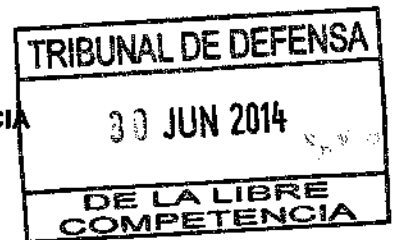


EN LO PRINCIPAL: Formula Requerimiento en contra de SMU S.A.; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña versión electrónica; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita sustitución del procedimiento; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Acompaña versiones públicas; **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Designa receptor judicial; **EN EL SEXTO OTROSÍ:** Se tenga presente; **EN EL SÉPTIMO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA ("FNE")**, ambos domiciliados para estos efectos en calle Agustinas N° 853, piso 2, comuna y ciudad de Santiago, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18°, 19° y siguientes, 26° y 39° letras b), c) y d) del Decreto Ley N° 211 ("DL 211"); y en la Resolución N° 43/2012 de 12 de diciembre de 2012 pronunciada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal" o "TDLC"), fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo Requerimiento en contra de la sociedad **SMU S.A.**, representada por su Gerente General, Sr. Marcelo Gálvez Saldías, ambos con domicilio para estos efectos en calle Cerro El Plomo 5680, piso 10, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago.

El Requerimiento tiene por objeto que este H. Tribunal declare que SMU S.A. ("Requerida" o "SMU"), ha infringido el artículo 3° inciso 1° del DL 211, por la vía de incumplir las **Condiciones Primera, Segunda N° 1 y Tercera**, fijadas en la Resolución N°43 pronunciada por este H. Tribunal, en la causa Rol NC 397-11, caratulada "*Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*" ("Resolución N°43"), incumplimientos que impiden, restringen y/o entorpecen la competencia o tienden a producir dichos efectos en el mercado supermercadista.

Como el H. Tribunal sabe, la Resolución N°43 declaró que el asunto consultado por SMU en la causa Rol NC 397-11 -esto es, la fusión entre dicha sociedad y Supermercados del Sur S.A. ("Operación")- se ajustaría a las normas del DL 211, siempre y cuando SMU cumpliera ciertas medidas de mitigación que estaban destinadas a eliminar riesgos unilaterales y de conductas coordinadas en el mercado¹.

La particularidad del caso en análisis radica en que la fusión fue sometida al procedimiento de consulta sólo después de haber sido materializada, cuestión que se estimó inapropiada por la Resolución N°43², considerando que era esperable que dicha operación tuviera un impacto significativo en la competencia, dada su envergadura y características de los mercados en los que incidió.

De ahí entonces que las medidas impuestas por este H. Tribunal, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los casos, no venían a indicar a SMU la manera de realizar una fusión para que ésta no generara efectos perniciosos en la competencia, sino que por el contrario, la Resolución N°43 viene a reconocer que una operación ya materializada genera riesgos concretos en la competencia, que era necesario eliminar mediante el estricto cumplimiento de las medidas para dotar de licitud a dicha fusión.

Sin perjuicio de lo anterior, según se expondrá en lo sucesivo, habiendo expirado a esta fecha el plazo fatal fijado para cumplir las medidas establecidas por este H. Tribunal, SMU no ha dado cumplimiento a tres de las seis condiciones fijadas en la Resolución N°43, en particular, a la Primera, a la Segunda N°1 y a la Tercera, con lo cual ha infringido el artículo 3° inciso 1° del DL 211.

Lo anterior justifica que el H. Tribunal imponga las sanciones y medidas que se indican en el petitorio de este escrito, con expresa condena en costas.

¹ Véase Considerando 15.1 de la Resolución N°43.

² Véase Considerandos 7.7 y siguientes de la Resolución N°43.

I. SMU INCUMPLIÓ LA CONDICIÓN PRIMERA DE LA RESOLUCIÓN N°43, TODA VEZ QUE A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE ESTE REQUERIMIENTO, NO HA COMPLETADO LA DESINVERSIÓN DE LOS ACTIVOS QUE SE INDIVIDUALIZAN EN ELLA, HABIENDO EXPIRADO EL PLAZO FATAL FIJADO AL EFECTO

1. A pesar de que SMU ha manifestado haber cumplido con la desinversión ordenada en la Condición Primera de la Resolución N°43, según se expondrá en este capítulo, ello no es efectivo³.
2. Existen antecedentes que demuestran que, a pesar de haberse suscrito ciertos contratos a través de los cuales SMU habría vendido -nominalmente- los activos señalados en dicha Condición, en los hechos, la Requerida continúa manejando -por cuenta propia- el comportamiento económico de los mismos, e incluso recibiendo los ingresos provenientes de tal gestión, cuestión que no puede significar sino un grave incumplimiento de la Condición Primera, pues conforme a la misma, la desinversión debió haberse completado, a más tardar, el pasado 8 de junio de 2014.

A. Según la Condición Primera de la Resolución N°43, SMU estaba obligada a completar la enajenación de un conjunto de activos, como una unidad económica, dentro de un plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución se encontrase ejecutoriada

3. La Condición Primera imponía a la Requerida (por sí y a través de sus personas relacionadas) la obligación de enajenar un conjunto de activos que se señalan en la misma.
4. Dichos activos consistían en ciertos locales comerciales que se individualizan entre las letras a) y r) de la Condición Primera⁴; en determinados centros de distribución operados por Supermercados del Sur que se individualizan en la letra

³ "Solicitud de SMU S.A. sobre modificación de la condición tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC" Rol NC 424-14.

⁴ Según se desprende de las letras a) a r) de la Condición Primera, dichos locales comerciales se encontraban ubicados en las comunas de Casablanca, Chimbarongo, San Carlos, Tomé, Penco, San Pedro de la Río Bueno, Paz, Chiguayante, Lota, Angol, Temuco, Panguipulli, Valdivia, La Unión, Frutillar, Puerto Montt, Ancud, y Coyhaique.

- s) de la Condición Primera⁵; y en a lo menos una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por SDS, que no estuvieran siendo utilizadas comercialmente a la fecha de la consulta de SMU, conjuntamente con los activos mencionados en las letras anteriores, a elección del adquirente de los mismos⁶.
5. De conformidad a los numerales segundo, cuarto y quinto de dicha Condición Primera, la enajenación de los activos individualizados debía realizarse de modo conjunto, como una unidad económica, debiendo la misma estar **completada** dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución se encontrase ejecutoriada.
 6. Pues bien, la Resolución N°43 quedó ejecutoriada el 8 de octubre de 2013 -fecha en que el H. Tribunal dictó el *cúmplase* de la resolución pronunciada por la Excma. Corte Suprema, que confirmó dicha Resolución- de manera que el plazo para cumplir con las condiciones fijadas por el H. Tribunal expiró el pasado **8 de junio de 2014**.
- B. No obstante lo anterior, a la fecha de la presentación de este Requerimiento, SMU continúa operando por cuenta propia los activos que debía desinvertir**
7. Con fecha 3 de junio de 2014 se habría celebrado un contrato de compraventa de acciones entre Rendic Hermanos S.A. ("**Rendic**"), filial de SMU, y Network Retail SpA ("**Network Retail**"), empresa vinculada al empresario Sr. Guillermo Villablanca. A través de dicho contrato, Network Retail habría adquirido la totalidad de las acciones de Bigger SpA ("**Bigger**"), sociedad a la que se habrían transferido previamente todos los activos que SMU o sus relacionadas debían desinvertir en cumplimiento de la Condición Primera.
 8. Sin perjuicio de lo anterior, según se desprende de la Cláusula H de dicho contrato, Bigger y Rendic celebraron con esa misma fecha un documento

⁵ Dichos centros de distribución se encontraban en las comunas de Concepción, Osorno y Pudahuel.

