

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 65/2008.

Santiago, ocho de mayo de dos mil ocho.

VISTOS:

I. En cuanto al inicio del proceso y a la medida cautelar:

1. Esta causa se inició el 20 de julio de 2006, con una medida cautelar prejudicial solicitada por la Fiscalía Nacional Económica (fojas 39) y decretada por este Tribunal (fojas 46), respecto de “Distribución y Servicio D&S S.A.” (D&S) y de “Cencosud S.A.” (Cencosud), que prohibió a dichas empresas -por un término renovable de 45 días- la celebración de actos o contratos que tuvieran por objeto o efecto la adquisición o toma de control, directa o indirecta, de cualquier supermercado o cadena de supermercados que opere en el país.

A fojas 246, se accedió a la petición de la FNE de mantener esa medida durante el curso del juicio, salvo respecto de determinadas operaciones que fueron excluidas de su requerimiento; y, a fojas 391, conjuntamente con rechazarse una solicitud de Cencosud de alzamiento parcial de la medida cautelar, se precisó que la misma sólo impedía celebrar las operaciones de concentración indicadas a fojas 246, sin previa autorización de este Tribunal, otorgada conforme al procedimiento previsto en el artículo 31º del Decreto Ley Nº 211.

II. En cuanto al requerimiento de la FNE:

2. A fojas 208, con fecha 18 de agosto de 2006, la FNE formuló requerimiento en contra de D&S y de Cencosud, aduciendo que ambas empresas habrían ejecutado y celebrado hechos, actos y convenciones que restringen o entorpecen la competencia en la industria supermercadista, o bien, tienden a producir dichos efectos, y solicitando que al respecto este Tribunal decrete determinadas medidas preventivas, correctivas y prohibitivas, conforme a lo dispuesto en los artículos 3º y 5º del Decreto Ley Nº 211.

2.1. La FNE expone que tanto D&S, dueña de la cadena de supermercados LIDER, como Cencosud, dueña de los supermercados JUMBO y SANTA ISABEL, se encontrarían desarrollando, desde hace varios años, agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento que comprenden, en modo sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos aptos para instalar supermercados, con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo cual, por una parte, (i) habrían eliminado competidores actuales, y por otra, (ii) levantarían una barrera estratégica de entrada al mercado, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso -concertado y unilateral- respecto de consumidores, competidores y proveedores.

2.2. A la par de lo anterior, señala la requirente, tanto D&S como Cencosud efectivamente han ejercido ese poder de mercado respecto de sus proveedores, imponiendo a éstos condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas y, alterando ex-post y unilateralmente las ya acordadas.

2.3. En este contexto es que se enmarcaban las operaciones de concentración que, en particular, motivaron su solicitud de medida prejudicial precautoria, relativas a la toma de control, por D&S o Cencosud, de Infante y Korlaet en la II Región, Rendic en las III y IV Regiones, Economax en la Región Metropolitana, Montserrat en la zona central y El Pilar en la VII Región.

2.4. En cuanto a los mercados relevantes, la FNE señala que la industria supermercadista da origen a dos mercados conexos que son, por un lado, el *aprovisionamiento mayorista*, en el que se relacionan los supermercados con los proveedores, y por otro, el *aprovisionamiento de hogares o minorista*, en el que se relacionan los supermercados con los consumidores.

El primero de los mercados señalados, la FNE lo define como el aprovisionamiento a supermercados por proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, para su distribución minorista a consumidores finales. Señala que corresponde a un mercado de carácter nacional, pero que en ciertos casos puede ser local o regional.

Con respecto a la concentración en el mercado de aprovisionamiento mayorista, la FNE indica que, desde hace varios años, se observaría una tendencia al alza en la participación que la industria supermercadista tiene en las ventas de proveedores de diversos rubros, y un aumento en los índices de concentración a favor de las dos grandes cadenas de supermercados -D&S y Cencosud-, todo lo cual situaría a la mayor parte de sus proveedores en una situación de dependencia que proporcionaría "Poder de Compra" a estas cadenas.

La FNE incorpora en su requerimiento el siguiente cuadro, que resaltaría la concentración de la industria a favor de los dos principales actores, la distancia entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

éstos y los restantes actores, las sucesivas tomas de control y el incremento constante de todos estos fenómenos.

Cuadro n° 1
Supermercados: participación nacional de mercado
(como porcentaje de las ventas)

Supermerc.	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Mar-2006 (*)
D&S	28,26	29,55	30,04	29,25	34,2	35,3	33,8
Cencos/ Jumbo	7,04	7,31	8,74	21,4	24,4	26	
Sta. Isabel	10,04	10,47	9,56				28,8
Unimarc	5,69	4,67	3,71	3,58	3,1	2,9	2,9
Montserrat	3,15	3,09	3,07	3,05	2,8	2,75	3,7
San Francisco	2,7	2,69	2,72	3,22	3,2	4	5
Las Brisas	2,45	2,29	2,29	2,29			
Rendic	2,17	2,24	2,24	2,45			3,8
Montecarlo	1,98	2,29	2,2	2,68			
Carrefour	1,63	2,24	2,44				
Korlaet	1,3	1,32	1,29	1,27	1,3		1,2
Economax		1,22	1,21	1,25	1,3	1,6	2
Keymarket		1,89	2,09		2,5		2,2
Infante					0,6		0,5
Independencia		0,83	0,76	0,66			
El Pilar						0,5	0,5
Bigger/Makro			1,59	1,44			
Otros	33,59	27,9	26,05	27,46	26,6	26,95	15,6
Total	100	100	100	100	100	100	100
C2	38,3	40,0	39,6	50,7	58,6	61,3	62,6
C4	51	52	52,1	57,5	64,9	68,2	71,4

Fuente: FNE en base a datos propios y de las empresas.

El segundo mercado de producto correspondería al aprovisionamiento periódico, normalmente quincenal, semanal o mensual, en modalidad de autoservicio por parte de supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales.

La FNE indica que, a diferencia del anterior, el aprovisionamiento de hogares corresponde a un mercado de carácter local, delimitado por la distancia que resulta razonable para los consumidores desplazarse para efectuar compras periódicas.

En razón de ese carácter local, la concentración de la industria de cara a los consumidores debe medirse y sus efectos analizarse en los distintos mercados locales, determinando la zona afectada caso a caso.

2.5. La FNE expresa, siguiendo la Sentencia N° 9 de este Tribunal, que existen evidentes barreras de entrada a la industria supermercadista, observando que la última cadena que ingresó -TOTTUS- pese a su publicitado plan de inversiones y expansión sólo ha incrementado su participación en un 2% en los últimos dos años.

Para efectos de análisis, la FNE clasifica las barreras de entrada a la industria en (i) Tecnológicas, representadas por las economías de escala derivadas principalmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los procesos de frigorización, bodegaje y distribución; (ii) Estructurales, referidas a la inversión en infraestructura y experticia, y a la masa crítica de tenedores de tarjetas de propia emisión que fidelizan y cautivan a los clientes; y, (iii) Estratégicas, contando entre ellas las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento, la sobreinversión en capacidad instalada o por instalar, la diversificación de formatos, la proliferación de marcas propias, y la capacidad para iniciar y mantener guerras de precios.

Según la FNE, estas barreras, especialmente las de tipo estratégico, han tenido por virtud la eliminación de competidores actuales y la inhibición de nuevos competidores.

2.6. En cuanto al poder de mercado, la requirente señala que una empresa puede tener poder de mercado respecto de sus competidores, proveedores o consumidores.

La FNE señala que existe evidencia de que las requeridas han ejercido poder de mercado respecto de una clase de actores (proveedores) lo cual es preocupante para los órganos pro-competencia, porque el ejercicio de poder de mercado respecto de una clase de actores genera poder de mercado respecto de los otros o, al menos, los afecta negativamente.

La FNE expresa que la situación es todavía más preocupante en industrias que, como la que se analiza, se concentran en favor de dos actores con poder de mercado y que prácticamente no tienen otros contrapesos porque, en la actualidad, D&S y Cencosud enfrentan competidores marginales, siendo difícil que un tercer actor les dispute el mercado en un plazo razonable.

