las circunstancias que configuran la infracción en particular. Por consiguiente, en estos casos la multa ha de tener un significativo efecto disuasorio, incluso en el evento que el incumplimiento no haya producido beneficios económicos al infractor;

Centésimo cuadragésimo. Que en razón de lo indicado, el cálculo específico de la multa será realizado como un porcentaje de las ventas concernidas por las infracciones al D.L. N° 211. El resultado final será luego comparado con el beneficio económico, con el propósito de asegurar que la sanción pecuniaria fijada sea superior a éste;

Centésimo cuadragésimo primero. Que en lo que respecta al incumplimiento de la Condición Primera, las ventas concernidas por la infracción corresponden a aquellas efectuadas por SMU en los locales referidos en el Contrato de Operación Transitoria durante el período de vigencia del mismo que excedió la fecha límite para la enajenación de los activos señalada en la Resolución N° 43/2012, esto es, desde el 9 de junio de 2014 y hasta el 31 de julio de 2014. Al no contar con esa cifra exacta, sino con el total de las ventas de dichos locales entre el 3 de junio y el 31 de julio de 2014 (\$6.273.554.990, según consta en los antecedentes acompañados a fojas 427), se efectuó una aproximación proporcional a los días de incumplimiento (53 días) sobre los días en que se registraron dichas ventas (59 días), resultando ventas totales aproximadas en este período de \$5.635.566.347, que correspondió a un 0,39% de las ventas minoristas totales de SMU en el año 2014 (de acuerdo con la información de las memorias anuales de SMU para dicho año). Para evitar posibles efectos cíclicos, se consideró el 0,39% de las ventas minoristas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SMU, promediando los años 2014, 2013 y 2012, lo que resultó ser \$5.484.926.457;

Centésimo cuadragésimo segundo. Que a fin de determinar el porcentaje de las ventas concernidas que servirá para fijar la multa a ser impuesta a SMU por la infracción de la Condición Primera, este Tribunal considerará: (i) que todo incumplimiento de una resolución de este Tribunal constituye una infracción grave; (ii) que atendido el objetivo buscado por la Resolución N° 43/2012, el incumplimiento de la Condición Primera es el más grave dentro de los posibles incumplimientos en que podría haber incurrido SMU; (iii) que la infracción se prolongó por menos de dos meses; y, (iv) que concurrieron una serie de circunstancias descritas en las consideraciones Cuadragésimo séptima a Quincuagésima que, si bien no impiden considerar el incumplimiento como culpable, sí justifican una rebaja del monto de la multa;

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, en razón de lo anterior, este Tribunal utilizará un 5% de las ventas concernidas por el incumplimiento de la Condición Primera, esto es, 508 UTA (quinientas ocho unidades tributarias anuales), para efectos de determinar la multa aplicable;

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que en el caso de la Condición Tercera, las ventas concernidas por la infracción corresponden al 40% de las ventas efectuadas por Monserrat durante el período comprendido entre el 9 de junio de 2014 y el 19 de diciembre de 2014. Como no existe en estos autos información directa de las ventas de Montserrat en este período, se aproximó esta cifra a las ventas realizadas por esa empresa en un semestre, considerando los estados financieros que rolan a fojas 551 a 572 del Cuaderno de Documentos de Supermercados Montserrat S.A.C. y sus asociados, obteniéndose un monto aproximado para el 40% de participación de SMU en estas ventas de \$ 24.628.148.534;

Centésimo cuadragésimo quinto. Que a fin de determinar el porcentaje de las ventas concernidas que servirá para fijar la multa a ser impuesta a SMU por la infracción de la Condición Tercera, este Tribunal considerará: (i) que todo incumplimiento de una resolución de este Tribunal constituye una infracción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

grave; (ii) que no se trató de un incumplimiento total, sino que de un cumplimiento extemporáneo; (iii) que la infracción se prolongó por más de seis meses; y, (iv) que se han acreditado en este proceso una serie de dificultades objetivas enfrentadas por SMU para a cumplir con la condición, detalladas en la consideración Centésimo vigésimo cuarta que, si bien no impiden considerar el incumplimiento como culpable, sí justifican una reducción de la multa;

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, en razón de lo anterior, este Tribunal utilizará un 4% de las ventas concernidas por el incumplimiento de la Condición Tercera, esto es, 1.826 UTA (mil ochocientas veintiséis Unidades Tributarias Anuales), para efectos de determinar la multa aplicable;

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, finalmente, resta dilucidar si los montos determinados en las consideraciones precedentes son superiores a los beneficios económicos que habría obtenido SMU con ocasión del incumplimiento de las Condiciones Primera y Tercera. En el evento que dichos montos sean inferiores a los beneficios económicos obtenidos, este Tribunal ajustará las multas, a fin de dar cumplimiento al principio expuesto en la consideración Centésimo trigésimo octava;

Centésimo cuadragésimo octavo. Que existen en el presente caso diversas formas de aproximarse al beneficio económico obtenido por la requerida. Entre las categorías de resultados financieros que pueden ser consideradas para efectos del cálculo están los ingresos por ventas, el margen bruto, la ganancia o pérdida de la firma, las ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA) y los dividendos que eventualmente hubieran sido repartidos en el período de incumplimiento;

Centésimo cuadragésimo noveno. Que, sin embargo, el uso de cualquiera de los dos primeros (esto es, ingresos por ventas o el margen bruto) podrían conllevar a sobreestimar el beneficio económico derivado del incumplimiento, atendida la posible existencia de costos de operación no incluidos en esas cuentas, los cuales disminuirían, en definitiva, las ganancias;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo quincuagésimo. Que la ganancia de la empresa (pérdida en el caso de SMU) tampoco representa necesariamente el verdadero valor creado para la requerida por la operación de sus activos, pues su monto puede deberse a circunstancias puntuales de deuda, amortizaciones o depreciación –entre otras– que pueden no reflejar en forma precisa las verdaderas ganancias de la empresa producto del incumplimiento;

Centésimo quincuagésimo primero. Que, atendido el razonamiento expuesto en las consideraciones precedentes, la forma de cálculo que este Tribunal estima más acertada y cercana al valor real del beneficio económico derivado del incumplimiento de la Condición Primera es el valor del EBITDA. En el presente caso, esta información fue allegada al proceso como prueba documental por SMU, a fojas 1258 y 1260 del Cuaderno de Documentos Reservados SMU; no fue objetada por la FNE; y fue hecha pública por SMU en su escrito de observaciones a la prueba;

Centésimo quincuagésimo segundo. Que para el caso del incumplimiento de la Condición Primera, se cuenta con información detallada del EBITDA de los locales vendidos por SMU (según consta a fojas 2189), que permite concluir que el EBITDA asociado a las ventas de éstos efectuadas durante los meses de junio y julio de 2014 corresponderían aproximadamente a \$ 41.988.312, esto es, 78 UTA. Este valor, a su vez, debe ser corregido para considerar sólo el período de incumplimiento de la condición (esto es, desde el 9 de junio hasta el 31 de julio de 2014), obteniéndose un beneficio económico de aproximadamente \$87.738.568, equivalentes a 163 UTA. El monto de la aproximación en el período de incumplimiento es superior al de los meses completos porque en el mes de junio se obtuvo un EBITDA negativo para estos supermercados. De este modo, al considerar sólo parte del mes de junio (del 9 al 30 de este mes) disminuye el EBITDA negativo que se resta al EBITDA positivo del mes de julio, que sí debe ser considerado en su totalidad;

Centésimo quincuagésimo tercero. Que en el caso del incumplimiento de la Condición Tercera, relativa a la venta de Montserrat, una primera aproximación al beneficio económico obtenido por SMU por el incumplimiento oportuno de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medida puede ser la suma de los dividendos entregados por estas sociedades a SMU en el período comprendido entre el 9 de junio de 2014 (fecha límite para efectuar la venta de Montserrat y sus filiales) y el 19 de diciembre de 2014 (fecha en que efectivamente se vendieron las participaciones de SMU en estas sociedades), dado que dichos dividendos no los habría percibido si hubiera enajenado su participación en Montserrat oportunamente;