⁶ Lo anterior, salvo que dicho adquirente hubiera declarado expresamente que no tenía interés en adquirir tales marcas.

denominado “*Contrato de Operación Transitoria de Supermercados*”, a través del cual Rendic -que, recordemos, es una filial de SMU- se obliga a continuar operando, por cuenta propia -esto es, bajo *su responsabilidad y riesgo*-, todos los activos fijos, existencias y otros activos necesarios para el funcionamiento de los locales comerciales y centros de distribución de Bigger, **hasta el 31 de julio de 2014**. Dichos activos H. Tribunal, son los individualizados en la Condición Primera de la Resolución N°43; activos cuya enajenación, según señalamos, debió haber estado completada, a más tardar, el 8 de junio de 2014.

9. Tal como se detalla en dicho instrumento, la operación de los activos de Bigger por parte de SMU (a través de Rendic) incluye, entre otros, la administración y operación ordinaria de los locales comerciales de la sociedad, incluido el suministro y el cobro a clientes; el suministro y administración del *back office* necesario para la operación continua de los locales; el abastecimiento de mercaderías; la gestión comercial de precios y promociones; la gestión financiera; y el pago de remuneraciones.

10. SMU, por medio de su filial Rendic, como contraprestación por dicha gestión, tiene el derecho a -nada más y nada menos- percibir todos los ingresos generados por la operación de los locales comerciales, hasta el monto de \$10.000.000.000 (diez mil millones de pesos). Una vez alcanzada dicha cifra, Bigger tendría derecho a percibir un 3% del exceso.

C. De esta manera, no cabe sino concluir que SMU incumplió, y sigue incumpliendo, Condición Primera de la Resolución N° 43

11. Como se observa, en los hechos, SMU (a través de su filial Rendic) mantiene a la fecha de presentación de este Requerimiento, y mantendrá al menos hasta el 31 de julio de 2014, la operación, y en definitiva el manejo -por cuenta propia- del comportamiento económico de los locales comerciales comprendidos en la Condición Primera, en circunstancias que la desinversión debió haberse completado, a más tardar, el pasado 8 de junio de 2014.

12. En efecto, según se expuso precedentemente, el numeral cuarto de la Condición Primera de la Resolución N°43 exige que *el proceso de enajenación se hubiera completado* a más tardar el 8 de junio pasado, y la expresión *completar*, según la Real Academia de la Lengua Española, se define como *dar término o conclusión a una cosa o a un proceso*⁷.
13. Así las cosas, para cumplir íntegra y oportunamente a la Condición Primera, SMU debió haber *concluido* el proceso de desinversión a más tardar el 8 de junio de 2014, cuestión que no ha ocurrido por cuanto sigue administrando el negocio, determinando los precios, recibiendo los ingresos que éste genera, y en general, ejecutando todas las actividades propias de quien que actúa en un mercado.
14. En la Resolución N°43, este H. Tribunal estimó que la Operación modificaba significativamente la estructura del mercado, y que generaba riesgos, tanto de conductas unilaterales, como coordinadas. **En razón de ello fue que se ordenaron medidas de mitigación estructurales que, para ser efectivas, debían servir de base para la pronta entrada de un competidor**⁸.
15. Pues bien, lo descrito precedentemente demuestra que la Requerida, a través de la figura ya señalada, *de facto*, prolongó el plazo fijado por el H. Tribunal en el numeral cuarto de la Condición Primera, lo que -en definitiva- deja subsistentes los riesgos que se buscaron mitigar con el establecimiento de la Condición Primera⁹. En efecto, si bien SMU pareciera haberse desprendido, nominalmente, de las acciones de la sociedad dueña de los activos a desinvertir, en la práctica, en virtud del *Contrato de Operación Transitoria de Supermercados*, sigue siendo SMU, a través de su filial Rendic, la que determina el comportamiento económico de dichos activos.

⁷ Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Segunda Edición. Véase <http://lema.rae.es/drae/?vai=completado>

⁸ Véase Considerando 15 de la Resolución N°43.

⁹ En este sentido, señala MASSIMO MOTTA a propósito de las medidas de desinversión estructurales, que de mantenerse relaciones de cooperación entre el enajenante y adquirente, puede que este último no ejecute correctamente el negocio y disminuya la intensidad de competencia en el mercado ("*Competition Policy, Theory and Practice*" p. 267).

16. Lo anterior no puede constituir sino un flagrante incumplimiento a la Condición Primera de la Resolución N°43, toda vez que SMU no completó la desinversión de los locales dentro del plazo fatal, razón por la que debe ser sancionada por este H. Tribunal.

II. SMU TAMBIÉN INCUMPLIÓ LA CONDICIÓN SEGUNDA N°1 DE LA RESOLUCIÓN N°43, AL NO EQUIPARAR LOS PRECIOS DE VENTA (DE SUS PRODUCTOS) EN LOS LOCALES A DESINVERTIR, CON LOS PRECIOS COBRADOS EN LA LOCALIDAD MÁS CERCANA QUE PRESENTARA CONDICIONES DE COMPETENCIA SUFICIENTES

17. Además del incumplimiento señalado en el Capítulo I precedente, SMU incumplió la Condición Segunda de la Resolución N°43, pues se comprobó que no equiparó los precios de venta (de productos) en los locales que debía desinvertir, con los precios (de productos) existentes en los establecimientos de las localidades competitivas de referencia.

18. Lo anterior también constituye un incumplimiento a la Resolución N°43, que debe ser sancionado por este H. Tribunal.

A. De conformidad al N°1 de la Condición Segunda de la Resolución N°43, 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

19. La Condición Segunda de la Resolución N°43 imponía a SMU, en su numeral primero, la obligación de mantener en operación, hasta el momento de completarse su desinversión, los locales comerciales individualizados en la Condición Primera.

20. Además, conforme a dicha Condición la Requerida debía equiparar los precios de venta de los productos en dichos locales, hasta el momento de la desinversión, a los precios cobrados por los mismos productos en la localidad más cercana que presentara condiciones de competencia suficientes. De esta manera, de forma tal

que los menores precios esperables en las zonas más competitivas fueran traspasados a aquellas donde la intensidad de la competencia es menor¹⁰.

21. En concreto, la Condición Segunda dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

“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... (énfasis agregado).