Además cada una de esas empresas, por separado, tendrá incentivos para incurrir en los abusos en que incurra la otra, equilibrando las ventajas obtenidas, imitándose mutuamente, comportándose en forma paralela y hasta, eventualmente, concertándose, redoblando así el Poder de Mercado que ostentan y la intensidad de los abusos, y eventualmente también, extendiendo esos abusos a los actores aparentemente aún no afectados.

2.7. Por lo anterior, se refiere al poder de mercado de D&S y Cencosud respecto de sus competidores, proveedores y consumidores:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En relación al poder de mercado respecto de competidores, la FNE señala que las grandes cadenas inhiben la competencia actual y potencial como consecuencia de sus agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento, y de las ventajas competitivas que adquieren abusando de sus proveedores. Por ello, la requirente concluye que cualquier operación que pueda aumentar la concentración a favor de D&S o de Cencosud, representa un riesgo para la competencia entre supermercados.

Con respecto a los abusos, la FNE señala que una estrategia basada en la toma de control de competidores y en el levantamiento de barreras de entrada (estratégicas) por la vía de adquirir terrenos y no desarrollarlos en un plazo razonable, podría ser cuestionable, porque posibilita abusos unilaterales y coordinados por parte de los dominantes.

En cuanto al poder de mercado respecto de proveedores (poder de compra), la FNE señala que el creciente porcentaje que para los mayoristas representan las ventas a supermercados, unido a la creciente concentración de la industria y a las barreras de entrada existentes, determinan un poder de mercado cada vez mayor para los supermercados respecto de sus proveedores.

Citando pronunciamientos anteriores de este Tribunal, la FNE señala que ese poder de compra es mayor respecto de proveedores de menor tamaño y locales, y que había sido ejercido abusivamente, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas.

Agrega la FNE, que ha podido constatar que esos abusos no cesaron sino que continúan realizándose en un escenario que es, además, propicio para que los dos principales actores imiten sus conductas, tengan comportamientos paralelos abusivos y se coordinen.

En consecuencia, concluye la requirente, cualquier operación que tenga por efecto aumentar, incluso de manera no sustancial, los índices de concentración de la industria en favor de D&S o de Cencosud, representa un riesgo de mayores abusos del poder de compra, incluso paralelo o, eventualmente, coordinado.

En cuanto a los abusos a proveedores, la FNE señala que la rentabilidad del negocio supermercadista se ha incrementado constantemente y que también ha crecido la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contribución a ello de los cobros a proveedores, existiendo evidencia de ejercicio de poder de mercado respecto de estos últimos.

En particular, identifica y señala haber constatado las siguientes prácticas abusivas de las grandes cadenas respecto de sus proveedores:

Conductas Unilaterales ex-post - Cobros y descuentos no pactados: que se aplican una vez entregada la mercadería y, en ocasiones, por prestaciones inexistentes. Por ejemplo, devolución de mercaderías, promociones en las que no participa el proveedor y otros. Preocupan aquellos descuentos por haber detectado un precio inferior en otro supermercado.

Conductas Unilaterales ex-ante - Empeoramiento constante de los términos de la relación: Los proveedores han visto constantemente desmejorada su relación con las requeridas, sea porque les imponen acuerdos cada vez menos ventajosos o porque incumplen lo acordado, especialmente en lo relativo a plazos de pago. La FNE cita, por ejemplo, el incremento en los plazos de pago que pasó de 44 a 88 días en dos años, y cobros como el *rappel*, inversiones, costo de reposición y despacho centralizado.

Asignación ineficiente de riesgos: Descuentos por mermas o mercaderías obsoletas que –además de asignar ineficientemente los riesgos- no guardan relación con el historial (monto fijo) y sin que se permita al proveedor retirarlas o verificarlas. También se cobra una comisión en base a una escala de “crecimiento en ventas” y por “introducción de nuevos productos” que desincentivan la innovación y la competencia entre proveedores.

Conductas que aumentan el poder de mercado de las requeridas – Ventas bajo costo y marcas propias: Aumento en la oferta de marcas propias que pueden privilegiar sobre las de sus proveedores mediante la imposición de un sistema de reposición.

La FNE hace presente que la frecuencia y entidad de los abusos que ha detectado es mayor tratándose de D&S que de Cencosud.

En relación con los consumidores, la FNE indica que no tiene evidencia de abusos de poder de mercado de las requeridas.

Sin embargo, discute que la concentración y los abusos respecto de proveedores hayan traído aparejados menores precios para los consumidores, observando que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los márgenes de venta de los supermercados han tendido al alza -aún sin considerar el efecto de los cobros a proveedores- lo que sugiere que las ganancias de eficiencia se habrían agotado.

Además, señala que aunque en algunos de los mercados locales la concentración podría no haber aumentado a favor de las requeridas, podría haber riesgo para los consumidores en aquellos mercados locales en que exista otro supermercado dominante que sea sustituido por D&S o por Cencosud, o en los que -pasados ciertos umbrales- se requiera adoptar medidas adicionales.

2.8. En síntesis, la FNE indica que cualquier operación de concentración a favor de D&S o de Cencosud incrementa los riesgos de abuso respecto de competidores, consumidores y, especialmente, de proveedores, respecto de quienes existen antecedentes de abusos.

2.9. La FNE estima que bastaría por el momento con establecer resguardos al ejercicio del poder de compra por parte de las requeridas, (contrapesos a los riesgos).

Estos resguardos debiesen ser mayores a los previstos por la Sentencia N° 09/2004, por lo que la FNE solicita que este Tribunal imponga a las requeridas que sujeten su relación con todos sus proveedores a un Contrato Marco, que sea aprobado por este H. Tribunal, con el siguiente contenido mínimo:

i. La definición de las transacciones y servicios, con sus precios y tarifas, en términos generales, que son susceptibles de pactarse entre el supermercado y sus proveedores y los criterios objetivos y no discriminatorios para su concreción. No podrán pactarse más transacciones y servicios que los previstos en el contrato marco.

ii. El contrato marco no podrá incluir ni permitir:

a) Servicios y cobros a proveedores que no tengan una contraprestación clara y verificable, como cobros a suma alzada por mermas u obsolescencias.

b) Servicios y cobros vinculados a riesgos propios del supermercado, como premios o resarcimientos por logros o fracaso de las metas de ventas de las mercancías.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) Cobros que impliquen barreras de entrada o de salida para los proveedores, como ingreso del proveedor a la cadena, desliste o salida de la lista de proveedores o escala de ventas o comisiones en función de las mayores ventas de productos del proveedor dentro del rubro.
 - d) Cobros relativos a inversiones y costos asociados a la expansión o crecimiento de la cadena de supermercados, como renovación o inauguración de locales, y
 - e) Cobros relativos a la relación de los proveedores con competidores del supermercado, como igualación de precio en caja.
- iii. El compromiso de pago del precio de las mercancías por el supermercado al proveedor en un plazo máximo de treinta días, sin perjuicio del plazo menor que se pacte en cada caso en particular, en atención a la rotación de las mercaderías. Los plazos que en el caso concreto se pacten serán también aplicables para los pagos que deba realizar el proveedor al supermercado.
- iv. Las facilidades que entregará el supermercado a los proveedores que decidan mantener sus propios reponedores, sin perjuicio de la facultad del supermercado de emplear los suyos.
- v. La negociación, en períodos preestablecidos y acotados en el tiempo, de los términos de la relación entre el supermercado y cada uno de sus proveedores, por un determinado período, debiendo constar por escrito los acuerdos alcanzados. En lo no expresamente previsto, deberá regir el contrato marco. En caso de no requerir, ninguna de las partes, en el período habilitado para ello, la referida negociación, regirán los acuerdos alcanzados para el período anterior.
- vi. La inmutabilidad de las condiciones pactadas en el período previsto para su vigencia, la que será de un mínimo de un año, de manera que no podrán imponerse, con posterioridad al pacto, menores precios, descuentos, cobros no previstos a proveedores, etc, y
- vii. Un mecanismo de solución de controversias que garantice imparcialidad, celeridad y compensaciones adecuadas a los incumplimientos, sin perjuicio del reconocimiento expreso del derecho de los proveedores a recurrir al TDLC o a la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La FNE indica que esta medida va también en resguardo de competidores y consumidores de las requeridas. En cuanto a los competidores, porque tales resguardos afectarían las posibilidades de D&S y Cencosud de continuar levantando barreras a la entrada y desalentando la competencia actual, al dejar de obtener ventajas excesivas de su particular relación con los proveedores, equilibrando las posibilidades competitivas de los actores. Con respecto a los consumidores, los resguardos debieran también moderar el poder de mercado de D&S y Cencosud, sin perjuicio de lo que se pudiese desprender del análisis de los mercados locales específicos.