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que en efecto, como consta a fojas 298 del Tomo I y 392 del Tomo II del Cuaderno de Documentos de Supermercados Montserrat S.A.C. y sus asociados, en las juntas extraordinarias de accionistas de Supermercados Montserrat e Inmobiliaria Santander, ambas de fecha 30 de junio de 2014, se decidió el reparto del 30% de las utilidades del ejercicio del año 2013, a más tardar el 30 de julio de 2014. De este modo, SMU percibió, por el retraso en la venta de los activos considerados en la Condición Tercera, un 40% de estos dividendos, monto que asciende a \$868.684.750 y que corresponde a un beneficio económico neto para SMU por el incumplimiento;

Centésimo quincuagésimo quinto. Que sin embargo, esos dividendos no necesariamente reflejan el mayor valor obtenido por el retraso en la venta de los activos ordenada por este Tribunal. Así, y por las mismas razones descritas en el cálculo del beneficio económico por el incumplimiento de la Condición Primera, una estimación del EBITDA obtenido por dichas sociedades en el período de incumplimiento puede resultar ser una aproximación más cercana a dicha ganancia;

Centésimo quincuagésimo sexto. Que si bien el EBITDA estimado de este modo podría utilizarse para la tasación de una empresa, tal como lo hizo el asesor de SMU en su informe acompañado a fojas 1031 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos Confidenciales de SMU S.A., debe considerarse también el descuento efectuado por el mercado al valor de los activos vendidos por SMU por el hecho de no poseer control de las sociedades vendidas y la inexistencia de un pacto de accionistas con la parte controladora. En efecto, si bien Hudson Bankers estimó la valoración de los activos en un máximo de US\$ [70-110] millones, ellos fueron finalmente vendidos a US\$ [35-55] millones. Si se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

descontase de manera equivalente el EBITDA, en aproximadamente un 50%, el verdadero incremento en la valorización de los activos resultante de la demora no debiera exceder, para el mercado, de 1.757 UTA;

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, en suma, en el presente caso se ha estimado que el beneficio económico obtenido por estos incumplimientos asciende aproximadamente a 163 y 1.757 UTA, para las condiciones Primera y Tercera, respectivamente. Atendido que las multas calculadas en las consideraciones Centésimo cuadragésimo a Centésimo cuadragésimo sexta son superiores a los beneficios económicos que habría obtenido SMU con ocasión del incumplimiento de las Condiciones Primera y Tercera de la Resolución N° 43/2012, este Tribunal no formulará ajustes a dichos montos;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 26° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

1. **Acoger** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de SMU S.A., sólo en cuanto se declara que ésta incumplió las Condiciones Primera y Tercera de la Resolución N° 43/2012, infringiendo de ese modo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211;
2. **Condenar** a SMU S.A al pago de una multa, a beneficio fiscal de dos mil trescientas treinta y cuatro Unidades Tributarias Anuales; y,
3. **No condenar** en costas a SMU S.A., por no haber sido totalmente vencida.

Se previene que los Ministros **Sres. Tapia y Arancibia** no concurren con las consideraciones Sexagésimo cuarto a Nonagésimo séptimo y estuvieron por declarar que SMU no dio cumplimiento a la Condición Segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012, por las siguientes razones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Que, según la sentencia, SMU sería libre para determinar con quién se efectúa la comparación y cómo, sin sometimiento a parámetro alguno, pues éste no habría sido especificado expresamente en la Condición Segunda N° 1. En efecto, la sentencia admite “*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*” (consideración Sexagésimo sexta). Ello implica otorgar a SMU un verdadero ámbito discrecional de cumplimiento. Por tanto, bastaría con que SMU haya efectuado una equiparación de cualquier manera para que la condición se entienda cumplida, es decir, que cumpliera con un estándar autoimpuesto;

2. Que el amplísimo grado de discrecionalidad otorgado por la sentencia al agente económico frente a la obligación, al permitirle manejar las variables de cumplimiento, nos parece un criterio de interpretación inadecuado de condiciones o medidas impuestas por este Tribunal. Por el contrario, quien impuso las condiciones a ser fiscalizadas (este Tribunal) debe siempre proveer de interpretaciones y orientaciones acerca de las formas de cumplimiento admisibles, otorgando así directrices o pautas relativamente claras a los sujetos obligados e interesados. En cambio, la discrecionalidad que otorga la sentencia se traduce en que el infractor impone las condiciones mismas de fiscalización, lo que podría dificultar el cumplimiento fiel de las mismas;

3. Que, en este sentido, las asimetrías de información que regularmente existen entre fiscalizados y fiscalizadores son más significativas en aquellos ámbitos que constituyen la esencia misma de la actividad empresarial, como ocurre en este caso con la definición de las políticas de *pricing*. Lo anterior es particularmente patente en industrias que carecen de un fiscalizador especializado, como es el caso del *retail*. Esta circunstancia exige interpretar las medidas impuestas por este Tribunal en razón de su finalidad pues, de lo contrario, se corre el peligro de que aquellas sean eludidas por quienes poseen mejores conocimientos del mercado en que se desenvuelven;

4. Que el contexto y fundamentos de la Resolución N° 43/2012 indican que su finalidad fue evitar que SMU, que quedaría operando en condiciones no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competitivas (monopólicas o cuasimonopólicas) en ciertas localidades como resultado de la operación de concentración entre ella y SdS, subiera sus precios por sobre el nivel competitivo. Atendido que se esperaba que la posición de SMU sólo tuviera un carácter transitorio –pues duraría únicamente el tiempo necesario para implementar la medida de desinversión impuesta mediante la Condición Primera– este Tribunal impuso la Condición Segunda N°1, que implicaba una restricción de la política de precios (*pricing*) de la entidad fusionada en aquellas localidades que quedarían en condiciones no competitivas. Es precisamente ese carácter transitorio y complementario de la Condición Segunda N° 1 el que explica su magnitud, siendo proporcional al riesgo creado;

5. Que, en nuestro concepto, la forma de dar cumplimiento a la Condición Segunda N°1 consistía en que, una vez que fueran determinadas las comunas más cercanas con un nivel de competencia suficiente, las listas de precios de los establecimientos singularizados en la Condición Primera debían ser equiparadas (esto es, igualadas) a las listas de precios de los supermercados de SMU en dichas localidades de referencia;

6. Que SMU determina los precios de sus locales utilizando un sistema de *clusters*, cada uno de los cuales agrupa diversos locales que comparten características geográficas comunes. Cada uno de esos *clusters* tiene una única lista de precios, que resulta de un posicionamiento de precios respecto de la competencia, como se desprende de la declaración ante la Fiscalía de los Sres. Esteban Rosas Cancino y Hugo Martínez Benavides de fecha 21 de marzo de 2014 (documento acompañado bajo el numeral 9 de la versión electrónica del Expediente de Investigación de la Fiscalía, agregado a fojas 388 de estos autos). Atendido lo anterior, la forma más simple de equiparar en los términos exigidos por la Condición Segunda era incorporar los establecimientos singularizados en la Condición Primera en los *clusters* en los que se encontraban los locales pertenecientes a las respectivas comunas de referencia. Esta interpretación es consistente con el entendimiento que la FNE tuvo de la Condición Segunda durante la fiscalización del cumplimiento de la Resolución N° 43/2012, como se desprende directamente de la interacción entre los representantes de la Fiscalía y quienes prestaron declaración ante esta, en particular al señalar que “[...] la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condición segunda es equiparar a los precios de sus locales en las comunas de referencia, entonces esos precios ustedes los tienen sin la necesidad de Nielsen” y que el ejercicio realizado por la Fiscalía “[...] es un análisis distinto al que están haciendo ustedes [...]”;

7. Que existen importantes razones económicas para considerar que esa metodología era la única forma admisible de cumplimiento de la Condición Segunda N° 1. Además, era la vía más eficaz y directa para la consecución de los objetivos subyacentes a la imposición de la condición y para facilitar la fiscalización pertinente de parte de la FNE;

8. Que, en primer término, el análisis económico del sector *retail* provee suficientes justificaciones para concluir que la equiparación ordenada en la Condición Segunda N° 1 debió ser hecha con locales propios (en este sentido véase, por ejemplo, R. Betancourt, *The Economics of Retailing and Distribution*, Edward Elgar, 2004);