22. Tal como el H. Tribunal podrá apreciar, la Condición Segunda establece medidas conductuales de carácter transitorio -vigentes hasta que se completaran las medidas de mitigación estructurales fijadas en la Condición Primera- destinadas a implementar, desde el momento mismo en que la Resolución N°43 entró en vigencia, el efecto perseguido con las medidas estructurales definitivas de la Condición Primera, esto es, **evitar la pérdida de intensidad competitiva en las localidades afectadas por la fusión de SMU con Supermercados del Sur.**

23. En efecto, a través de esta medida se buscaba igualar la respuesta competitiva de SMU en las localidades en que debía desinvertir (localidades que, en concepto del H. Tribunal, presentaban el riesgo de una menor intensidad competitiva producto de la fusión) con la respuesta competitiva que SMU tenía en la localidad competitiva más cercana.

24. De acuerdo a tal exigencia, la Requerida no podía hacer otros ajustes de precio que no fueran los asociados al costo de flete (si correspondiere), pues lo ordenado en el N°1 de la Condición Segunda es una equiparación, no una invitación del H.

¹⁰ Similar al principio que subyace en la recomendación que hace a Subtel con motivo del Informe N°2/2009, “Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija”, apartado 152.

Tribunal a “considerar” los precios de la localidad de referencia respectiva para aplicar por sobre ellos otras políticas de *pricing*.

B. La Requerida no equiparó los precios de venta de sus productos del modo exigido por la Condición Segunda de la Resolución N°43

25. En diciembre de 2013 SMU informó a la FNE haber seleccionado una serie de localidades -determinadas según los criterios de SMU- que en su concepto presentaban condiciones de competencia suficientes a efectos de cumplir con lo ordenado por el H. Tribunal en la Condición Segunda. Tales localidades se individualizan en el Anexo I de esta presentación, que se acompaña en el Tercer Otrosí de este escrito.
26. El proceso de equiparación de precios, según lo manifestado por SMU a la FNE, se habría iniciado en diciembre de 2012, y habría concluido en enero de 2013. Asimismo, la Requerida manifestó no haber ajustado los precios según los costos de flete, a pesar de que ello era el único mecanismo de ajuste permitido en la Condición Segunda N°1.
27. De haberse cumplido con la equiparación de precios ordenada en el N°1 de la Condición Segunda, los precios cobrados por la Requerida en las localidades a desinvertir deberían haber sido equivalentes a los cobrados en las localidades informadas por ella.
28. Sin embargo, durante el proceso de fiscalización del cumplimiento de la Resolución N° 43 desarrollado por la FNE, se evidenciaron diferencias de precio - de distinta magnitud- entre los locales mencionados en las letras a) a r) de la Condición Primera, y los respectivos establecimientos de localidades que, según lo informado por SMU, ésta habría utilizado como referencia.

- i) SMU no utilizó en los locales a desinvertir los precios de los establecimientos de la misma cadena, ubicados en las localidades que indicó como referentes de precio

29. Al comparar los precios cobrados por la Requerida en varios locales a desinvertir¹¹ con los cobrados en los establecimientos de la misma cadena ubicados en las comunas que declaró utilizar como referencia, se observaron diferencias de precio sustantivas que necesariamente llevan a concluir que el proceso de equiparación de precio no fue cumplido por SMU¹².
30. SMU señaló en el curso de la investigación que lo anterior se debería a que, en lugar de *equiparar* -o lo que es lo mismo, *igualar o hacer equivalente*- los precios cobrados por SMU en las localidades a desinvertir, con los precios cobrados por ella en las localidades de referencia informadas, la Requerida simplemente habría fijado los precios de las primeras localidades en base a los **precios cobrados por un competidor** que operaba en las segundas localidades.
31. Así, por ejemplo, la Requerida señaló que los precios cobrados en sus establecimientos ubicados en la comuna de Chimbarongo (uno de los cuales debía ser enajenado según la letra b) del N°1 de la Condición Primera) habrían sido determinados en función de un local JUMBO, de la cadena Cencosud, ubicado en la ciudad de Rancagua.
32. La situación descrita en los párrafos anteriores habría ocurrido respecto de todos los locales individualizado en la Condición Primera, a excepción de los ubicados

¹¹ Tales locales se individualizan en el Anexo II, que se acompaña en el Tercer Ofrosi de este Requerimiento.

¹² Así, por ejemplo, en el local ubicado en calle Pisagua N° 728, comuna de Chimbarongo, se detectaron productos de la categoría "Fideos" cuyos precios fueron entre 15% y 47% superiores al precio promedio de los respectivos productos comercializados en locales de SMU ubicados en una localidad más cercana que presenta condiciones competitivas suficientes. Asimismo, en el caso del local ubicado en calle Matta N° 575, comuna de San Carlos, para varios productos de la categoría "Leches Líquidas" se constataron precios entre 15% y 43% superiores al precio promedio de los respectivos productos comercializados en locales de SMU ubicados en una localidad que presenta condiciones más competitivas. Otro tanto ocurre en el local ubicado en Arauco N° 697, comuna de Valdivia, que presentó en varios productos de la categoría "Cervezas", precios entre 16% y 40% superiores al precio promedio de los respectivos productos comercializados en locales de SMU ubicados en una localidad que presenta condiciones más competitivas.

en calle Pisagua N° 24 (comuna de Chimbarongo), Av. O'Higgins N° 1815 (comuna de Angol) y Esmeralda N° 451 (comuna de la Unión)¹³.

33.H. Tribunal, la conducta de SMU no puede sino constituir un incumplimiento a la Condición Segunda de la Resolución N°43, pues si el objetivo de dicha medida conductual era igualar o hacer equivalente la respuesta competitiva de SMU en las localidades a desinvertir, con su propia respuesta competitiva en un lugar en que enfrente competencia, es claro que dicho objetivo no se logra siguiendo los precios cobrados en un local de un competidor.

34. Este criterio es consistente con el "Principio de No Discriminación" que regía en la industria de la telefonía fija¹⁴; principio análogo, al ordenado por la Comisión Preventiva en el caso del Plan de Autorregulación de Lan y Ladeco, según da cuenta la Resolución N° 496 de 28 de octubre de 1997¹⁵.

¹³ Se excluye al primero de estos locales por haber sido cerrado, conforme a las declaraciones de SMU, previo a la dictación de la Resolución N°43, con fecha 31 de agosto de 2012 de modo que la equiparación de precios no era posible; el segundo y el tercero de dichos locales por tener una lista de precio nacional, aplicada por SMU a la cadena de formato Mayorista 10.

¹⁴ La condición impuesta por el H. TDLC a SMU es análoga el "Principio de no Discriminación" que regía en el mercado de telefonía fija mediante el cual, con el objeto de limitar el abuso de poder de mercado, el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, en base a homogeneidad de costos, definía áreas tarifarias en las cuales las empresas debían mantener un precio uniforme por el servicio provisto, de modo tal que la intensidad competitiva que se daba en zonas donde existían varios competidores fuese trasladada a localidades en que existe un menor o nulo grado de competencia. Las diferencias de precios entre distintas zonas tarifarias obedecían a factores de costos.