2.10. Adicionalmente, la requirente solicita que se disponga que toda operación de concentración en la industria supermercadista en la que sea parte D&S o Cencosud, o personas relacionadas con ellas en los términos de la Ley de Mercado de Valores, sea consultada previamente al TDLC según el procedimiento previsto en el artículo 31º del DL 211.

2.11. Por último, la FNE analiza las operaciones de concentración que, en particular, motivaron su solicitud de medida precautoria, a fin de determinar si, en los mercados locales específicos en los cuales éstas inciden, es preciso o no adoptar medidas adicionales para resguardar a los consumidores.

Producto de dicho análisis, la FNE concluyó que debía prohibirse a D&S la toma de control de cualquier supermercado en la ciudad de Talca, así como la toma de control del Supermercado El Pilar de la calle Maipú de la ciudad de Linares, lo cual también solicitó al Tribunal declarar en su sentencia.

2.12. Con el mérito de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18, 19, 26 y 39 del D.L. Nº 2 11 y demás normas aplicables, la FNE solicita que se acoja el requerimiento, con costas, declarando que las estrategias de crecimiento de las requeridas, fundadas de modo sustancial en la toma de control de competidores y de terrenos aptos para instalar supermercados, restringen o entorpecen la competencia o tienden a producir esos efectos, por incrementar de manera sustancial el Poder de Mercado de las requeridas, razón por la cual se resuelva:

(i) Que las requeridas deben sujetarse a un contrato marco que rija sus relaciones con todos sus proveedores en los términos consignados en el acápite VI de lo principal de su requerimiento (2.9. de esta parte expositiva), el que deberá ser aprobado por este H. Tribunal;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ii) Que se prohíbe a D&S la toma de control del Supermercado El Pilar de la calle Maipú de la ciudad de Linares y de todo nuevo supermercado en la ciudad de Talca; y,

(iii) Que las requeridas deberán consultar en forma previa al H. Tribunal, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración que involucren a Supermercados Korlaet, Supermercados Rendic y Supermercados Montserrat y, en general, cualquier operación de concentración de la industria supermercadista en su favor, sea que la operación la realicen D&S o Cencosud o personas relacionadas con ellas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercados de Valores.

III. *En cuanto a los terceros intervinientes*

3. A fojas 171, con fecha 25 de julio de 2006, se hicieron parte los dueños de las sociedades que operan “Supermercados Economax” por sí y por sus empresas Montrone Plá S.A., Inmobiliaria Santa Ana Ltda. y Servicios para Supermercados Ltda. como coadyuvantes de Cencosud.

A fojas 409 y 485, con fechas 16 de octubre de 2006 y 27 de abril de 2007, respectivamente, estos terceros vinculados a “Supermercados Economax” se desistieron de su comparecencia en atención a que la adquisición de dicha cadena por parte de Cencosud fue expresamente excluida del requerimiento de la FNE

4. A fojas 834 bis, con fecha 10 de agosto de 2007, se hizo parte Supermercados Unimarc S.A. como coadyuvante de Cencosud.

5. A fojas 320, con fecha 20 de septiembre de 2006, D&S contestó el requerimiento y solicitó su rechazo, con costas.

5.1. En el primer capítulo de su contestación, D&S señala que el requerimiento de la FNE se funda en suposiciones y revela una percepción errada de los hechos y de cómo funciona la industria supermercadista.

Expone que el requerimiento carece de fundamento, es confuso, su lógica interna es débil y no permite llegar a las conclusiones que la FNE pretende alcanzar con voluntarismo, toda vez que los supermercados contrarrestan el poder de mercado de los grandes proveedores y promueven así el bienestar de los consumidores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2. En relación con la primera conducta denunciada, referida a que tanto D&S como Cencosud se encuentran desarrollando, desde hace varios años, agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento, que comprenden, en modo sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, D&S señala que ello está lejos de la realidad del proceso de crecimiento de D&S.

En este sentido, señala que el Cuadro N° 1 (página 6) del propio requerimiento evidencia que el crecimiento de D&S, lejos de ser agresivo, publicitado y sobre la base de la adquisición de sus competidores, ha sido gradual y basado principal y fundamentalmente en el "crecimiento orgánico" de la compañía.

Explica que, en el contexto del crecimiento orgánico de D&S, se presenta como necesaria e imprescindible la adquisición de terrenos aptos para instalar nuevos supermercados, de manera que la adquisición de terrenos en ningún caso puede ser interpretada como un arma para bloquear a eventuales competidores.

D&S indica que sus acciones se transan públicamente y que, para responder a las expectativas de sus accionistas y del mercado, requiere planificación de corto, mediano y largo plazo; lo cual significa, entre otras cosas, tomar legítimas posiciones inmobiliarias.

Incorpora un grafico en el que se aprecia que el estrechamiento de márgenes derivados de la intensa competencia ha obligado a D&S a crecer para lograr mantener sus utilidades.

Concluye que el crecimiento es una necesidad existencial para el supermercado y no una estrategia anticompetitiva para copar capacidad de manera anticipada o prevenir la entrada de competidores.

Por ello, imponerle a algunos agentes de mercado mantener el status quo –que sería lo que pretende la FNE- implica exigirles perjudicar y empobrecer su negocio en el corto y mediano plazo, en beneficio de otros agentes o, en su defecto, en perjuicio del consumidor.

5.3. En cuanto a la segunda conducta denunciada, referida que D&S y Cencosud efectivamente han ejercido ese poder de mercado, específicamente su poder de compra en contra de sus proveedores, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas y alterando ex post y unilateralmente las ya

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acordadas, D&S señala que la acusación no especifica qué, cómo ni cuándo, frente a lo cual quedaría en total indefensión.

5.4. En relación al mercado relevante, D&S señala que éste es mucho más amplio y complejo que el descrito por la FNE.

Explica que necesariamente deben considerarse todos los agentes competidores en el mercado de la distribución minorista a través de los cuales los proveedores venden sus productos y a través de los cuales los consumidores obtienen los productos finales que requieren, toda vez que, en mayor o menor medida, los distintos formatos de venta minorista compiten entre sí por las preferencias de los consumidores, o bien, atienden necesidades complementarias relacionadas con compras de mayor o menor frecuencia y tamaño.

Por lo tanto, concluye que el mercado relevante de producto es el de la distribución comercial minorista de bienes de consumo diario.

Agrega que, dependiendo del tipo de compra -compra base o de reposición- el consumidor tomará en cuenta diversas consideraciones para optar por el local minorista donde efectuar su compra, y precisa que en las ventas de reposición los canales de venta tradicionales compiten fuertemente con los supermercados, según señala la encuesta de Adimark que cita, la cual señala los atributos más valorados por los consumidores al realizar compras de reposición.

Por otra parte, D&S argumenta que debe analizarse también la diversa gama de productos que se adquieren tanto en supermercados como en otras tiendas de distribución minorista. Así, argumenta, nos encontraríamos con que para cada producto existe un mercado relevante particular, citando como ejemplos los pescados, frutas y verduras, en relación con las cuales los supermercados presentarían sustituibilidad con las ferias libres y almacenes, especialmente en los estratos socioeconómicos medios y bajos de nuestro país, toda vez que parte importante de las ventas de proveedores se efectúan en canales distintos de los supermercados.

En conclusión, señala D&S, la definición restrictiva del mercado relevante propuesta por la FNE no es aplicable al caso de autos y, aceptarla, implicaría limitar artificial y equivocadamente su definición, excluyendo el análisis de la relación entre distribuidor minorista y consumidor, de esencial relevancia para esta causa.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto al mercado relevante geográfico respecto de los consumidores, D&S señala que la delimitación geográfica propuesta por la FNE es arbitraria y no se condice con la realidad chilena.