9. Que, en efecto, desde el punto de vista de la cadena de *retail*, existen dos variables centrales que deben ser consideradas en el análisis. La primera y más simple está compuesta por los ítems (artículos) o servicios desplegados en el supermercado para su venta al público. La segunda consiste en un conjunto de servicios de distribución que entrega cada cadena de supermercados y que, en cada local, son “atados” entre sí y con los ítems desplegados. Entre estos servicios destacan el ambiente del local; su accesibilidad; el surtido de productos intramarca e intermarca; el aseguramiento en la entrega de los mismos, tanto en tiempo como en forma; y la información disponible en cuanto a precios, disponibilidad u otros;

10. Que, por su parte, los consumidores, enfrentan una serie de costos de distribución al materializar sus decisiones de consumo. Entre otros, es posible mencionar los costos directos y de transporte; el potencial ajuste en razón de indisponibilidad de productos (o de la cantidad demandada) en el tiempo esperado; los costos físicos; los costos de almacenamiento de los productos; y los costos de información acerca de los mismos. Dependiendo de la forma de la “atadura” de los servicios de distribución y los productos ofrecidos que haga cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cadena en cada local, parte de los costos de distribución que enfrenta el consumidor son trasladados al minorista. De este modo, mientras más invierta éste en servicios de distribución, menores serán los costos que enfrenten los consumidores, lo que los llevará, en definitiva, a ser atraídos (y mantenerse fieles) a un local o cadena en particular;

11. Que ese traslado de costos desde el consumidor al supermercado tiene al menos dos consecuencias relevantes para el mercado: la existencia de una dispersión de precios entre distintas cadenas y tiendas de supermercado y, al mismo tiempo, la existencia de una gran variedad de productos (en términos de servicios de distribución) que impactan en la elección de los consumidores;

12. Que de lo anterior se sigue que no sólo cada supermercado –cada local– es, en buena medida, distinto de los demás, sino que cada cadena es esencialmente diferente de otras (véase Dobson, P.: “Retail Structure And Competition Assessment With Application To Latin America And The Caribbean”, *Latin American Competition Forum*, 2015). Atendidas esas diferencias, la equiparación de precios con locales de la competencia no es apta para garantizar que en las localidades concentradas no se fijaran precios supracompetitivos;

13. Que la segunda razón es que este método resulta más eficiente, en cuanto evita distinciones relativas a la forma de comparación. En efecto, de haberse seguido, se tornaba innecesario distinguir entre equiparación por “canasta” (que es el método que utilizó SMU para determinar su posicionamiento de precios) o “precio a precio”. De haber SMU utilizado sus mismos *clusters*, ambos criterios se habrían cumplido, lo que demuestra que sí existía la posibilidad de efectuar una equiparación que contemplara los precios de todos los productos de cada local;

14. Que una de las razones esgrimidas por la sentencia para oponerse a la equiparación precio a precio consiste en que en la industria supermercadista se compite mediante canastas de productos y que, por consiguiente, este Tribunal no podría haber exigido a SMU que cumpliera la Condición Segunda de una forma inconsistente con ese tipo de competencia. Sin embargo, la metodología

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de equiparación de precio a precio no obstaba a que SMU siguiera comportándose competitivamente en las localidades de referencia, incluso si ello implicaba disputar el mercado mediante la oferta de una canasta de productos atractiva. En efecto, la equiparación precio a precio sólo se habría traducido en trasladar a las localidades concentradas singularizadas en la Condición Primera los precios fijados en las localidades de referencia, sin restringir las políticas de precios generales de SMU en éstas.

15. Que, en tercer lugar, la incorporación de los locales objeto de la medida de mitigación en los *clusters* de las respectivas localidades de referencia de SMU no generaba el incentivo perverso que se describe en la consideración Sexagésimo, consistente en que la equiparación con locales propios le permitiría incrementar los precios en las comunas de referencia y así ejercer el poder de mercado en las comunas concentradas;

16. Que, en efecto, de haberse incorporado los locales ubicados en comunas no competitivas en los *clusters* de las respectivas localidades de referencia, la propia regla de posicionamiento de precios de los *clusters* previamente existentes habría operado como una forma de control de posibles alzas;

17. Que, más aun, el incentivo perverso aducido por SMU no es atendible. La razonabilidad económica indica que una probable pérdida de posición de mercado en el mediano plazo en las localidades competitivas –derivada del cobro de precios más altos– no resultaría conveniente frente a las ganancias de corto plazo derivadas de mayores precios en la localidades no competitivas; lo anterior, especialmente si se considera que los volúmenes de ventas en las localidades de referencia, atendido su carácter de capitales regionales o provinciales según se explicó en la consideración Quincuagésimo cuarta, presumiblemente son mayores a los de las localidades no competitivas;

18. Que, finalmente, pero no menos importante, el indicado es el criterio que permite una fiscalización más sencilla y directa, por cuanto permite determinar el cumplimiento de manera *ex ante* a bajo costo, de forma simple y eficaz. En este sentido, de haberse utilizado el método correcto, la fiscalización habría sido tan fácil como verificar: (i) si los locales de mitigación habían sido incluidos en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los *clusters* de precios las comunas de referencia correctas, y (ii) si existió una única lista de precios para tales *clusters* de precios;

19. Que, en suma, es claro que el método consistente en agregar los locales de mitigación directamente en los *clusters* de las comunas competitivas de referencia habría permitido un cumplimiento de la Condición Segunda N° 1 íntegro, eficaz y exento de los riesgos identificados por SMU. No era necesaria una especificación mayor a la dada en dicha condición pues, a juicio de estos prevenientes, de su sentido económico claro y unívoco se desprende tanto con quién debía efectuarse la equiparación como la forma de hacerlo.

20. Que, sin perjuicio de lo anterior, en las consideraciones siguientes se analizará la metodología implementada por SMU, para efectos de demostrar: (i) que ella no era apta para cumplir con la Condición Segunda N° 1; y, (ii) que, en los hechos, dicha metodología no condujo a una equiparación con los precios de los locales de SMU en las comunas de referencia, tampoco a una equiparación con las canastas de los locales de SMU en las comunas de referencia y ni siquiera a una equiparación con las canastas de los locales de la competencia en la comuna de referencia.

21. Que en lo que respecta a la metodología empleada por SMU, esta prevención se remite a la descripción contenida en la consideración Quincuagésimo cuarta de la sentencia;

22. Que una primera razón que resta validez al método utilizado por SMU es que la comparación se hizo con locales de la competencia. El método de SMU implicó seguir la política de *pricing* de sus competidores, lo que al menos importó un actuar bajo la forma de paralelismo consciente. Esa no pudo haber sido la fórmula buscada por el Tribunal al imponer la medida, atendido el alto riesgo de que se incurra en conductas coordinadas, riesgo que fue descrito por el Tribunal en la Resolución N° 43/2012, en que señala que “[...] *la operación consultada aumenta en forma significativa los riesgos de conductas coordinadas en una industria altamente relevante tanto para los consumidores como para sus proveedores y para la competencia en los mercados productivos en los que participan tales proveedores*” (numeral 12.24);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. Que para que una comparación con la competencia en las localidades de referencia permitiera cumplir con la finalidad de la Condición Segunda debían cumplirse una serie de supuestos. En primer término, dicha metodología supone que en las localidades de referencia la competencia funcionaba de manera perfecta o cercana a ella, de modo que los precios de los establecimientos de la competencia serían un fiel reflejo de los precios que SMU fijaría en condiciones competitivas. Sin embargo, como ha establecido en otras oportunidades este Tribunal, la industria supermercadista está caracterizada por una “competencia imperfecta” (Sentencia N° 65/2008);

24. Que, en segundo término, la metodología implementada por SMU supone que los supermercados competirían únicamente por las canastas de productos, de modo que, al compararse con la canasta de un competidor, SMU emularía los precios que ella fijaría en condiciones de competencia. Sin embargo, como se expuso en las consideraciones 10 y 11 de esta prevención, los supermercados también compiten en otros servicios de distribución, de modo que idénticas canastas de productos comercializadas por supermercados de diferentes marcas y formatos no necesariamente son comparables entre sí, incluso en situaciones de competencia perfecta o cercana a ella;