¹⁵ Sobre el particular, la Resolución N° 496 del año 1997 de la Comisión Resolutiva, dispone lo siguiente: "1. Las empresas Lan y Ladeco someterán a la aprobación de la Comisión Preventiva Central, dentro del plazo de 90 días contados desde que quede ejecutoriada la presente resolución, un régimen de autorregulación tarifaria que contemple dos tipos de mercados en las rutas nacionales servidas por dichas empresas: "Mercados competitivos, entendiendo para estos efectos aquellos en los cuales otra línea aérea diferente de Lan-Ladeco accede al menos con una frecuencia diaria; y "Mercados no competitivos, definidos como aquellas destinaciones que no cumplen con la condición antes descrita (...) 2. Las empresas Lan-Ladeco asociadas se obligan a que la tarifa promedio mensual por kilómetro (yield), cobrada en los mercados no competitivos, en ningún caso sea superior a la tarifa que se cobre en el mismo período en los mercados competitivos, señalados en el numeral anterior. 3. Las empresas Lan-Ladeco asociadas deberán registrar ante la Junta de Aeronáutica Civil sus modificaciones tarifarias, así como el plazo de vigencia de las mismas, en la forma y plazos que ellas determinen y sometan a la aprobación de la Comisión Preventiva Central, dentro de los 90 días a que hace referencia el numeral 13.1 de este considerando.¹⁵" (énfasis agregado).

ii) A mayor abundamiento, SMU tampoco equiparó sus precios a los cobrados en la localidad de referencia por el competidor informado

35. Sin perjuicio de que el sólo hecho de haber utilizado como referencia los precios cobrados por un competidor constituye un incumplimiento a la Condición Segunda N°1, existen antecedentes que demuestran que la Requerida ni siquiera equiparó los precios de los locales individualizados en la Condición Primera a los cobrados por el competidor que ella misma señaló utilizar como referencia.

36. En efecto, como señalamos, durante el proceso de fiscalización desarrollado por esta Fiscalía, SMU informó las localidades cuyos precios, supuestamente, utilizaría como referencia para el proceso de equiparación ordenado por la Condición Primera¹⁶.

37. Del análisis de tales antecedentes se aprecia que para realizar su proceso de equiparación en las localidades a desinvertir, SMU elaboró distintos *Cluster de Precios*, constituidos por un conjunto de locales de similar formato que utilizarían como referencia los precios cobrados por un competidor en una determinada localidad.

38. De acuerdo a la información proporcionada por SMU:

- i. Los siguientes establecimientos a desinvertir formarían un mismo *Clúster de Precios* que tenía como referencia un solo local de la competencia ubicado en la comuna de Concepción¹⁷: a) locales ubicados en Aníbal Pinto N° 143 y Pedro Aguirre Cerda N°684, comuna de Lota; b) local ubicado en Av. O'Higgins N°1257, comuna de Angol; y c) local ubicado en calle Matta N°575, comuna de San Carlos;
- ii. Los siguientes establecimientos a desinvertir formarían un mismo *Clúster de Precios* que tenía como referencia un solo local de la competencia ubicado

¹⁶ Tales localidades se individualizan en el Anexo I de esta presentación, que se acompaña en el Tercer Otrosí de este escrito.

¹⁷ Tal establecimiento se individualiza en el Anexo III, que se acompaña en el Tercer Otrosí de este escrito.

en la comuna de Concepción¹⁸: **a)** local ubicado en calle Manuel Rodríguez N°3004, comuna de Chiguayante; **b)** local ubicado en calle Jose Luis Osorio N°95, comuna de Angol; **c)** local ubicado en calle Manuel Montt N°1255, comuna de Tomé; **d)** local ubicado en calle Pedro Aguirre Cerda N°602, comuna de Lota; y **e)** local ubicado en calle Av. San Pedro N°25, comuna de San Pedro de la Paz.

iii. Los siguientes establecimientos a desinvertir formarían un mismo *Clúster de Precios* que tenía como referencia un solo local de la competencia ubicado en la comuna Osorno¹⁹: **a)** Los locales ubicados en calle Arauco N°697, comuna de Valdivia y calle Comercio N°657, comuna de Río Bueno; y **b)** el local ubicado en calle Pedro de Valdivia N°266, comuna de Panguipulli.

iv. Los siguientes establecimientos a desinvertir formarían un mismo *Clúster de Precios* que tenía como referencia un solo local de la competencia ubicado en la comuna Osorno²⁰: **a)** Los locales ubicados en Aníbal Pinto N°72 y Aníbal Pinto N°130, comuna de Temuco; **b)** Los locales ubicados en Calle Urmeneta N°574 (L062) y Av. Diego Portales N°1800, comuna de Puerto Montt; **c)** El local ubicado en calle Errazuriz N°1040, comuna de Valdivia; y **d)** El local ubicado en calle Comercio N°650 (L083), comuna de La Unión.

39. Si los locales individualizados en el párrafo precedente que formaban un mismo *Cluster de Precios* se iban a guiar por los precios cobrados por un mismo establecimiento de la competencia, de haberse cumplido con la equiparación ordenada por la Condición Segunda, necesariamente los precios cobrados en cada uno de esos locales de SMU debieron haber sido equivalentes.

40. No obstante lo anterior, y según se acreditará en la oportunidad procesal correspondiente, esta Fiscalía observó diferencias importantes entre los precios cobrados por los distintos locales de SMU antes individualizados que conforman

¹⁸ Tal establecimiento se individualiza en el Anexo III, que se acompaña en el Tercer Otrósí de este escrito.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

un mismo *Cluster de Precio*; es decir, entre locales que, de acuerdo a lo señalado por la propia Requerida, se guiaban por un mismo referente para fijar sus precios.

41. A modo de ejemplo, con posterioridad al 08 de octubre de 2013, entre los locales ubicados Aníbal Pinto N° 143 y Pedro Aguirre Cerda N°684, comuna de Lota; Av. O'Higgins N°1257, comuna de Angol y; Matta N°575, comuna de San Carlos; todos los cuales -según se señaló- integran un mismo *Clúster de Precio*, se encontraron productos de las categorías Aceites Comestibles, Fideos, Leches Líquidas, Salsas de Tomate, Cervezas, entre otras, para los cuales hubo diferencias de precios que van entre 10% y 47%.

42. Asimismo, para el mismo periodo, en el caso de los locales ubicados en Arauco N°697, comuna de Valdivia; Comercio N°657, comuna de Río Bueno y; Pedro de Valdivia N°266, comuna de Panguipulli; todos los cuales integran un mismo *Clúster de Precios* se encontraron productos de las categorías Aceites Comestibles, Fideos, Leches Líquidas, Pan Envasado, Salsas de Tomate, Cervezas, entre otras, para los cuales hubo diferencias de precios que van entre 10% y 39%.

43. El hecho de que los precios cobrados sean disímiles demuestra que SMU derechamente no equiparó los precios, ni siquiera a los cobrados por el competidor señalado como referente, en la localidad de referencia.

C. De esta manera, es evidente que SMU infringió la Condición Segunda de la Resolución N°43

44. H. Tribunal, cualquiera sea el motivo, el incumplimiento de la Condición Segunda N°1 de parte de SMU queda de manifiesto con el resultado de comparar los precios cobrados en los establecimiento que debían desinvertirse y los cobrados en las localidades de referencia señaladas por la Requerida.