Estima que el concepto de zona afectada utilizado por el Fiscal es claramente arbitrario y ajeno a la realidad de nuestro país, porque la realidad demográfica y socioeconómica del Reino Unido es diametralmente diferente a la chilena.

Por otra parte, señala que el carácter nacional de las cadenas distribuidoras hace que ciertos criterios de concentración a nivel local no sean aplicables, porque los precios de D&S a nivel local responden a una política nacional de precios que es independiente del nivel de concentración existente en cada ciudad. Lo anterior significa que D&S no discrimina según el poder de compra de sus clientes ni en función de la concentración de los mercados locales.

5.5. Además, D&S señala que en el mercado relevante no existen las barreras de entrada que menciona la requirente. Señala que el segmento de los supermercados es competitivo, dinámico, y tiene que adaptarse constantemente a los gustos de los consumidores.

Explica que se trata de una industria competitiva y desafiante, atendido el importante potencial de crecimiento que tiene la industria supermercadista en nuestro país, y que una medida regulatoria podría tener consecuencias negativas al afectar su evolución, desarrollo y mejoramiento.

En cuanto a su dinamismo, D&S señala que el propio cuadro de la FNE muestra como han variado las participaciones de mercado de los actores en los últimos años. Agrega que existen señales del interés por invertir en este sector.

Indica además, que la industria supermercadista está en constante adaptación y que la diversificación de formatos es una muestra de ello, y no una estrategia para inhibir competencia potencial. En este contexto, no es posible predecir qué empresas podrán adaptarse exitosamente a los cambios y cuáles quedarán en el camino.

5.6. Explica que el riesgo real o potencial de abuso no se da en la especie ni respecto de proveedores, ni respecto de consumidores, ni respecto de competidores, porque D&S no tiene una posición dominante de la que pueda abusar.

Señala que no abusa de los agentes con los que se relaciona, justificando los cobros que realiza a sus proveedores, negando que se hayan incrementado los plazos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pago, explicando las funciones beneficiosas para pequeños y medianos proveedores que cumplirían los centros de distribución, el desarrollo e introducción de marcas propias y el servicio de reposición interno, y destacando la transparencia de la información con la que cuentan los proveedores.

Explica que, adicionalmente, el poder de compra con el que cuenta tiene como contrapartida el incontrarrestable poder de venta de grandes proveedores, que son insustituibles para los supermercados, y señala los beneficios que representa D&S para proveedores medianos y pequeños.

Agrega que el desarrollo del segmento de los supermercados ha favorecido a los consumidores con menores precios y más y mejores productos. Lo anterior, derivado de los altos niveles de competencia presentes en el mercado relevante y de los ahorros en eficiencia que presentan los principales agentes del mercado, que son traspasados directamente a los consumidores finales.

Analiza las rentas que obtiene y sostiene que no obtiene rentas sobrenormales o desproporcionadas que permitan sustentar la hipótesis de abuso.

5.7. D&S describe las externalidades positivas que el ingreso de supermercados a una determinada localidad genera en los precios, el empleo y la productividad.

5.8. Por último, en relación con las medidas solicitadas por la FNE, señala que la primera de ella, relativa a la elaboración de un contrato marco, se solicita sobre la base de supuestas conductas abusivas desarrolladas en contra de los proveedores de D&S y Cencosud. Sin embargo, la Fiscalía no ha aportado antecedente alguno que acredite conductas contrarias a la libre competencia en contra de los proveedores de D&S

En cuanto a la última, esto es, la obligación de consulta previa, D&S sostiene que es ilegal porque no está comprendida en el artículo 26º del Decreto Ley N° 211, que contiene las únicas medidas que pueden decretarse en procedimientos contenciosos, y porque se trata de una verdadera medida precautoria perpetua, sin limitación en el tiempo ni en cuanto a sus parámetros de aplicación.

6. A fojas 414, con fecha 31 de octubre de 2006, Cencosud contestó el requerimiento y solicitó su rechazo, con costas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1. En cuanto a la primera medida, destinada a establecer un Contrato Marco con proveedores, Cencosud señala que ella constituye el centro de la discusión.

6.1.1. Indica que esta primera medida es inoficiosa, toda vez que Cencosud ya cuenta con un esquema contractual con sus proveedores que, en lo pertinente, recoge las pretensiones de la FNE (Acuerdo Comercial) y que la sola circunstancia de que ya existan contratos debiera bastar para rechazar el requerimiento. Agrega que esos contratos son conocidos por la FNE, sin que exista en el requerimiento una imputación en relación con los términos y condiciones que éstos contienen.

6.1.2. Precisa que la FNE no imputa a Cencosud ninguna infracción concreta y sólo enumera supuestas conductas contrarias a la competencia que habrían sido constatadas en la Sentencia N° 9, pero que esa decisión no constató infracción alguna.

Expone Cencosud que la FNE afirmó en su requerimiento contar con antecedentes concretos de abusos, pero no los especificó aportando nombres o fechas, reservándose en un otrosí el derecho de interponer nuevos requerimientos por tales abusos. Sin embargo, la FNE cambió la versión al contestar el traslado de las excepciones dilatorias, pues en éste señaló que ejerció una acción preventiva y que los abusos señalados en el requerimiento tenían por objeto ejemplificar los riesgos asociados al incremento del poder de mercado que producirían las operaciones analizadas.

Conforme a lo anterior, se estaría pidiendo a este Tribunal juzgar situaciones hipotéticas, toda vez que lo que constituye infracción es el abuso de una posición dominante y no la concentración.

Al respecto, argumenta que los tribunales deben fallar sobre hechos, pero aún cuando este Tribunal pudiera decidir respecto de hechos potenciales, debiera existir una probabilidad cierta de que los riesgos para la competencia lleguen a materializarse.

6.1.3. Cencosud niega que exista el eventual e hipotético escenario de “riesgo de abuso” que denuncia la FNE, previniendo que corresponde a esta última la carga de probar que existen situaciones que ameritan la intervención del TDLC y la pertinencia de cada una de las medidas propuestas. En este caso la situación es paradójica porque no existiría una imputación concreta constitutiva de infracción al Decreto Ley N° 211 respecto de Cencosud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1.4. La requerida analiza cada uno de los elementos que la FNE pide incorporar o excluir del contrato marco, argumentando que se trata de medidas inconducentes o discriminatorias respecto de sus competidores.

6.1.4.1. Aduce que la primera medida -contar con contratos que definan las transacciones y servicios, con sus precios y tarifas, que apliquen criterios objetivos y no discriminatorios- es innecesaria porque Cencosud ha cumplido desde hace tiempo con ella mediante los Acuerdos Comerciales que mantiene con sus proveedores.

6.1.4.2. Con respecto a la segunda medida -prohibir cobros sin una contraprestación clara y verificable- Cencosud señala:

6.1.4.2.1. En cuanto a los cobros por mermas, indica que el proveedor tiene control sobre las mermas porque están vinculadas a la calidad del envase, especialmente si el proveedor cuenta con servicio de reposición propio. Además, el cobro de un porcentaje fijo es opcional.

6.1.4.2.2. En relación con las devoluciones por obsolescencia, Cencosud señala que no obliga a sus proveedores a recibir tales productos y son, en general, los mismos proveedores los que le solicitan la devolución de los productos obsoletos y su reemplazo por nuevos. Además, ello está regulado en las Condiciones Generales Ofrecidas que suscribe Cencosud con sus proveedores.

6.1.4.2.3. Con respecto a los premios o resarcimiento por logros o fracaso en metas de venta, indica que no es una práctica utilizada por Cencosud.