25. Que, en tercer lugar, al definir su política regular de precios en Osorno, Rancagua y Quillota, SMU se comparó con determinados locales de la competencia. Sin embargo, al seleccionar dichas comunas como localidades de referencia con motivo de la Condición Segunda N° 1, eligió otros locales de la competencia para efectuar la comparación con los *cluster* de mitigación (según consta en la respuesta de SMU al oficio Ord. N° 0373 de la FNE, de fecha 6 de mayo de 2014, acompañada en la versión electrónica del expediente de investigación de la Fiscalía, que rola a fojas 388). Esta diferencia resulta llamativa si se considera que la medida de mitigación tenía por objeto equiparar los precios de SMU en las localidades no competitivas con aquellos cobrados por la misma en condiciones de competencia. Lo anterior es especialmente relevante si se considera que Osorno, Rancagua y Quillota corresponden a tres de las cuatro comunas de referencia utilizadas en la metodología de SMU. Respecto de este punto, la requerida no dio razones que justifiquen la elección

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de diferentes establecimientos para, por una parte, fijar sus precios en las localidades competitivas y, por la otra, implementar su metodología de mitigación;

26. Que otro defecto metodológico del sistema de comparación con la competencia implementado por SMU es que redujo significativamente el porcentaje de productos comparables entre los locales de mitigación y los locales de referencia. En efecto, según dan cuenta los siguientes cuadros, el porcentaje de productos comparables entre locales de SMU era significativamente superior al porcentaje de productos comparables entre locales de SMU y de la competencia, lo que se explica en general por la diversidad de surtido entre cadenas competidoras y en especial por la presencia de marcas propias:

Cuadro N° 4:
Porcentaje de productos comparables (al comparar con la competencia) y de observaciones de productos comparables (al comparar con SMU) entre el establecimiento de mitigación y el establecimiento de referencia

Código Local	Denominación	% productos comparables	
		Competencia	SMU
67	CASABLANCA	-	89,1%
70	LOTA I	67%	98,2%
71	PENCO	63%	97,7%
72	TOME	65%	97,9%
77	LOTA II	65%	97,5%
79	CHIGUAYANTE	60%	96,4%
80	ANGOL I	57%	94,0%
81	LOMAS COLORADAS	61%	96,2%
370	SAN CARLOS	65%	96,5%
375	ARAUCO	66%	80,6%
442	COYHAIQUE	-	84,8%
471	FRUTILLAR	-	65,4%
534	RIO BUENO	70%	91,3%
540	PANGUIPULLI I	71%	90,7%
553	CHIMBARONGO	74%	93,9%
575	ANCUD	-	61,8%
633	CHIMBARONGO II	73%	94,2%
707	PENCO II	66%	95,3%
709	MANQUIMAVIDA	56%	93,5%
710	LOS HUERTOS	58%	94,8%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

711	TOME II	70%	86,1%
712	SAN CARLOS II	63%	96,5%
716	LA VIOLETA	62%	94,6%
719	SAN PEDRO	65%	95,3%
724	CARACOL	56%	94,2%
728	PISAGUA I	73%	92,5%
739	LEONERA	64%	96,2%
752	TEMUCO II	71%	-
753	TEMUCO III	71%	91,9%
762	ANGOL	56%	90,3%
764	URMENETA	71%	88,7%
765	PORTALES	70%	86,6%
767	ANCUD III	-	91,4%
768	COYHAIQUE II	-	52,6%
775	PUERTO MONTT III	71%	96,3%
776	VALDIVIA II	68%	83,6%
784	LA UNION II	71%	95,7%
785	COMERCIO	70%	94,3%
787	RIO BUENO II	70%	93,4%
788	PANGUIPULLI	70%	92,4%
789	FRUTILLAR III	-	92,9%
900	CASABLANCA II	-	46,3%
Promedio		66%	89,3%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información del Anexo N° 2 del informe "Análisis sobre el cumplimiento de la condición segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012" acompañado por SMU a fojas 437 (para la columna denominada "Competencia") y de la información acompañada por la FNE a fojas 1887, correspondientes a las bases de datos del informe titulado "Evaluación de cumplimiento por parte de SMU S.A. de la Condición Segunda N°1 de la Resolución N° 43/2012 del TDLC" (para la columna denominada "SMU").

27. Que, como consecuencia de lo anterior, la comparación con locales de la competencia le permitió a SMU fijar precios discrecionalmente en todos aquellos productos que no eran comparables, esto es, en promedio un tercio de los productos (34%), según se desprende del cuadro anterior. Ello produjo que no pudiera analizarse respecto de dichos productos el cumplimiento o incumplimiento de la Condición Segunda N° 1, pudiendo verificarse a su respecto los riesgos inherentes a la concentración de los mercados locales identificados en la Resolución N° 43/2012;

28. Que, mayor abundamiento, la metodología de comparación con la competencia redujo la capacidad de SMU de equiparar los precios en las localidades de mitigación, debido a que no podía responder oportunamente a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

variaciones de precios de los locales de referencia de la competencia. Una manifestación de lo anterior fue el límite máximo de seiscientos cambios de precios por día reportado por SMU en su contestación (fojas 325). Dicha restricción no habría existido de haber sido implementada una metodología de comparación con locales propios, pues en ese caso ambos establecimientos tendrían el mismo límite diario de cambios de “flejes” (es decir, los precios que se presentan en las góndolas o estanterías en que se exhiben los productos en los supermercados y que deben ser cambiados manualmente);

29. Que una segunda razón por la cual el método de SMU carece de validez es que metodología de canastas le otorga una flexibilidad en su política de precios que no impide la fijación de precios supracompetitivos, al menos en algunos de sus productos, según se analiza en las consideraciones siguientes;

30. Que bajo el sistema de comparación por canasta, si bien SMU no tenía control sobre las canastas –pues la ponderación de los productos dentro de la canasta se realizó en función de las ventas relativas–, sí controló el precio de cada producto, lo que en definitiva influye en la cantidad comprada. Ello implicó que, a nivel agregado y atendida la vasta información que SMU tiene de su propio negocio (en especial, las características de la demanda por cada producto en cada establecimiento), el método de equiparación por canasta permitía fijar precios supracompetitivos en productos específicos, debiendo sólo rebajar los precios de otros productos en forma suficiente para cumplir con su parámetro;

31. Que, en consecuencia, si bien la comparación por canasta puede permitir mantener niveles de precio similares entre dos locales en comparación para un consumidor promedio o representativo, no puede garantizar que los consumidores no se vieran directamente perjudicados por las alzas de precios en ciertos productos. Dichas alzas pueden ser el resultado de un ejercicio de poder de mercado por SMU, manteniendo latente –e incluso materializando, según se demostrará más adelante– el riesgo anticompetitivo identificado en la Resolución N° 43/2012 y que se intentó mitigar mediante la Condición Segunda N° 1;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Que, adicionalmente, la metodología establecida por SMU contempla rangos de incumplimiento tolerables, que serían una consecuencia de la comparación por canastas con locales de la competencia. Dichos rangos de incumplimiento tolerable fueron un 1% y 3%, dependiendo de si los establecimientos en las localidades no competitivas pertenecían antes de la fusión a SdS (Bigger) o SMU (Unimarc) (consideración Quincuagésimo cuarta);

33. Que atendido que la metodología utilizada por SMU dependía de información externa de sus competidores –que recibía con rezago– resultaba extremadamente difícil para la requerida calcular *ex ante* los precios necesarios para que el precio de la canasta ponderada por ventas fue exactamente el mismo en el supermercado de mitigación y en el de referencia. Por lo anterior, la metodología de SMU requería establecer un margen de error aceptable dentro del cual se pudiera considerar cumplida la Condición Segunda N°1;

34. Que en estadística inferencial, al trabajar con observaciones o datos que contienen errores aleatorios (esto es, que no se pueden controlar por quien las reúne), existe la posibilidad de utilizar intervalos de confianza, método que consiste en establecer un rango para determinar, con un cierto grado de certeza, entre qué valores se encuentran en promedio las observaciones. Los intervalos de confianza de un conjunto de observaciones se determinan a partir de la información estadística que dicho conjunto contiene (varianza y número de observaciones) y, por consiguiente, son calculados de manera objetiva –no discrecional– y con posterioridad a la realización de dichas observaciones (véase, al respecto, Healey, J. *Statistics: a tool for social research*, Thomson, 7ª Ed., 2005);