45. Los hechos descritos demuestran que SMU interpretó y ejecutó la medida de mitigación transitoria establecida en la Condición Segunda de manera tal que no equiparó los precios cobrados en los locales a desinvertir con los cobrados en una

localidad en que enfrenta competencia (ni con los precios de la propia SMU, ni con los de la competencia), cuestión que -conforme a lo expuesto- era precisamente lo exigido por dicha Condición, cuyo objetivo, según señalamos, era hacer efectivo desde el momento mismo en que la Resolución N°43 entrara en vigencia, la meta pretendida con las medidas estructurales definitivas: *evitar la pérdida de intensidad competitiva en las localidades afectadas por la fusión de SMU con Supermercados del Sur.*

III. FINALMENTE, SMU INCUMPLIÓ, Y SIGUE INCUMPLIENDO, LA CONDICIÓN TERCERA DE LA RESOLUCIÓN N°43 AL NO HABER ENAJENADO SU PARTICIPACIÓN EN MONTSERRAT NI EN SUS ACTIVOS RELACIONADOS DENTRO DEL PLAZO FATAL DE 8 MESES FIJADO AL EFECTO

46. Como si lo expuesto precedentemente fuera poco, se expondrá en este capítulo que SMU incumplió, y sigue incumpliendo, la Condición Tercera de la Resolución N°43, pues a pesar de haber expirado el plazo fatal de 8 meses señalado en ella, a la fecha de la presentación de este Requerimiento, SMU no ha enajenado su participación en la sociedad Montserrat S.A. ("Montserrat"), ni en dos de sus sociedades relacionadas.

A. Según la Condición Tercera de la Resolución N°43, SMU debía enajenar toda participación directa e indirecta en Montserrat dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que dicha resolución estuviera firme o ejecutoriada

47. Para que la Operación se ajustara a la normativa de la libre competencia, este H. Tribunal estableció, en la Condición Tercera de la Resolución N°43, que SMU debía desprenderse de toda participación en Montserrat, incluyendo los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa.

48. Sobre el particular, la Condición Tercera dispone lo siguiente:

"1) SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la

enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa;

2) El o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales -a la fecha de esta resolución- en el mercado supermercadista a nivel nacional;

3) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses contados desde la fecha en que la presente resolución se encuentre ejecutoriada” (énfasis agregado).

49. La referida enajenación, según puede apreciarse, debía estar completada dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución N°43 estuviera firme o ejecutoriada.

B. Según se expuso, el plazo fatal fijado en la Condición Tercera se cumplió el 8 de junio de 2014, sin que SMU haya enajenado su participación en Montserrat

50. Como ya se expuso en este Requerimiento, Resolución N°43 quedó ejecutoriada el 8 de octubre de 2013, de manera que el plazo para que SMU enajenara su participación en Montserrat y sus sociedades relacionadas, expiró el pasado 8 de junio de 2014.

51. Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha de la presentación del Requerimiento de autos, SMU mantiene su participación, tanto en Montserrat S.A. como en dos sociedades relacionadas, a saber, “Montserrat Dos S.A.” (“Montserrat Dos”) e “Inmobiliaria Santander S.A.” (“Inmobiliaria Santander”).

52. En efecto, tal como se reconoce en el procedimiento de consulta iniciado por SMU ante este H. Tribunal, que a la fecha se tramita bajo el Rol NC 424-14, la Requerida participa actualmente en la propiedad de las tres empresas antes

mencionadas, con un 40% en cada una, cuestión que le permite nombrar dos directores (de un total de cinco) en cada una de dichas sociedades²¹.

53. Tal como ha expuesto SMU en dicho procedimiento, mientras Montserrat es la operadora de las salas de venta de la marca, Montserrat Dos es dueña de locales y construcciones utilizados para desarrollar el giro supermercadista, a la vez que Inmobiliaria Santander es dueña de locales y arrendadora de los mismos supermercados a Montserrat.

C. Así las cosas, es evidente que SMU infringió la Condición Tercera de la Resolución N°43

54. Los hechos descritos precedentemente constituyen un flagrante incumplimiento, de parte de SMU, a la Condición Tercera de la Resolución N°43, pues a pesar de no haber duda alguna en cuanto al contenido de la obligación impuesta en la misma -esto es, la enajenación de su participación en Montserrat y en sus activos relacionados- ni en cuanto al plazo en que dicha obligación debía cumplirse -a más tardar el 8 de junio de 2013-, SMU mantiene a esta fecha su participación en Montserrat, Montserrat Dos e Inmobiliaria Santander, cuestión que incluso fue reconocida por la propia Requerida en la consulta actualmente en trámite ante este H. Tribunal en la causa Rol NC 424-14.

55. En concepto de esta Fiscalía, el incumplimiento descrito precedentemente es particularmente grave, puesto que la desinversión de SMU en Montserrat fue una condición determinante para que, tanto este H. Tribunal²² como la Excm. Corte

²¹ Conforme ha expuesto SMU al H. Tribunal en la presentación que motivó el inicio de los autos no contenciosos de rol NC-424-14: "El Directorio de Supermercados Montserrat S.A.C. y Supermercados Montserrat Dos S.A. está formado por los directores designados por la Familia Bada, don Ceferino Bada Lamadrid, y sus hijos don Andrés Bada Gracia -que además es su gerente general y Secretario del Directorio- y don Antonio Bada Gracia; y por los directores designados por SMU, doña Paulina Rendic Lazo y don Álvaro Caviedes Barahona" (Párrafo 28 de la Presentación). A su vez, conforme declara también SMU, "[...] el Directorio de Inmobiliaria Santander S.A. está formado por los directores designados por la Familia Bada, don Ceferino Bada Lamadrid, don Andrés Bada Gracia -que además es su gerente general- y don Antonio Bada Gracia; y por los directores designados por SMU, doña Consuelo Gatica Matamala y don Álvaro Caviedes Barahona" (Párrafo 29 de la Presentación).

²² Sobre el particular, véase los Considerandos 14.24 y siguientes, y el Considerando 15.1 de la Resolución N°43.

Suprema²³, aprobaran la Operación, y declararían que la misma no era contraria a las normas de la libre competencia.

56. En efecto, junto con señalarse reiteradamente en dicha Resolución que *“la participación de SMU en la propiedad de Montserrat es relevante para efectos del análisis de las condiciones de competencia en el mercado”*²⁴, debe considerarse que el establecimiento de esta medida forma parte de un conjunto de medidas de mitigación establecidas respecto de una fusión que a esa fecha ya se había materializado.

57. Así se expresa con total claridad, por ejemplo, en los Considerandos 14.24 y 15.1 de la Resolución N°43 y en el Considerando Vigésimo Cuarto N° II del fallo pronunciado por la Excm. Corte Suprema el 30 de septiembre de 2013, que dan cuenta de la particular relevancia de la medida impuesta en la Condición Tercera para hacer frente a los riesgos coordinados que importó la fusión entonces analizada y su importancia, no solo para restaurar la intensidad competitiva de la Región Metropolitana, sino para todo el país.

58. H. Tribunal, el incumplimiento de SMU deja subsistentes los riesgos que se quisieron evitar con el establecimiento de la Condición Tercera, en particular, riesgos de efectos coordinados resultantes de la Operación²⁵.