6.1.4.2.4. En cuanto a cobros que impliquen barreras de entrada o de salida de proveedores, Cencosud indica que: (i) El cobro por ingreso de nuevos proveedores y líneas de productos tiene sentido económico atendida la escasez del espacio en góndola y, además, le permite filtrar a los proveedores que garantizan una relación de largo plazo de aquellos que persiguen colocar ciertos productos estacionarios, pues existen costos administrativos asociados al ingreso de nuevos proveedores y productos; (ii) No efectúa cobros por desliste; (iii) El cobro por escala de crecimiento que Cencosud pacta con sus proveedores (en base a un descuento porcentual por cada orden de compra según el volumen de compra que ese proveedor alcance) se justifica económicamente por el involucramiento comercial de los supermercados en los esfuerzos de ventas de productos determinados. Además, este mecanismo permite a proveedores medianos y chicos acrecentar sus cuotas de mercado y morigerar el poder de las marcas consolidadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1.4.2.5. En relación con los aportes por inauguraciones o reinauguraciones de nuevos locales, Cencosud señala que el Acuerdo Comercial distingue entre aportes fijos por apertura de hipermercados y de supermercados, descuentos porcentuales por órdenes de compra para tales nuevos locales, entrega de mercaderías sin costo, hasta un tope determinado de común acuerdo, y concesión de un plazo adicional de pago. Explica que este pago también tiene una clara justificación económica porque el proveedor se beneficia con el mayor volumen de venta que el nuevo local conlleva.

6.1.4.2.6. Por último, indica que no efectúa cobros a sus proveedores para igualar el precio de la competencia.

6.1.4.3. En cuanto a la tercera medida -pago del precio de las mercaderías en un plazo máximo de 30 días- Cencosud señala que se trata de una cuestión comercial en la que no debe tener injerencia el Estado y sería una distorsión. Agrega que las facturas aceptadas por Cencosud son transables (Factoring).

6.1.4.4. Con respecto a la cuarta medida -establecer las facilidades que entregará el supermercado a los proveedores que decidan mantener sus propios reponedores, sin perjuicio de la facultad del supermercado de emplear los suyos- la requerida indica que es inoficiosa porque ella contempla la existencia de reponedores externos, que son exclusivos de los grandes proveedores.

6.1.4.5. En relación con la quinta medida -Negociación de los términos contractuales en periodos acotados de tiempo y, en caso de no producirse negociación, regirá el Acuerdo Marco o los términos previamente pactados- Cencosud señala que es una medida invasiva e inútil. Además, las Condiciones Generales Ofrecidas estipulan que en caso de no manifestarse intención de término por las partes, el contrato se entenderá renovado hasta la firma de un nuevo acuerdo.

6.1.4.6. En cuanto a la sexta medida - inmutabilidad de las condiciones pactadas en el período previsto para su vigencia, la que será de un mínimo de un año, de manera que no podrán imponerse, con posterioridad al pacto, menores precios, descuentos, cobros no previstos a proveedores- Cencosud señala que es descabellada y de una rigidez que no guarda relación con el dinamismo del mercado. Además, podría perjudicar a los proveedores pues supone un congelamiento de sus precios, que varían según ellos mismos determinan. Explica que el mecanismo que opera es uno muy distinto que reconoce la flexibilidad de los precios (cláusula de igualación de precio).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1.4.7. Por último, en cuanto a la séptima medida -implementación de un mecanismo expedito e imparcial para solucionar conflictos con proveedores- Cencosud señala que según las Condiciones Generales Ofrecidas, esos conflictos son resueltos por la justicia ordinaria. Sin embargo, Cencosud ha implementado un sistema interno para resolver en forma expedita y justa los reclamos y consultas que se le formulen mediante la Subgerencia de Proveedores que al año recibe 12.000 consultas y reclamos.

6.1.5. A continuación, la requerida señala que la FNE pretende regular la industria supermercadista, pero que ello es innecesario e improcedente porque el mercado relevante –tal y como debiera ser definido- es competitivo, y porque además no existen barreras de entrada a la industria supermercadista.

En este sentido argumenta que el mercado relevante está constituido por los canales de distribución de productos a clientes finales, y no solo por supermercados, pues estos últimos tienen sustitutos tanto para el proveedor como para el consumidor.

Primero, porque los proveedores tienen otros canales de venta de sus productos, sin que las ventas a Cencosud representen un porcentaje importante. Son los proveedores, en sus respectivas categorías, quienes tienen poder de mercado.

Segundo, porque los consumidores compran mayoritariamente en locales que no pertenecen a Cencosud. Atendido que el monto promedio de las compras en supermercados de Cencosud es bajo, Cencosud concluye que la mayoría de esas compras son compras secundarias (no de abastecimiento), que pueden realizarse alternativamente en otros canales de distribución tales como tiendas de conveniencia.

Agrega que -incluso si se redujera incorrectamente el mercado a los supermercados- no hay barreras de entrada insalvables en la industria supermercadista. Para instalar un supermercado no se requieren terrenos de gran extensión, y tampoco hay restricciones urbanísticas. (El 50% de los m² de sala de venta es arrendado). Para cadenas de supermercados se requiere efectuar inversiones más relevantes (Centro de Distribución)

Aclara que Cencosud no destina recursos a adquirir terrenos con el objetivo de bloquear la competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1.6. Explica que los índices de concentración de la industria responden a una tendencia mundial producto de economías de escala, descuentos por volumen, costos de distribución, ahorros logísticos e innovaciones tecnológicas.

En los últimos años se ha observado un gran dinamismo y modernización del retail, que guardan relación con una maximización de recursos (espacio) y la asunción por parte de los supermercados de los procesos logísticos y de distribución.

Producto del dinamismo y competitividad de la industria las cadenas de supermercados han mejorado en servicio, variedad y precio, pues los supermercados deben compensar a los consumidores por el mayor tiempo que demanda la compra en un supermercado, respecto de un almacén o tienda de conveniencia.

Los consumidores se han visto beneficiados por la irrupción y fortalecimiento de los supermercados porque el precio relativo de los alimentos ha descendido y ello es corroborado por diversas personas (Eduardo Engel, Banco Central, INE y ACNielsen). Por consiguiente, la FNE incurriría en una paradoja porque no se puede explotar un poder de mercado con los proveedores sin que los precios hayan sufrido un alza respecto de los consumidores.

Concluye que, así definido, el mercado relevante es competitivo y dinámico, y que regulaciones inoficiosas y desmedidas pueden resultar contraproducentes y perjudiciales para la competencia.

6.1.7. La requerida señala que la relación de los supermercados con los proveedores es compleja. Cencosud tiene más de 2.000 proveedores y recibe más de 270.000 facturas mensuales.

Explica que su relación con grandes, medianos y pequeños proveedores es de mutua necesidad:

Los grandes proveedores saben que los supermercados son un buen canal de venta y los supermercados no pueden prescindir de productos líderes en su categoría (existe un contrapeso).

Los proveedores medianos y pequeños ven a los supermercados como un canal que les permite escalar su negocio. Cencosud también los necesita porque los supermercados se caracterizan por la variedad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1.8. Respecto a las estrategias de crecimiento y su comunicación, Cencosud señala que ello se relaciona con el hecho de que sus acciones se transan en bolsa, lo cual le impone el deber de informar respecto de la compañía. Las inversiones producen efectos y no los planes de expansión futura.

6.2. Con respecto a la segunda medida, relativa a tomas de control por parte de D&S, Cencosud señala que le es ajena y corresponde exclusivamente a su co-requerida, por lo cual no se hará cargo de ella.

6.3. En relación con la tercera medida solicitada por la FNE, relativa a la orden de consulta previa de operaciones de concentración, Cencosud señala que no la controvertirá, porque tenía contemplado consultar a este Tribunal sus eventuales operaciones significativas de adquisiciones o toma de control de cadenas de supermercados.

Sin perjuicio de lo anterior, la requerida expresa que se trata de una medida improcedente porque la competencia de este Tribunal en materia de requerimientos está limitada a las medidas del artículo 26º del Decreto Ley N° 211, y porque la consulta es esencialmente voluntaria, sin que sea posible establecerla en forma obligatoria.

6.4. Desde el punto de vista jurídico, Cencosud argumenta que lo pedido por la FNE es ilegal en relación con las facultades y procedimientos contemplados en el Decreto Ley N° 211, pues en los procedimientos contenciosos este Tribunal sólo podría decretar alguna de las medidas enumeradas taxativamente en el artículo 26 de ese cuerpo legal, y ninguna de las medidas solicitadas por la FNE corresponde a ellas.