35. Que en el presente caso, la naturaleza de la información con la que contaba la requerida para determinar los precios de sus productos le permitía utilizar intervalos de confianza para determinar el cumplimiento de la medida. Sin embargo, SMU utilizó un método esencialmente distinto. Determinó el margen de incumplimiento aceptable discrecionalmente (fijándolo entre 97% y 101% para ciertos establecimientos y entre 98% y 103% para otros) y de forma previa a la realización de las observaciones. Esto le permitió, en algunos locales, estar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consistentemente ubicado en la parte superior de los rangos que la misma requerida estableció –esto es, sobre el 100%, pero bajo el 101% o 103%, según correspondiera– y cumplir con su estándar. Si se hubieran utilizado intervalos de confianza, la observación de ese sesgo superior al 100% hubiera mostrado un incumplimiento. A mayor abundamiento, si dicho incumplimiento hubiera sido detectado a tiempo (lo que era posible atendido que las observaciones tenían una frecuencia semanal) SMU podría incluso haber ajustado sus precios a la baja;

36. Que un ejemplo de la diferencia entre estas dos metodologías se resume en el siguiente cuadro, que utiliza la información entregada por Deloitte en el informe acompañado a fojas 2148. En él se puede apreciar lo diferente que es adoptar una medida de cumplimiento basada en intervalos de confianza o el rango de incumplimiento aceptable usado por SMU;

Cuadro N° 5
Posicionamiento de una canasta ponderada de SMU respecto del precio de la misma canasta ponderada en un local de referencia de la competencia, mensualmente, para los locales números 67 (Casablanca), 370 (San Carlos) y 710 (Los Huertos), entre octubre de 2013 y junio de 2014

Mes	Código de Local SMU		
	67 (Casablanca)	370 (San Carlos)	710 (Los Huertos)
oct-13	102,3%	102,2%	102,1%
nov-13	101,8%	100,9%	100,2%
dic-13	100,6%	100,6%	99,2%
ene-14	100,4%	100,3%	98,8%
feb-14	101,9%	101,3%	99,8%
mar-14	102,0%	101,1%	100,6%
abr-14	102,1%	101,6%	99,2%
may-14	103,4%	102,6%	100,9%
jun-14	102,6%	101,2%	100,4%
Promedio	101,9%	101,3%	100,1%
Intervalo de Confianza al 95%	0,61%	0,48%	0,66%
Mínimo	101,3%	100,8%	99,5%
Máximo	102,5%	101,8%	100,8%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en el informe de Deloitte, acompañado a fojas 2148.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

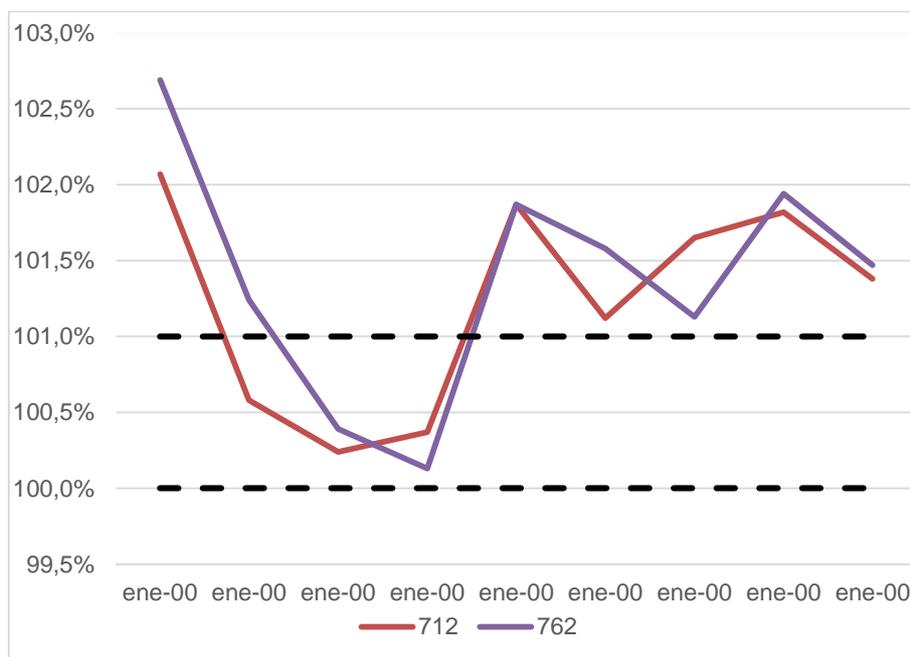
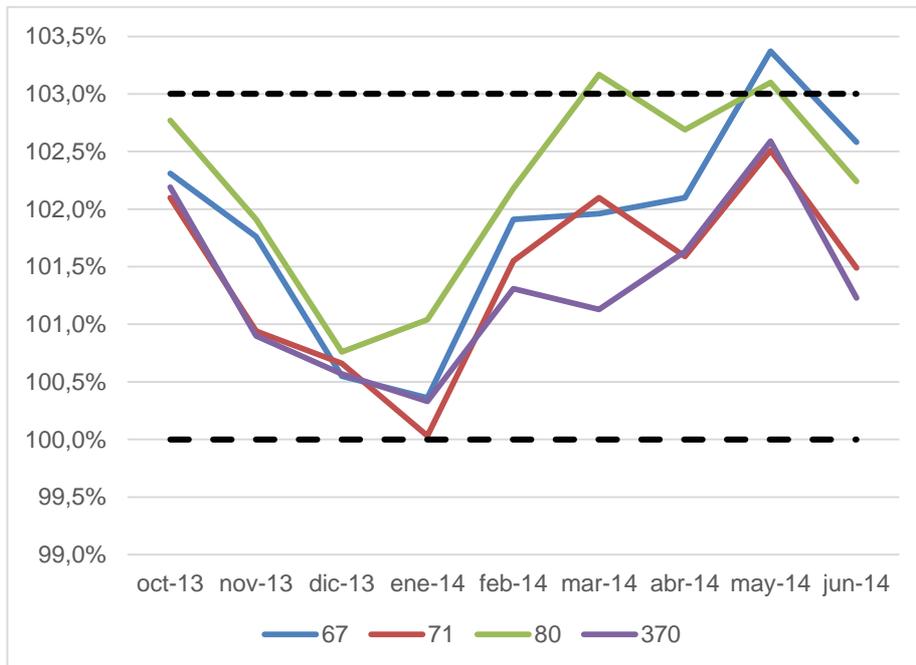
37. Que a partir de los datos de este cuadro es posible explicar las consecuencias de fijar *ex ante* rangos de incumpliendo aceptables o utilizar *ex post* intervalos de confianza. Para los tres locales, el promedio simple de los datos observados en el período de cumplimiento (101,9%, 101,3% y 100,1%) estuvo dentro del rango de incumplimiento aceptable fijado por SMU, por lo que, utilizando su metodología, habría cumplido con la Condición Segunda N° 1. Sin embargo, si se observan los datos relativos a los locales números 67 (Casablanca) y 370 (San Carlos), los niveles de precios se mantuvieron estricta y consistentemente por sobre el 100%, por lo que puede afirmarse, con un 95% de confianza, que el precio de la canasta de productos en el local de mitigación respectivo fue estrictamente superior al del local de referencia. En cambio, la tercera columna, relativa al local 710 (Los Huertos), muestra que SMU efectivamente posicionó el precio de su canasta alrededor del precio de la canasta del local de referencia, arrojando, con un 95% de confianza, que el precio ponderado de la canasta no fue estadísticamente distinto al de la competencia;

38. Que una representación gráfica de esta misma información, como la que muestran los Gráficos N° 9 y N° 10, a continuación, puede servir para aclarar la razón por la que esta prevención considera que deberían haberse utilizado intervalos de confianza en vez de los márgenes de incumplimiento aceptable incorporados en la metodología de SMU;

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Gráficos N° 9 y 10:

Evolución de los precios de canastas como porcentaje del precio de una canasta idéntica en los locales de referencia para los locales de SMU códigos 67 (Casablanca), 71 (Penco), 80 (Angol I), 370 (San Carlos) 712 (San Carlos II) y 762 (Angol)



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en el informe de Deloitte acompañado por SMU a fojas 2148.