59. La subsistencia de esos riesgos a esta fecha resulta más perjudicial si se considera que los mismos se vienen gestando desde hace casi tres años, pues, como se señaló precedentemente, la Operación se materializó el 17 de septiembre de 2011 y la misma fue consultada y aprobada con posterioridad a su materialización, habiendo el H. Tribunal arribado a la convicción de que la fusión

²³ Véase Considerando Vigésimo Cuarto N° II del fallo pronunciado por la Excm. Corte Suprema el 30 de septiembre de 2013, que confirmó la Resolución N°43.

²⁴ TDLC. Resolución N°43/2012, C. 9.11. Otros ejemplos (por mencionar algunos) pueden verse con en el Considerando 9.7, en que se establece: *“[...] resulta para este Tribunal evidente que el comportamiento competitivo de SMU está influido por esa propiedad, por al menos dos razones. La primera es que las estrategias de competencia de SMU, ya sea de reducción de precios o inversión en nuevos locales, considerarán en su evaluación lo que dejaría de ganar en Montserrat en los casos en que tales estrategias desvíasen clientela hacia SMU. La segunda es que, aunque SMU no administre Supermercados Montserrat, en su calidad de socio sí tiene acceso a información competitiva relevante”*.

²⁵ Véase Considerando 14.24 de la Resolución N°43.

modificaba significativamente la estructura del mercado y relajaba la tensión competitiva del mismo.

IV. MERCADO RELEVANTE

60. Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado²⁶.
61. En concordancia con lo establecido por este H. Tribunal en su Resolución N°43 -y la reiterada jurisprudencia de este H. Tribunal²⁷-, esta Fiscalía entiende que el mercado del producto afectado con el incumplimiento del N°1 de la Condición Segunda de la Resolución N°43 corresponde al *"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"*²⁸.
62. En cuanto al ámbito geográfico, este H. Tribunal ha considerado que es eminentemente local, dada la existencia de costos de búsqueda y de desplazamiento que restringen la distancia que razonablemente un consumidor está dispuesto a trasladarse para realizar sus compras, y por lo mismo limitan el ámbito geográfico relevante de un supermercado²⁹⁻³⁰; lo que no obsta considerar

²⁶ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal. Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2012, disponible en <http://www.fne.cl>.

²⁷ Tal ha sido el caso en la Sentencia N° 9 de 2004; la N° 65 de 2008, pronunciada en el marco del *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S S.A. y Cencosud S.A.*, Rol C N° 101-06 TDLC; la N° 103 de 2011, pronunciada en el marco de *Demanda de Comercial Arauco Ltda. contra D&S y Otro.*, Rol C N° 151-08; la Resolución N° 24 de 2008, pronunciada en el marco de la *Consulta de fusión entre D&S y Falabella*, Rol NC N° 199-07; la N° 33 de 2010, pronunciada en el marco de la *Consulta de Cencosud sobre arriendo de supermercados de Comercial Condell*, Rol NC N° 382-10; y la N° 35 de 2011, pronunciada en el marco de la *Consulta de Cencosud S.A. y Otro sobre arrendamiento a largo plazo de Supermercados Abarttal*, Rol NC N° 392-11.

²⁸ Considerando 9.1 de la Resolución N°43.

²⁹ Considerandos Septuagésimo tercero y Septuagésimo cuarto, Sentencia N° 65/2008.

³⁰ TDLC. Resolución N° 43/2012, párrafo 9.2., *"El área comprendida en cada mercado geográfico varía según las características de la zona, por ejemplo si es urbana o rural, pero en general se delimita por isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 minutos."*

en el análisis, la escala de operación multi-regional atendidas la ventajas de costos que de ello deriva y el potencial ingreso a nuevos mercados.

63. Dado lo anterior, para efectos del incumplimiento del N°1 de la Condición Segunda de la Resolución N° 43, se considerará cada una de las comunas en que la requerida incumplió dicha condición como un mercado relevante independiente. Estas comunas corresponden a las mencionadas en las letras a) a r) de la Condición Primera de la aludida Resolución y son las siguientes: Casablanca, Chimbarongo, San Carlos, Tomé, Penco, San Pedro de la Paz, Chiguayante, Lota, Angol, Temuco, Panguipulli, Valdivia, La Unión, Río Bueno, Frutillar, Puerto Montt, Ancud y Coyhaique.

64. Análoga determinación de mercado relevante corresponde hacer a efectos del incumplimiento de la Condición Primera imputada en este Requerimiento, consistente en la prolongación de facto del control de las decisiones de los locales enajenados por SMU hasta el 31 de julio de 2014.

65. Ahora bien, en cuanto al incumplimiento de la Condición Tercera cabe señalar que, atendida la cantidad y la distribución geográfica de los locales de la cadena de supermercados Montserrat, el mercado relevante afectado es más amplio que la suma de las comunas en que éste opera, exhibiéndose un ámbito geográfico que comprende, como como mínimo, a toda la Región Metropolitana y las comunas donde Montserrat opera en la V Región, a saber Los Andes, Limache y Viña del Mar.

66. Lo anterior, puesto que -según señaló el H. Tribunal en la Resolución N° 43-, primeramente, *"Montserrat podría ser un rival de magnitud suficiente como para restaurar el nivel de competencia potencial existente en la Región Metropolitana, que habría disciplinado en algún grado el comportamiento de las mayores cadenas de supermercados"*³¹ y, en segundo término, porque la presencia de una entidad económica en la RM -independiente de las principales cadenas de supermercados- es necesaria para hacer sostenible el crecimiento hacia las demás regiones, atendidas las economías de escala existentes en la industria

³¹ Considerando 14.24 de la Resolución N°43.

supermercadista y la relevancia de esta región en el consumo de la industria a nivel nacional³².

V. LOS INCUMPLIMIENTOS DE SMU IMPORTAN RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

67. Como ya se señaló, la Resolución N° 43 autorizó la fusión entre SMU y Supermercados del Sur, sujetándola a una serie de condiciones, de las cuales la Requerida ha incumplido al menos tres.

68. Pues bien, como este H. Tribunal sabe, el ejercicio de la potestad establecida en el artículo 18 N°2 del DL 211 está destinada a otorgar certeza sobre la legitimidad (a la luz de la normativa sobre libre competencia) de determinados hechos, actos o contratos, sea que éstos existan o no a la fecha de la respectiva consulta.

69. Lo anterior ha sido reconocido por este H. Tribunal, que ha señalado en otros casos³³ que la facultad contenida en el artículo 18 N° 2 del DL 211 tiene una función dirigida a evitar lesiones o puestas en peligro de la libre competencia, basada en un criterio preventivo que permite a sus destinatarios adecuar sus conductas a lo preceptuado por los sentenciadores.

70. Como resultado del ejercicio de dicha potestad, y atendida la finalidad perseguida con ella, tratándose de un acto que a la fecha de la consulta ya esté ejecutado - que es precisamente el caso sub lite- el H. Tribunal puede, si estima que no se ajusta a la libre competencia, ordenar derechamente que el mismo sea desecho total o parcialmente³⁴, u ordenar que dicho acto se ajuste a determinadas condiciones bajo las cuales se entenderá acorde a la libre competencia, tal como ocurre en otras legislaciones comparadas³⁵.