Cencosud señala que este Tribunal carece absolutamente de competencia para alterar el objeto de las causas seguidas conforme al artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211, las cuales tienen por objeto determinar la existencia de una eventual infracción y aplicar alguna de las sanciones que señala el artículo 26.

Lo anterior, según la requerida, es coherente con lo dispuesto por los artículos 6, 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, y con los principios de legalidad y tipicidad que debe respetar el ejercicio de las potestades sancionatorias de este Tribunal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Explica que la referencia efectuada en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 a medidas correctivas y prohibitivas sólo comprende aquellas señaladas en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, pues son esas y no otras, las que el legislador ha puesto expresamente dentro de la esfera de sus atribuciones.

Por lo tanto las medidas preventivas que confiere a este Tribunal el artículo 5º del Decreto Ley N° 211, sólo pueden disponerse en el marco de las consultas, las instrucciones de carácter general o la proposición de preceptos legales o reglamentarios.

Concluye que la competencia de este Tribunal se ejerce en un procedimiento determinado y sólo puede aplicar la sanción que ese procedimiento o acción establece y no otra.

7. En cuanto a la conciliación:

A fojas 453, con fecha 15 de diciembre de 2006, se presentó un avenimiento entre D&S y la FNE el que fue rectificado a fojas 462 y aprobado por este Tribunal a fojas 468, con fecha 17 de enero de 2007;

El mencionado avenimiento, que fue producto del llamado a conciliación efectuado por el Tribunal, implicó para D&S, en síntesis: (i) la obligación de establecer condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas, que estarían contenidas en un documento público denominado Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento (TCGA); y (ii) la obligación de informar a la FNE respecto de cualquier operación de concentración que pretenda realizar.

8. A fojas 480, con fecha 8 de marzo de 2007,, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

8.1. Estructura y características de los mercados de aprovisionamiento y de distribución minorista en los que participa Cencosud. Nivel y evolución de la concentración en ambos mercados y de la participación de Cencosud en éstos; y,

8.2. Condiciones comerciales de las relaciones de aprovisionamiento entre Cencosud y sus proveedores. Evolución de las mismas y hechos y circunstancias que las justificarían.

9. Documentos acompañados por las partes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.1. Por la FNE: A fojas 39 del Cuaderno de Medida Precautoria: (i) Comunicaciones de Cencosud y D&S, de fechas 12 y 13 de julio de 2006 a la SVS, relativas a tomas de control de Economax y Rendic, respectivamente; (ii) Reportes de prensa aparecidos entre el 22 de marzo y el 20 de julio de 2006, relativos a operaciones de concentración en la industria en que intervienen D&S y Cencosud. A fojas 386 del Cuaderno de Medida Precautoria: (iii) Informe acerca de Supermercados Unimarc S.A.; (iv) Carpeta de antecedentes aportados a la FNE por Supermercados Unimarc S.A. A fojas 633: (v) Estudio de opinión "Percepciones de los proveedores de supermercados" de Guillermo Cumsille G. A fojas 670: (vi) Informe económico "Efectos Competitivos del Aumento en la Concentración en el Mercado de la Venta de Alimentos al Detalle. Un análisis conceptual" de Aldo González. A fojas 754: (vii) Informe económico "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" de Andrés Gomez Lobo y Aldo González. A fojas 880 (viii) Informe económico "Comentarios al trabajo: Un análisis económico sobre competencia y supermercados en Chile de los autores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza" de Andrés Gomez Lobo y Aldo González. A fojas 989 (ix) Informe semestral de la pequeña empresa, correspondiente al segundo semestre de 2006, elaborado por el Centro de Investigación de Políticas Públicas para la PYME (CIPyME); (x) Índices de concentración supermercadista en Portugal, Bélgica, Argentina, Francia, Alemania, Reino Unido, Chile, España, Italia y Estados Unidos; (xi) Cuadro de comportamiento anual de las marcas propias y detalle de distribución de la venta de proveedores de abarrotes, perecibles y otros rubros, elaborados por AGIP; (xii) Respuesta de Ord. N° 493, de 16 de mayo de 2007, remitida por Jaime March Venegas, Gerente de Operaciones de Bolsa de Productos; (xiii) Estudio de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA), de septiembre de 2007, respecto de la evolución del precio de tres cortes de carne bovina; (xiv) Respuesta a Ord. N°111 de esta Fiscalía, de 10 de marzo de 2006, remitida por Susan Teuber M., de la Fiscalía de Cencosud S.A.; (xv) Respuesta a Ord. N°583 de esta Fiscalía, de 28 de julio de 2006, remitida por Carmen Román A., abogado jefe de Cencosud S.A.; (xvi) Anexo d), de respuesta a Ord. N°583 de esta Fiscalía, de 28 de julio de 2006, remitida por Carmen Román A., abogado jefe de Cencosud S.A., consistente en un disco compacto con la nómina de terrenos que forman parte del activo fijo o inmovilizado de esa empresa.; (xvii) Cuarenta y dos ejemplares del "Acuerdo comercial para Empresas Jumbo S.A., Santa Isabel S.A. e Easy S.A." acompañados por Cencosud en el marco de su respuesta al Ord. N° 705 de esta Fiscalía, de 7 de agosto de 2006, de los cuales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

treinta y cinco corresponden a la versión más antigua, mayoritariamente vigente a la fecha del requerimiento de autos; (xviii) Copia de contrato de compraventa de Supermercados Montecarlo, de 2 de/ noviembre de 2004; (xvix) Copia de contrato de subarrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Montecarlo y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha 2 de/ noviembre de 2004. N° de repertorio 24.471; (xx) Copia de contrato de subarrendamiento de muebles e inmuebles celebrado entre Inmobiliaria Montecarlo y Supermercados Montecarlo S.A., de 2 de noviembre de 2004. N° de repertorio 24.469; (xxi); Copia de contrato de subarrendamiento de muebles e inmuebles celebrado entre Inmobiliaria Montecarlo y Supermercados Montecarlo S.A., de 2 de/ noviembre de 2004. N° de repertorio 24.470; (xxii) Copia de contrato de subarrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Santa Elena Ltda. y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha/ 2 de noviembre de 2004. N° de repertorio 24.467; (xxiii) Copia de contrato de arrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Santa Elena Ltda. y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha 2 de noviembre de 2004. N° de repertorio 24.472; (xxiv) Copia de contrato de arrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Santa Elena Ltda. y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha 2 de noviembre de 2004. N° de repertorio 24.468; (xxv) Copia de contrato de arrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Santa Elena S.A. y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha 2 de / noviembre de 2004. N° de repertorio 24.474; (xxvi) Copia de contrato de arrendamiento de inmueble celebrado entre Inmobiliaria Santa Elena S.A. y Supermercados Montecarlo S.A., con fecha 2 de noviembre de 2004. N° de repertorio 24.473; (xxvii) Copia de contrato de leaseback inmobiliario celebrado entre el Banco BBVA e Inmobiliaria Santa Elena, de 18 de abril de 2001. N° de repertorio 13.0742001; (xxviii) Copia de contrato de arrendamiento celebrado entre el Banco de Santiago e Inmobiliaria Montecarlo S.A., de 14 de enero de 2002. N° de repertorio 1242002; (xxix) Copia de contrato de rectificación, complementación y enmienda suscrito entre BBVA Banco BHIF, Inmobiliaria Santa Elena Ltda. y Supermercados Montecarlo S.A., de 6 de diciembre de 2001. N° de repertorio 14.801-2001; (xxx) Copia de contrato de Leaseback Inmobiliario suscrito entre BBVA Banco BHIF e Inmobiliaria Santa Elena Ltda., de 18 de abril de 2001. N° de repertorio 3.591-2001; (xxx i) Respuesta a Ord. N° 425 de esta Fiscalía, de 22 de mayo de 2007, remitida por Felipe Bulnes S., abogado, en representación Cencosud S.A.; (xxxii) Copia de contrato de compraventa de Supermercados Infante, de 31 de agosto de 2006; (xxxiii) Copia de contrato de compraventa de Supermercados Economax, de 2 de octubre de 2006; (xxxiv) Respuestas presentadas por catorce proveedores, a oficios de la FNE expedidos en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el marco de la investigación Rol 778-06 – FNE, contenidos en una carpeta denominada "Documentos Confidenciales". A fojas 1715: (xxxv) Informe económico confeccionado por los economistas Pablo García González y Marcia Pardo González, Jefe de la División de Estudios de la FNE; (xxxvi) Informe de Fernando Coloma y Jorge Tarziján, denominado "Análisis de la industria de supermercados en su relación con la industria proveedora y en el marco de la libre competencia"; (xxxvii) Informe de Fernando Coloma y Jorge Tarziján, denominado "Aspectos puntuales de las relaciones entre cadenas de supermercados y proveedores y su relación con la libre competencia"; (xxxviii) Informe de Fernando Coloma y Jorge Tarziján, denominado "Análisis prácticas de D&S con proveedores"; (xxxix) Estudio de percepción proveedores "Cencosud y D&S", confeccionado por la Fiscalía Nacional Económica, en septiembre de 2006; (xl) Presentación de Máximo Bosch P., denominada "La Competencia y la Concentración: Una perspectiva desde el shopper", expuesta en las VII Jornadas de Supermercadismo de la ASACH, noviembre de 2006; (xli) Presentación de Cristián Eben, gerente de retail services de AC Nielsen, denominada "Nichos de crecimiento", expuesta en las VII Jornadas de Supermercadismo de la ASACH, noviembre de 2006; (xlii) Artículo "Desafíos de la internalización de retailing: Errores de empresas internacionales en Chile", de Constanza Bianchi y Enrique Ostalé, aparecido en el volumen N°6 de la publicación Trend Management; (xliii) Presentación de Hernán Hochschild, de Comercial e Industrial Hochschild S.A., denominado "Competencia y concentración en supermercados", expuesta en las VII Jornadas de Supermercadismo de la ASACH, noviembre de 2006; (xliv) Presentación de AC Nielsen, denominada "Quiebres de stocks en góndolas", de octubre de 2003; (xlv) Informe de AC Nielsen, denominado "Tendencia globales de retailing", de noviembre de 2004; (xlvi) Presentación de Kimberly Clark, denominada "Información para el éxito"; (xlvii) Presentación de Cencosud S.A., denominada "Concentración y competencia", expuesta en las VII Jornadas de Supermercadismo de la ASACH, noviembre de 2006; (xlviii) Informe de Alexis Gutiérrez, Coordinador de Marketing de la Universidad Santo Tomás, denominado "El retail en Chile, evolución y tendencias"; (xlix) Informe de Alexis Gutiérrez, Coordinador de Marketing de la Universidad Santo Tomás, denominado "Una mirada al comportamiento del gasto en el retail en Chile"; (l) Artículo Diario La Tercera, de 31 de marzo de 2007, titulado "Grandes del retail abrirán este año una tienda cada 3,6 días" (li) Artículo "Tendencias y desafíos en la industria de alimentos procesados", elaborado por Carlos Valdivia, de Feller Rate; (lii) Artículo "La medición de faltantes en góndola", de Máximo Bosch, Rafael Hilger y Ariel Schilkrut, del Departamento de Ing. Industrial de la Universidad de Chile; (liii) Artículo "La