Nota: Se grafican, además de los índices de precios de las canastas respecto de la referencia, las abscisas de 103%, 101% y 100%, correspondientes al límite superior del rango de incumplimiento aceptable determinado por SMU para estos locales y al punto en que se igualan los precios de las canastas ponderadas, respectivamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. Que puede observarse en estos gráficos cómo SMU, en los locales ahí individualizados (códigos de local 67, 71, 80, 370, 712 y 762), mantuvo el precio de su canasta consistentemente por encima del nivel de precio del establecimiento de la competencia en la comuna de referencia. Esto permite demostrar que el objetivo de SMU no era lograr una equiparación de los precios de las canastas (esto es, apuntar al 100%), objetivo sobre el cual los errores aleatorios pueden determinar cifras superiores o inferiores a 100%, sino que –al menos en estos establecimientos– su objetivo fue mantenerse en el rango superior de un margen de incumplimiento aceptable que determinó arbitrariamente antes de implementar el plan de mitigación, lo que incumple con la esencia misma de la Condición Segunda N° 1;

40. Que todos los reparos antes expuestos se explican porque SMU siguió utilizando su política habitual de *pricing*, sin orientarse específicamente a cumplir con lo que la Condición Segunda N° 1 le demandaba (esto es, “equiparar precios”). Los antecedentes dan cuenta que: (i) la metodología de SMU fue una adecuación del mismo procedimiento que implementó durante el proceso no contencioso N° 397-11 como “Plan de Mitigación Voluntaria” (en adelante, “PMV”), al que se hace referencia en las consideraciones Quincuagésimo cuarta y Sexagésimo segunda del fallo; y (ii) que esa metodología, a fin de cuentas, corresponde a la misma estrategia de posicionamiento de precios que SMU utiliza en todo el país, no pudiendo considerarse como un método que preste especial atención a los riesgos anticompetitivos establecidos por este Tribunal en su Resolución N° 43/2012;

41. Que respecto del primer punto, debe tenerse presente que si bien el PMV fue implementado durante la tramitación de la Resolución N° 43/2012, el mismo no fue siquiera analizado en la parte considerativa de dicha resolución, por lo que no puede interpretarse su contenido como equivalente con el de la Condición Segunda. Adicionalmente, el PMV y la Condición Segunda difieren sustancialmente, pues mientras el objetivo del primero era “[...] *fijar lineamientos de posicionamientos de precios*”, esta última ordenó –como se ha reiterado– “equiparar” los precios. Por último, no existen antecedentes que muestren que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la FNE o este Tribunal hayan validado posteriormente el PMV como forma de cumplimiento a la Condición Segunda;

42. Que en segundo lugar, consta de la declaración de los encargados de *pricing* de SMU ante la Fiscalía que el método que SMU utilizó con motivo de la Condición Segunda N° 1 es prácticamente idéntico al que SMU utiliza en el resto del país para posicionar sus precios. En este sentido, es particularmente grave –en opinión de estos prevenientes– que, ante una orden directa de este Tribunal, que evalúa los riesgos de una operación de concentración y que les obliga a tener especial cuidado en algunas comunas por el grado de concentración que en éstas se produjo, SMU haya continuado con la misma política de *pricing* que utilizaría en caso de no existir la Condición Segunda N° 1;

43. Que, los reparos expuestos en las consideraciones 22 a 39 permiten concluir que la metodología implementada por SMU adoleció de diversos defectos de diseño, que se tradujeron, en algunos casos, en la imposibilidad objetiva de efectuar una equiparación y, en otros, en ámbitos de discrecionalidad que le permitieron ejercer poder de mercado en las localidades de mitigación. De lo anterior se desprende que la metodología de SMU no era apta para precaver el riesgo anticompetitivo que se intentó mitigar mediante la imposición de la Condición Segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012;

44. Que, sin perjuicio de lo anterior, estos prevenientes analizarán los resultados de la metodología de comparación con locales de la competencia implementada por SMU, a fin de demostrar que la misma no cumplió con cualquiera de los siguientes parámetros: (i) comparación con precios de locales propios en la comuna de referencia (parámetro estimado como el único correcto por esta prevención); (ii) comparación mediante canastas con locales propios en la comuna de referencia; y, (iii) comparación mediante canastas con locales de la competencia en la comuna de referencia (parámetro elegido por SMU);

45. Que el examen estadístico de los datos acompañados por SMU a fojas 654 permite concluir que los precios de los locales en zonas no competitivas no fueron equiparados con aquellos de los locales de referencia elegidos por la requerida, lo que significa que, en los hechos, el método escogido no fue apto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para dar cumplimiento con la medida de equiparación de precios impuesta por este Tribunal en la Condición Segunda;

46. Que el análisis efectuado por esta prevención demuestra que entre un 10,8% y un 19,9% (dependiendo del local) de las observaciones de venta de productos en las localidades de mitigación entre el 8 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014 presentaron precios lista superiores a los cobrados por SMU en la comuna de referencia. Si se acota este análisis sólo a aquellas diferencias de precios de lista mayores a un 5%, se observa que entre un 4,7% y un 10,2% de las observaciones presentan precios superiores en los locales de mitigación respecto de los cobrados en el local de referencia. Los resultados por local para precios lista se muestran en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 6:
Porcentaje de las observaciones que contemplan precios superiores a los de referencia (locales de SMU), considerando precios estrictamente superiores, o mayores en un 5%, 10% y 15%, según se indica

Código	Local	Precios lista			
		>100%	>105%	>110%	>115%
67	CASABLANCA	16,8%	7,7%	3,2%	1,5%
70	LOTA I	12,2%	5,2%	1,8%	0,9%
71	PENCO	13,3%	5,5%	2,2%	1,1%
72	TOME	13,8%	5,9%	2,3%	1,2%
77	LOTA II	12,8%	5,6%	2,1%	1,1%
79	CHIGUAYANTE	13,2%	5,6%	2,0%	1,0%
80	ANGOL I	13,4%	5,6%	2,1%	1,1%
81	LOMAS COLORADAS	12,4%	5,5%	2,0%	1,0%
370	SAN CARLOS	13,3%	5,7%	2,2%	1,2%
375	ARAUCO	18,9%	9,3%	4,2%	1,9%
442	COYHAIQUE	19,2%	9,6%	4,5%	2,1%
471	FRUTILLAR	18,5%	9,4%	4,3%	2,1%
534	RIO BUENO	19,4%	9,5%	4,3%	2,0%
540	PANGUIPULLI I	19,9%	10,0%	4,5%	2,1%
553	CHIMBARONGO	19,7%	10,1%	4,7%	2,2%
575	ANCUD	18,7%	9,4%	4,4%	2,1%
633	CHIMBARONGO II	19,1%	9,9%	4,4%	2,0%
707	PENCO II	11,1%	4,8%	2,0%	1,1%
709	MANQUIMAVIDA	10,8%	4,7%	1,8%	1,0%
710	LOS HUERTOS	10,8%	4,8%	2,0%	1,0%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

711	TOME II	10,8%	5,3%	2,7%	1,5%
712	SAN CARLOS II	11,5%	5,2%	2,3%	1,2%
716	LA VIOLETA	11,2%	5,1%	2,1%	1,1%
719	SAN PEDRO	11,1%	5,3%	2,4%	1,2%
724	CARACOL	11,6%	5,0%	2,1%	1,1%
728	PISAGUA I	17,0%	9,0%	3,8%	1,6%
739	LEONERA	11,0%	4,9%	2,1%	1,2%
752	TEMUCO II	18,4%	9,4%	4,1%	1,9%
753	TEMUCO III	18,5%	9,4%	4,2%	1,9%
762	ANGOL	11,5%	5,0%	2,1%	1,1%
764	URMENETA	17,8%	9,0%	3,8%	1,7%
765	PORTALES	17,8%	9,0%	3,9%	1,7%
767	ANCUD III	16,9%	8,6%	3,7%	1,6%
768	COYHAIQUE II	17,8%	9,3%	4,2%	2,0%
775	PUERTO MONTT III	17,4%	8,7%	3,9%	1,8%
776	VALDIVIA II	16,3%	8,3%	3,7%	1,7%
784	LA UNION II	17,6%	9,0%	3,9%	1,8%
785	COMERCIO	18,5%	10,2%	5,1%	2,6%
787	RIO BUENO II	17,0%	8,6%	3,7%	1,7%
788	PANGUIPULLI	17,5%	8,9%	3,9%	1,8%
789	FRUTILLAR III	16,4%	8,4%	3,6%	1,6%
900	CASABLANCA II	18,9%	9,8%	5,0%	2,7%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información acompañada por SMU a fojas 437, correspondiente a las bases de datos utilizadas para la elaboración del informe "Análisis sobre el cumplimiento de la condición segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012".