³² Considerando 14.26 de la Resolución N°43.

³³ Sentencia N° 86/2009, causa Rol C-180-08, caratulada "Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. Y Río Neff Ltda. Contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.", Ver Considerando Segundo.

³⁴ Véase Considerando 7.9 de la Resolución N°43.

³⁵ Véase "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies", del Departamento de Justicia de Estados Unidos, en particular su Apartado IV.A y IV.B sobre la Implementación de remedios efectivos y sus consideraciones prácticas. En el mismo sentido, "Commission Notice on Remedies

71. Así, tratándose de consultas sobre actos existentes, las condiciones no son otra cosa que obligaciones específicas de hacer o no hacer a las que debe sujetarse el agente económico³⁶ para que tales hechos, actos o contratos puedan subsistir de un modo compatible con la libre competencia.

72. La consecuencia natural y lógica de lo anterior es que el incumplimiento de las condiciones derechamente convierte el acto existente en uno contrario a la legislación de protección a la libre competencia³⁷ que deberá ser sancionada con arreglo a la ley, especialmente cuando la ejecución de la obligación radica exclusivamente en la voluntad de la Requerida³⁸.

73. En este sentido, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“37. Las condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulador, de modo que su incumplimiento califica, por definición, como un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (artículo 3° inciso 1° del DL 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado en conformidad al artículo 26 del DL 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo al artículo 18 N°1 del DL 211”³⁹.

Aceptable Under Council Regulation (EEC) No 139/2004” y “Commission Regulation (EC) No 802/2004”.

³⁶ JAVIER VELOZO A. Y DANIELA GONZÁLEZ D., La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario “Reflexiones en Torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, p. 21.

³⁷ Ídem. P. 45.

³⁸ En este sentido, debe tenerse en cuenta que el obligado a ejecutar una operación de desinversión se encuentra en óptima posición, desde que cuenta con la información completa sobre los activos a desinvertir, y además está condiciones de comunicar oportunamente tal información a los eventuales compradores. Por su parte, las condiciones impuestas por el TDLC descansan exclusivamente en el efectivo resguardo y preservación de la libre competencia, de modo que la mayor o menor ganancia del obligado a cumplirlas no es un objetivo a considerar en la operación.

³⁹ Informe en Derecho elaborado por SANTIAGO MONTT OYARZÚN a petición de la FNE, acompañado en la causa Rol C-156-08 tramitada ante el H. TDLC.

74. En la misma línea, este H. Tribunal ha resuelto que:

“Que las resoluciones dictadas por este Tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes, que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente.”⁴⁰.

75. Según se expuso en los capítulos precedentes, las conductas desplegadas por SMU infringen abiertamente una serie de medidas de mitigación estructurales y conductuales establecidas en la Resolución N°43.

76. Si el cumplimiento de tales medidas era la única vía para que la Operación, -que recordemos, ya estaba ejecutada a la fecha de la Resolución N°43- fuera compatible con la normativa de Libre Competencia, resulta evidente que su incumplimientos importa la materialización de ilícitos anticompetitivos, en los términos del artículo 3° del DL 211, los cuales tienen el mérito suficiente para ser sancionados de conformidad al artículo 26° del DL 211.

VI. SMU DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE MULTAS, Y A DAR ESTRICTO CUMPLIMIENTO A LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN LA RESOLUCIÓN N°43

77. Como ya se ha expuesto, SMU ha incumplido una serie de medidas estructurales y conductuales establecidas en la Resolución N° 43, cuestión que deriva en una infracción al artículo 3° del DL 211.

⁴⁰ Considerando Cuarto de Sentencia N° 86/2009, pronunciada por el H. Tribunal en la causa Rol C-180-08, caratulada “Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. Y Río Neff Ltda. Contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.”.

78. Dado que la Resolución N°43 es el resultado de una consulta formulada por la propia Requerida, es claro que ésta deberá estar a las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las condiciones fijadas en ella, más aún si tales consecuencias ponen en peligro la competencia en el mercado respectivo, o si derechamente la lesionan.
79. De esta manera, para efectos del cálculo de las multas que esta Fiscalía solicita se impongan a SMU, se debe considerar la gravedad de las conductas imputadas.
80. En el caso sub lite, la gravedad de la conducta de SMU viene dada fundamentalmente porque las medidas impuestas por el H. Tribunal estaban destinadas a mitigar ciertos riesgos que ya existían a la época de la Resolución N°43. En efecto, el H. Tribunal ya tuvo oportunidad de prevenir a SMU sobre los riesgos involucrados en la Operación, y pese a ello la Requerida ha hecho caso omiso a lo ordenado.
81. Además, aunque el plazo de ocho meses impuesto en la Resolución N°43 es expresión de las mejores prácticas comparadas, y está en línea con lo resuelto por este H. Tribunal en casos anteriores, no puede pasarse por alto la circunstancia de que, en los hechos, la situación que genera los riesgos anticompetitivos que justificaron la imposición de la Condición Tercera, se prolonga desde el 17 de septiembre de 2011, fecha en que se materializó la Operación, es decir, casi tres años.
82. Sin perjuicio de todo lo señalado precedentemente, lo que más llama la atención de esta Fiscalía es la actitud desafiante de SMU, quien, desde el inicio de la Operación ha pretendido pasar por alto, tanto la normativa como las autoridades en materia de libre competencia.
83. En efecto, a la actitud contumaz de haber consultado la Operación después de haberla ejecutado, se suma el hecho de que recientemente dio inicio al procedimiento no contencioso Rol NC-424-14, pretendiendo, por una parte, dar la apariencia de haber cumplido con todas -salvo una, que reconoce incumplir- las Condiciones fijadas en la Resolución N°43 (cuestión que no es efectiva, según se

da cuenta en este Requerimiento), y por otra, pretendiendo dejar sin efecto la Condición Tercera, o en su defecto ampliar el plazo otorgado, sin aportar siquiera un nuevo antecedente que justifique acoger dicha consulta⁴¹.

84. Dicho actuar estratégico y oportunista de la Requerida no puede ser admitido en esta sede, pues es una muestra de las conductas que, precisamente, buscan evitarse con el ejercicio de la potestad establecida en el artículo 18 N°2 del DL 211.
85. Todo lo expuesto, hace imprescindible que el H. Tribunal imponga multas de tal entidad que tengan un efecto disuasivo de SMU, en orden a impedir que siga dilatando el cumplimiento de resoluciones judiciales en tiempo y forma, y con ello persistan en el mercado los riesgos y efectos que se originaron con motivo de la Operación.
86. Asimismo, además de la aplicación de las multas que en el petitorio se indican, y en el evento de que a la fecha de dictación de la sentencia a que diera origen estos autos SMU aún no hubiere efectuado las desinversiones a que estaba obligado, se solicita a este H. Tribunal decrete las medidas tendientes a obtener su cumplimiento de manera eficaz.

⁴¹ Sobre el particular, debe tenerse presente que los argumentos expuestos en esta nueva consulta son una mera reiteración de lo expuesto por SMU en sus presentaciones ante el H. Tribunal en la causa NC 397-11, y en el recurso de reclamación que fuera rechazado por la Excma. Corte Suprema.