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estrategia defensiva de los retailers chilenos", de Constanza Bianchi, de la Escuela de Negocios, de la Universidad Adolfo Ibáñez; (liv) Informe de clasificación Feller Rate, respecto de S.A. Inmobiliaria Terrenos y Establecimientos Comerciales, de septiembre de 2004; (lv) Artículo "Crear valor para los consumidores emergentes", elaborado por Enrique Ostalé, en su calidad de Decano de la escuela de Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez; (lvi) Artículo "¿Amenaza u oportunidad? El fenómeno de las marcas propias en Latinoamérica", elaborado por Enrique Ostalé, en su calidad de Decano de la escuela de Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez; (lvii) Documento elaborado por Gerencia de Estudios de BCI Corredores de Seguros S.A., denominado "Retail, una mirada por metro cuadrado"; (lviii) Artículo del Diario Estrategia titulado: "Cencosud bloquea a competidores en La Dehesa, comprando terrenos del Craighouse"; (lix) Presentación de AC Nielsen, denominada "Cambios en el mercado Chileno 2007"; (lx) Promesa de compraventa entre Campos Deportivos Craighouse S.A. y Sociedad de Rentas Falabella, de 17 de marzo de 2006; (lxi) Promesa de compraventa entre Campos Deportivos Craighouse S.A., Colegio Craighouse S.A. y Cencosud Shopping Centers S.A., de 11 de septiembre de 2006; (lxii) Respuesta a Ord. N° 1784 de esta Fiscalía, de 6 de diciembre de 2006, remitida por Víctor Lohr T., Gerente General Campos Deportivos Craighouse S.A.; (lxiii) Informe Gerencial Canal: Total Chile Supermercados Unimarc. Junio 1 Julio 2004, en versión escrita; (lxiv) Informes Gerenciales para Unimarc, Canal Drug E-F 07, Drug M-J 06, Drug N-D 04, Drug N-D 06, Food A-M 06, Food F-M 07, en versión digital; (lxv) Informe Scantrack de AC Nielsen para D&S, de julio de 2006, en versión digital. A fojas 1882: (lxvi) Documento con firmas de trabajadores de Montrone Pla S.A. que informan a la FNE que los precios de los productos de consumo familiar subieron en la cadena Economax que fue adquirida por Cencosud; (lxvii) Presentación de Comercial Cygni Ltda. a la FNE dando a conocer abusos por parte de Cencosud; (lxviii) Transcripción y CD de audio de la presentación de Hans Eben en las VI Jornadas de Supermercados de la ASACH; (lix) Informe económico "Comentarios al trabajo: Economías de Escala, Concentración y Precios en la Industria de Supermercados de los autores Loreto Lira, Magdalena Ugarte y Rodrigo Vergara" de Andrés Gómez Lobo y Aldo González, (lxx) Complementación del cuadro 29 del informe económico de la FNE; (lxxi) Presentación de Resultados 2007 de Cencosud" y "Estados Financieros Resumidos de filiales de Cencosud para los años 2004 y 2005" en formato electrónico. A fojas 1892: (lxxii) Anexo N° 1 sobre nivel y evolución de la concentración aguas arriba y Anexo N° 2 sobre análisis de la rentabilidad de Cencosud Supermercados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.2. Por Cencosud: A fojas 98 del Cuaderno de Medida Precautoria: (i) Carta de don Vasco Costa Ramírez a don Horst Paulmann en relación a la consulta en contra de D&S de fecha 21 de julio de 2006; (ii) Entrevista de don Vasco Costa Ramírez, presidente de la AGIP, en el Diario Financiero del día 20 de julio de 2006; (iii) Cuadro con las participaciones de mercado de Cencosud por ciudades de importancia, según antecedentes recogidos por Cencosud. Solicitamos mantener en reserva este antecedente, para asegurar la confidencialidad de la información vertida en dicho cuadro, autorizando a que la Fiscalía Nacional Económica tenga acceso a este cuadro, también bajo la confidencialidad y reserva del caso; (iv) Respuestas de Cencosud a la Fiscalía Nacional Económica, de fechas 21 de febrero de 2006, y de 4 de mayo de 2006 y 8 de junio de 2006, ésta última en relación precisamente a la operación de la adquisición de Infante. Solicitamos mantener en reserva este antecedente, para asegurar la debida confidencialidad de la información vertida en dichas respuestas. A fojas 372 del cuaderno de Medida Precautoria: (v) Cuaderno anillado de Información por Comuna Cencosud Supermercados, con la información de ubicación y superficie de sala, disponible por comunas en que existen locales de la empresa referida en el Anexo 1 del escrito presentado a este H Tribunal el 13 de julio de 2007; (vi) Cuaderno anillado con información sobre locales en recorrido a pie, alrededor de quince locales de supermercados ubicados en la Región Metropolitana, donde se indican y describen comercios aledaños; (vii) Acta de diligencia ocular realizada por Notario Público de fecha Viernes 20 de Julio de 2007, donde se efectúan recorridos en automóvil a partir de determinados supermercados objeto de la posible operación, midiendo los tiempos de desplazamiento hasta los supermercados de otras cadenas que allí se señalan; (viii) Carta de fecha 23 de Julio de 2007, dirigida a los suscritos., donde se entregan documentos que señala, para efectos de su presentación a este H. Tribunal; (ix) Informe sobre valor de Ticket Promedio, en pesos nominales, entre los años 2002 y 2006; (x) Informe sobre valor de Ticket Promedio, en pesos reales, entre los años 2002 y 2006; (xi) Informe de horas de mayor afluencia de público a locales de supermercados que se señalan; (xii) Detalle de ventas totales a proveedores externos y relacionados entre Enero de 2006 a junio de 2007; (xiii) Informe Económico titulado “Un análisis económico sobre competencia y supermercados en Chile” Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. A fojas 756: (xiv) Acta de Inspección Ocular y 30 Acuerdos Comerciales de proveedores de Cencosud Supermercados S.A., escogidos al azar por el Notario de Santiago Sr. Sergio Fernando Novoa Galan, suplente de la titular de la 42° Notaría de Santiago doña María Gloria Acharán Toledo.; (xv) Copia de acuerdo comercial para empresas Jumbo S.A., Santa y Isabel S.A. e Easy S.A. suscrito con Comercial