47. Que esta conclusión es ratificada en el informe acompañado por la propia SMU a fojas 437, en el que se señala que *"si se consideran los precios de lista, en promedio un 83% de los productos en el local de mitigación tiene un precio menor o igual a los productos en el local de referencia y un 23% de los productos tiene un precio estrictamente menor"*, lo que implica que un 17% de los productos presentan un precio estrictamente mayor en el local de desinversión. Los resultados obtenidos por los informantes son reproducidos en el cuadro acompañado por SMU a fojas 437;

48. Que, asimismo, el informe acompañado por la Fiscalía a fojas 1887 determinó que *"[r]especto a la equiparación de precios usando supermercados específicos de competidores de SMU en dichas comunas [las de referencia], se encontró que, dependiendo de la localidad, entre un 31,8% y un 49,5% de los productos comparables tenían diferencias de precios respecto a su referencia de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al menos un 10%. Los productos con una diferencia de precios respecto a su comuna de referencia de al menos un 15%, representan entre un 21,9% y un 38,7% de los productos comparables” lo que, según el mismo informe, se explicaría en las dificultades prácticas antes señaladas de equiparar precios con la competencia y en la utilización de una canasta para realizar los ajustes de precios;

49. Que de lo anterior se desprende que la metodología de SMU no sólo no intentaba lograr una equiparación de los precios cobrados en los locales monopólicos y los de referencia, sino que, en la práctica, tampoco logró dicha equiparación, cobrando dicha cadena precios superiores en un porcentaje no despreciable de las observaciones obtenidas del período de cumplimiento;

50. Que si bien ya fue establecido que el estándar de cumplimiento para estos prevenientes correspondía a equiparar cada uno de los precios cobrados en los establecimientos de SMU en las comunas de mitigación con los precios cobrados por esta misma empresa en sus establecimientos situados en las comunas de referencia, en las siguientes consideraciones se demostrará que, incluso de relajarse el requisito de comparación precio a precio –esto es, permitiendo la comparación por medio de canastas con establecimientos de SMU en las comunas de referencia– SMU no equiparó los precios con aquellos de las comunas de referencia;

51. Que en este sentido, cabe referirse a la consideración Nonagésimo quinta y al Cuadro N° 2 reproducido en esta sentencia, en que se puede observar el mismo ejercicio que esta prevención necesita analizar. Si bien dichos resultados muestran que en gran parte de los locales de SMU los precios promedio de la canasta ponderada se encuentran dentro del rango de incumplimiento aceptable determinado por SMU, al menos tres de estos establecimientos presentan cifras que, en promedio, representan un incumplimiento de dicho estándar. Tales establecimientos son los denominados como Casablanca, La Violeta y Casablanca II (códigos de local 67, 716 y 900, respectivamente);

52. Que estos incumplimientos en cifras promedio ya permiten a esta prevención establecer que SMU no habría cumplido con la equiparación con sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propios establecimientos en las comunas de referencia, ni siquiera en el caso de efectuar estas comparaciones por medio de canastas comparadas. Sin embargo, el resultado es todavía más claro si se utilizan intervalos de confianza –que, como ya se estableció en la consideración 34 de esta prevención, es la herramienta correcta para determinar si un incumplimiento está dentro de un rango razonable– se puede observar que diversos otros establecimientos que, con un 95% confianza, se encuentran por encima del 100%, como muestra el siguiente cuadro;

Cuadro N° 7:
Incumplimiento de la Condición Segunda en una comparación por canastas con locales de SMU en las comunas de referencia, según datos semanales entre el 8 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014

Código Local	Denominación	Promedio semanal	Intervalo de Confianza al 95%	Mínimo	Máximo*
67	CASABLANCA	104,0%	0,68%	103,3%	104,6%
70	LOTA I	101,5%	1,11%	100,4%	102,6%
71	PENCO	100,9%	0,96%	100,0%	101,9%
72	TOME	100,3%	0,43%	99,8%	100,7%
77	LOTA II	100,8%	0,82%	100,0%	101,6%
79	CHIGUAYANTE	100,4%	0,73%	99,7%	101,1%
80	ANGOL I	99,4%	0,93%	98,5%	100,3%
81	LOMAS COLORADAS	96,9%	3,31%	93,6%	100,2%
370	SAN CARLOS	100,5%	0,87%	99,6%	101,4%
375	ARAUCO	99,8%	0,34%	99,5%	100,1%
442	COYHAIQUE	99,9%	0,93%	99,0%	100,8%
471	FRUTILLAR	98,1%	2,04%	96,1%	100,1%
534	RIO BUENO	100,3%	0,52%	99,8%	100,8%
540	PANGUIPULLI I	101,2%	0,43%	100,8%	101,6%
553	CHIMBARONGO	99,8%	0,97%	98,8%	100,8%
575	ANCUD	101,4%	1,02%	100,4%	102,4%
633	CHIMBARONGO II	102,9%	1,19%	101,7%	104,1%
707	PENCO II	99,7%	1,11%	98,6%	100,8%
709	MANQUIMAVIDA	97,4%	3,04%	94,4%	100,4%
710	LOS HUERTOS	99,3%	0,31%	99,0%	99,6%
711	TOME II	97,5%	1,52%	96,0%	99,0%
712	SAN CARLOS II	100,4%	1,16%	99,2%	101,6%
716	LA VIOLETA	101,5%	1,38%	100,1%	102,9%
719	SAN PEDRO	99,9%	0,62%	99,3%	100,5%
724	CARACOL	99,8%	0,30%	99,5%	100,1%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

728	PISAGUA I	93,4%	4,28%	89,1%	97,7%
739	LEONERA	99,8%	0,82%	99,0%	100,6%
752	TEMUCO II	97,5%	1,38%	96,1%	98,9%
753	TEMUCO III	96,5%	1,54%	95,0%	98,0%
762	ANGOL	96,9%	1,06%	95,8%	98,0%
764	URMENETA	100,0%	0,29%	99,7%	100,3%
765	PORTALES	99,3%	0,60%	98,7%	99,9%
767	ANCUD III	99,9%	0,44%	99,5%	100,3%
768	COYHAIQUE II	100,5%	0,77%	99,7%	101,3%
775	PUERTO MONTT III	100,1%	0,48%	99,6%	100,6%
776	VALDIVIA II	100,2%	0,28%	100,0%	100,5%
784	LA UNION II	100,2%	0,28%	99,9%	100,5%
785	COMERCIO	100,7%	0,37%	100,3%	101,1%
787	RIO BUENO II	100,4%	0,28%	100,1%	100,7%
788	PANGUIPULLI	100,0%	0,72%	99,3%	100,7%
789	FRUTILLAR III	99,9%	0,43%	99,5%	100,3%
900	CASABLANCA II	101,6%	0,30%	101,3%	101,9%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información acompañada por SMU a fojas 437, correspondiente a las bases de datos utilizadas para la elaboración del informe “Análisis sobre el cumplimiento de la condición segunda N° 1 de la Resolución N° 43/2012”.

* Nota: las filas destacadas corresponden a aquellos establecimientos cuyos intervalos de confianza superan el 100%, considerándose en este caso que no se cumplió con la Condición Segunda N° 1.