VII. CONCLUSIONES FINALES

- 1) SMU incumplió la Condición Primera de la Resolución N°43, toda vez que a la fecha de la presentación de este Requerimiento, no ha completado la desinversión de los activos que se individualizan en ella, habiendo expirado el plazo fatal fijado al efecto:
 - a) Según la Condición Primera de la Resolución N°43, SMU estaba obligado a completar la enajenación de un conjunto de activos dentro de un plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución se encontrase ejecutoriada;
 - b) Dicho plazo fatal expiró el 8 de junio de 2014, y a la fecha de la presentación del presente Requerimiento, SMU continúa operando por cuenta propia tales activos; y
 - c) De esta manera, no cabe sino concluir que SMU incumplió, y sigue incumpliendo, Condición Primera de la Resolución N° 43.

- 2) SMU también incumplió la Condición Segunda N°1 de la Resolución N°43, al no equiparar los precios de venta (de sus productos) en los locales a desinvertir, con los precios existentes en la localidad más cercana que presentara condiciones de competencia suficientes:
 - a) De conformidad al N°1 de la Condición Segunda de la Resolución N°43, SMU debía equiparar los precios de venta de locales a desinvertir, con los precios existentes en la localidad que presentara condiciones de competencia suficientes más cercana;
 - b) La Requerida no equiparó los precios de venta de sus productos del modo exigido por la Condición Segunda de la Resolución N°43:
 - i. SMU utilizó como referencia los precios cobrados por un competidor en las comunas informadas, en circunstancias que debió haber utilizado los precios cobrado por ella misma en dichas localidades;

- ii. A mayor abundamiento, SMU ni siquiera equiparó sus precios con los cobrados por el competidor en la comuna de referencia;
 - c) De esta manera, es evidente que SMU infringió la Condición Segunda de la Resolución N°43.
- 3) Finalmente, SMU incumplió, y sigue incumpliendo, la Condición Tercera de la Resolución N°43 al no haber enajenado su participación en Montserrat ni en sus activos relacionados dentro del plazo fatal de 8 meses fijado al efecto:
- a) Según la Condición Tercera de la Resolución N°43, SMU debía enajenar toda participación directa e indirecta en Montserrat dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que dicha resolución estuviera firme o ejecutoriada;
 - b) Según se expuso, dicho plazo fatal se cumplió el 8 de junio de 2014, sin que SMU haya enajenado su participación en Montserrat; y
 - c) Así las cosas, es evidente que SMU infringió la Condición Tercera de la Resolución N°43.
- 4) Los incumplimientos de SMU importan responsabilidad por infracción al DL 211, pues la verificación de las seis condiciones fijadas en la Resolución N°43 es un requisito necesario para que la fusión entre SMU y Supermercados del Sur pueda subsistir de un modo compatible con la libre competencia; y
- 5) SMU debe ser condenada al pago de multas, y a dar estricto cumplimiento a las condiciones impuestas en la Resolución N°43.

POR TANTO, de conformidad con los antecedentes y argumentos expuestos, y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, y 26 y 39, del Decreto Ley N° 211, la Resolución N° 43 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO:

Tener por deducido Requerimiento en contra de la sociedad **SMU S.A.**, ya individualizada, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

- 1) Declarar que la requerida ha incumplido las Condiciones Primera, Segunda N° 1 y Tercera que le fueran impuestas en la Resolución N°43/2012, razón por la que ha infringido el inciso primero artículo 3° del DL 211;
- 2) Como consecuencia de lo anterior, que se ordene a SMU dar estricto cumplimiento a dichas Condiciones dentro del plazo que el H. Tribunal estime ajustado a derecho;
- 3) Imponer a la requerida, atendida la gravedad y duración de la infracción, multas en los términos que a continuación se expresan:
 - a) **Multa de 1.000 UTA**, por concepto del incumplimiento de la medida de desinversión dispuesta en la Condición Primera de la Resolución N°43/2012, o la suma que el H. Tribunal estime ajustada a derecho.
 - b) **Multa de 1.000 UTA**, por concepto de la infracción del N°1 de la Condición Segunda de la Resolución N°43/2012, o la suma que este H. Tribunal estime ajustada a derecho;
 - c) **Multa de 2.000 UTA**, por concepto del incumplimiento de la medida de desinversión dispuesta en la Condición Tercera de la Resolución N°43/2012 o la suma que el H. Tribunal estime ajustada a derecho.
- 4) Condenar a la requerida al pago de las costas.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°7/2006 del H. Tribunal, por este acto se acompaña versión electrónica del requerimiento de autos.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad a lo dispuesto en el Auto Acordado N°5/2004, solicito al H. Tribunal disponer la sustitución del procedimiento no contencioso de consulta caratulado “Solicitud de SMU S.A. sobre modificación de la condición tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC” Rol NC 424-14, a fin de que el mismo se sujete, en lo sucesivo, al procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 y siguientes del DL 211.

TERCER OTROSÍ: H. Tribunal, tenga por acompañados los siguientes documentos, con citación:

- 1) Documento denominado **Anexo II**, en el que se individualizan los locales a desinvertir de SMU en los que se observaron diferencias de precio, respecto de los precios cobrados por SMU en las localidades que, según lo informado ella misma, presentaban condiciones de competencia suficientes.

- 2) En carácter de reservado, por contener información sensible de las personas de quienes emanan y/o por contener información comercial y estratégica relativa a sus empresas, por cuanto su conocimiento por terceros puede perjudicar de manera significativa los intereses económicos y/o profesionales de las personas o empresas de quienes emanan:
 - a) Documento denominado **Anexo I**, en el que se individualizan las comunas que, según lo informado por SMU, corresponderían a las localidades más cercanas que presentaban condiciones de competencia suficientes, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Condición Segunda de la Resolución N°43; y

 - b) Documento denominado **Anexo III**, en el que se individualizan los establecimientos a desinvertir con el respectivo local de referencia de un competidor, que SMU utilizó para efectuar la equiparación de precios.

CUARTO OTROSÍ: Tenga por acompañado, con citación versiones públicas de los documentos denominados **Anexos I y Anexo III**, cuyas versiones reservadas se acompañan en el número 2) del Tercer Otrosí precedente.

QUINTO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal, tener presente que señalo a don **Eduardo Lobel Aracena**, Receptor Judicial, con domicilio en calle Dr. Sótero Del Río 541, oficina 920, Comuna de Santiago, para los efectos de practicar la notificación del presente Requerimiento y realizar todas aquellas diligencias en las que durante la substanciación del proceso sea necesaria la intervención de un Ministro de Fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

SEXTO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica, en calidad de subrogante legal del Fiscal Nacional Económico, emana de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

SÉPTIMO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, fijando como domicilio el de calle Agustinas N° 853, piso 2, comuna de Santiago. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto vengo en conferir poder a los abogados doña **Vanessa Facuse Andreucci**, y don **Tomás Pérez Lasserre**, y al habilitado de derecho don **Martín Coronado Atenas**, todos de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman en señal de aceptación.