53. Que por último, a continuación se establecerán los razonamientos por los que esta prevención considera que, incluso en caso de utilizar el método usado por SMU –esto es, comparación a través de canastas ponderadas con establecimientos de la competencia en las comunas de referencia–, la requerida no habría cumplido con la equiparación de precios, al obtener resultados que superan incluso sus propios rangos de incumplimiento aceptable;

54. Que en este sentido, en el Cuadro N° 1 de la sentencia muestra que SMU habría cumplido en gran parte con los estándares autoimpuestos, sin embargo en dicho cuadro puede observarse que en dos establecimientos, San Carlos II y Angol (códigos de local 712 y 762, respectivamente), el promedio se encontraría por encima de la cota superior de 101% autoimpuesta por SMU. Si bien existen también otros establecimientos cuyos promedios se encuentran por encima de 101% (como son, por ejemplo, los denominados como Casablanca y Angol I) en dichos casos el rango de incumplimiento aceptable por parte de SMU ascendió

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a un 103%, por lo que cumplirían con dicho estándar (consideración Octogésimo cuarta);

55. Que del mismo modo como se determinó en la consideración 35 de esta prevención que debían utilizarse intervalos de confianza en vez de rangos estáticos de incumplimiento aceptable, y tal como ya se efectuó el ejercicio en el Cuadro N° 7 sobre el cumplimiento de un estándar de comparación por canastas con los locales de SMU en las comunas de referencia, a continuación se reproduce dicho ejercicio para la comparación con la competencia, considerando los datos mensuales entre octubre de 2013 y junio de 2014 entregados por Deloitte en su acompañado a fojas 2148:

Cuadro N° 8:
Incumplimiento de la Condición Segunda en una comparación por canastas con locales de la competencia, según datos mensuales entre octubre de 2013 y junio de 2014

Código Local	Denominación	Promedio mensual	Intervalo de Confianza al 95%	Mínimo	Máximo*
67	CASABLANCA	101,9%	0,58%	101,3%	102,5%
70	LOTA I	100,3%	0,95%	99,3%	101,2%
71	PENCO	101,4%	0,51%	100,9%	102,0%
72	TOME	101,0%	0,74%	100,3%	101,8%
77	LOTA II	101,0%	0,95%	100,0%	101,9%
79	CHIGUAYANTE	100,7%	0,77%	99,9%	101,5%
80	ANGOL I	102,2%	0,56%	101,6%	102,8%
81	LOMAS COLORADAS	100,3%	0,65%	99,7%	101,0%
370	SAN CARLOS	101,3%	0,48%	100,8%	101,8%
375	ARAUCO	99,1%	0,44%	98,6%	99,5%
442	COYHAIQUE	100,9%	0,55%	100,3%	101,4%
471	FRUTILLAR	96,9%	1,69%	95,2%	98,6%
534	RIO BUENO	98,3%	0,68%	97,6%	99,0%
540	PANGUIPULLI I	99,9%	0,43%	99,5%	100,4%
553	CHIMBARONGO	99,5%	0,26%	99,3%	99,8%
575	ANCUD	99,3%	0,46%	98,9%	99,8%
633	CHIMBARONGO II	100,0%	0,48%	99,5%	100,5%
707	PENCO II	99,0%	1,13%	97,8%	100,1%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

709	MANQUIMAVIDA	99,7%	0,76%	99,0%	100,5%
710	LOS HUERTOS	100,1%	0,66%	99,5%	100,8%
711	TOME II	96,1%	2,05%	94,0%	98,1%
712	SAN CARLOS II	101,2%	0,45%	100,8%	101,7%
716	LA VIOLETA	100,3%	0,67%	99,6%	101,0%
719	SAN PEDRO	100,6%	0,50%	100,1%	101,1%
724	CARACOL	100,8%	0,58%	100,2%	101,3%
728	PISAGUA I	97,9%	1,19%	96,7%	99,0%
739	LEONERA	99,9%	0,79%	99,1%	100,7%
752	TEMUCO II	99,1%	0,65%	98,5%	99,8%
753	TEMUCO III	98,2%	0,63%	97,6%	98,9%
762	ANGOL	101,4%	0,51%	100,9%	101,9%
764	URMENETA	100,0%	0,51%	99,5%	100,5%
765	PORTALES	99,5%	0,37%	99,1%	99,9%
767	ANCUD III	100,3%	0,52%	99,8%	100,8%
768	COYHAIQUE II	100,9%	0,40%	100,5%	101,3%
775	PUERTO MONTT III	99,8%	0,35%	99,5%	100,2%
776	VALDIVIA II	99,6%	0,55%	99,0%	100,1%
784	LA UNION II	99,4%	0,46%	99,0%	99,9%
785	COMERCIO	99,3%	0,60%	98,7%	99,9%
787	RIO BUENO II	99,8%	0,45%	99,3%	100,2%
788	PANGUIPULLI	100,4%	0,39%	100,0%	100,8%
789	FRUTILLAR III	99,3%	0,42%	98,9%	99,7%
900	CASABLANCA II	100,9%	0,47%	100,4%	101,4%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por Deloitte en su informe acompañado a fojas 2148.

* Nota: las filas destacadas corresponden a aquellos establecimientos cuyos intervalos de confianza superan el 100%, considerándose en este caso que no se cumplió con la Condición Segunda N° 1.

56. Que del cuadro anterior se desprende que la lista de localidades en que SMU habría incumplido, incluso con un estándar de comparación a través de canastas ponderadas con establecimientos de la competencia, es mucho mayor que la que considera la sentencia. De este modo, es imposible en opinión de esta prevención establecer que SMU ha cumplido incluso considerando su propio método;

57. Que para efectos de determinar el incumplimiento de la Condición Segunda estimamos inadmisibles “compensar” los casos en que SMU hubiese cobrado un precio inferior al de equiparación con aquellos en que el resultado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sobrepase los parámetros autoimpuestos. La equiparación de precios ordenada en la Condición Segunda N° 1 debía funcionar como un precio techo o máximo, de modo que si la estrategia comercial fue efectivamente cobrar precios menores en algunos casos, ello no puede operar como un descuento al beneficio económico obtenido en aquellos casos en que SMU sí infringió la condición y cobró precios superiores a los permitidos; y,

58. Que, en conclusión, todo lo señalado demuestra fehacientemente que SMU no cumplió con la medida contenida en la Condición Segunda N°1, al no haber seguido el único método que le permitía equiparar los precios de las localidades de mitigación con los precios de sus locales ubicados en la comuna competitiva más cercana, materializando así el riesgo para la libre competencia que se pretendió precaver mediante la Resolución N° 43/2012.

Se previene adicionalmente que el Ministro **Sr. Tapia** estuvo por aplicar una multa mayor a SMU, en atención a las siguientes consideraciones:

1. Que el incumplimiento de resoluciones pronunciadas por las autoridades de defensa de la competencia constituye un ilícito especialmente grave;
2. Que en jurisdicciones comparadas se utilizan porcentajes entre el 5% y 10% del volumen de negocios total de la compañía en el ejercicio inmediatamente anterior para efectos de fijar la cuantía de las multas aplicables a esta clase de infracciones. En el presente caso, en cambio, la sentencia considera como base para el cálculo el volumen de ventas concernidas por los incumplimientos, de modo que no se justifica utilizar porcentajes tan bajos como 4% y 5% para fijar la cuantía de la multa. Tampoco resulta atendible utilizar un porcentaje diferenciado para cada uno de los incumplimientos;
3. Que, como consecuencia de lo anterior, la multa impuesta en la sentencia carece de un significativo efecto disuasorio;
4. Que, a fin de otorgar un carácter disuasorio a las multas por incumplimiento a resoluciones de este Tribunal, este preveniente estima que debiera considerarse, por regla general, un porcentaje de hasta el 25% de las ventas concernidas por la infracción para efectos de fijar la cuantía de la multa;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Que, sin embargo, atendidas las circunstancias descritas en las consideraciones Centésimo cuadragésimo segundo y Centésimo cuadragésimo quinto de este fallo, este preveniente estima adecuado utilizar en el presente caso un 15% de las ventas concernidas por los incumplimientos de las condiciones Primera y Tercera para fijar la cuantía de la multa; y,

6. Que, en este sentido, este Tribunal, al momento de determinar las multas a ser impuestas a los agentes económicos infractores, no se encuentra constreñido o restringido por la cuantía de las sanciones solicitadas por el requirente o el demandante.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 279-14

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita. Autorizada por el Secretario Abogado (i) Álvaro Vives Martens.