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Chacao S.A. con fecha 3 de Junio de 2005; (xvi) Copia de acuerdo comercial para empresa Cencosud Supermercados S.A. suscrito con Comercial FH Engel S.A. con fecha 19 de septiembre de 2006; (xvii) Planilla de Número de Proveedores por Cadena y Categoría, entregada por la empresa ACNielsen, al 12 de junio de 2007, donde consta la cantidad y variedad de proveedores por categoría con que mantienen relaciones comerciales los supermercados de Cencosud; (xviii) Copia de estudio de Importancia de Canales por GSE (Grupo Socio Económico) de ACNielsen de Marzo de 2007; (xix) Manual de Procedimientos de Cencosud Supermercados S.A. para diseño y desarrollo de productos y compras y evaluaciones de proveedores; (xx) Hoja de Registro para auditorías a proveedores Cencosud Supermercados S.A.; (xxi) Cronograma interno de evaluación (visitas) de proveedores de Cencosud Supermercados S.A.; (xxii) Ficha técnica básica de Registro de proveedores de Cencosud Supermercados S.A.; (xxiii) Resúmenes mensuales de resultados de auditorías a proveedores de Cencosud Supermercados S.A.; (xxiv) Resumen de Informe de Control de Productos Nuevos de Cencosud Supermercados S.A., evaluación Abril 2007; (xxv) Carta de fecha 13 de junio de 2007, suscrita por el Sr. Ignacio Schmidt Jarpa, Gerente General de Factotal S.A. (empresa de Factoring), donde / señala que las facturas por ventas de productos y servicios a Cencosud Supermercados S.A. dan una mejor tasa de descuento a los clientes, por la menor clasificación de riesgo asociadas a éstas; (xxvi) Lista de la ejecución de pagos (resumen) a empresas de Factoring, realizados por Cencosud Supermercados S.A. al 22 de mayo de 2007; (xxvii) Lista de la ejecución de pagos (detalle) a empresas de Factoring, realizados por Cencosud Supermercados S.A. al 22 de mayo de 2007; (xxviii) Estudio índice Actividad en Supermercados (IACSUP) elaborado / por ACNielsen y ASACH al 28 de Mayo de 2003; (xxix) Estudio índice Actividad en Supermercados (IACSUP) elaborado por ACNielsen y ASACH al 17 de Julio de 2003; (xxx) Estudio elaborado por Trade Research Unit de Unilever, a Junio de 2002, para proyectar apertura de local Jumbo en la ciudad de Viña del Mar; (xxxii) Resultado Estudio Cualitativo Jumbo la Dehesa, elaborado por empresa de estudios de mercado "Marcela Veas y Asociados", de fecha 31 de Julio de 2003; (xxxii) Estudio Informe Final (Etapa Cuantitativa) Jumbo la Dehesa, elaborado por empresa de estudios de mercado "Marcela Veas y Asociados", de fecha 27 de Agosto de 2003; (xxxiii) Investigación Cualitativa realizada por Jumbo sobre Concepto de "Calidad de Vida" en diferentes entornos socioculturales de Chile: posibles conexiones con los supermercados y con Jumbo en particular; realizado en 2007, en ciudades de Santiago, Temuco, Viña del Mar y Valparaíso; (xxxiv) Estudio realizado por Expert Investigación sobre Análisis Estratégico Supermercados de Cencosud,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Encuesta Metropolitana, Marzo-Abril 2006; (xxxv) Estudio de Xpert, Departamento de Estudios, sobre Análisis Estratégico Cencosud, Encuesta Metropolitana Octubre-Noviembre 2005; (xxxvi) Estudio de Xpert, Departamento de Estudios, sobre Análisis Estratégico Santa Isabel, Encuesta Metropolitana Octubre-Noviembre 2005/ Marzo-Abril 2006; (xxxvii) Estudio de Xpert, Marketing Estratégico, sobre Investigación para Resolver Disyuntiva entre 8 posibilidades de Combinación de Nombres y Premios para Promoción Año 2005; (xxxviii) Informe de Resultados Estudio Santa Isabel local 175, Mayo de 2007; (xxxix) Estudio Etnográfico y Cualitativo sobre Relación de la marca Santa Isabel con la experiencia del consumidor; (xl) Estuario Cualitativo Evaluación Campaña Elefantástico, preparado por TNS TIME, en Junio de 2007; (xli) Informe Campaña Publicitaria Elefantástico, preparado por TNS TIME, en Junio de 2007; (xlii) Informe Pre-evaluación Eventos de Precio Jumbo, preparado por TNS TIME, en Mayo de 2007; (xliii) Estudio Satisfacción de Supermercados, preparado por IPSOS para Cencosud, en Septiembre de 2006; (xliv) Estudio Percepción de Publicidad de Supermercados, elaborado por GESTRA, en Mayo de 2006; (xlv) Estudio Percepción de Publicidad de Supermercados, elaborado por GESTRA, MEDICIÓN 2, de Junio de 2006; (xlvi) Estudio Percepción de Publicidad de Supermercados, elaborado por GESTRA, MEDICIÓN 3, de Septiembre de 2006; (xlvii) Cuadro Análisis de Atención a Proveedores, semana del 04 al 10/ de junio de 2007; (xlviii) Documento tipo de Conciliación de Cuenta Corriente Mercantil de Cencosud Supermercados S.A; (xlix) Planilla de Reclamos resueltos de Proveedores de Cencosud Supermercados S.A., desde Agosto de 2006 a la Fecha; (l) Copia de carta de fecha 15 de junio de 2007, suscrita por el Sr. Germán Acevedo Campos, Gerente General de BCI Factoring S.A., donde señala que las facturas de clientes emitidas a compradores de bajo riesgo ofrecen una mejor tasa de descuento. A fojas 1829: (li) Texto del nuevo “Acuerdo Comercial entre Cencosud Supermercados S.A. y Proveedores”; (lii) Informe económico “La relación concentración-precio cuando una industria cambia: supermercados en Chile 1998-2006” Fernando Díaz, Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza.

10. Testimonial rendida por las partes:

10.1. Por la FNE: (i) a fojas 511, don Mario Amilcar Miguel Astorga De Valenzuela (Centro de Investigación de Políticas Públicas para la Pyme “CIPYME”); (ii) a fojas 771 y 794, don Guillermo Elias Cumsille Garib (sociólogo), quien acompañó el instructivo que sirvió de base a la capacitación de los encuestadores; y (iii) a fojas 779, don Aldo Patricio González Tissinetti (economista).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.2. Por Cencosud: (i) a fojas 802 bis, don Andrés Alberto Del Carmen Munita Izquierdo (Gerente de Adm. y Finanzas de Cencosud Chile); (ii) a fojas 806, don Pedro Manuel Colombo (Gerente Comercial de Alimentos de Cencosud Supermercados); (iii) a fojas 829, doña Marcela Judith Riveiro Gachón (Jefa de Aseguramiento de Calidad de Cencosud Supermercados); y (iv) a fojas 842, don Claudio Miguel Enrique Haase Blueth (Ex-Gerente General de Cencosud Supermercados).

11. De Oficio: A fojas 1729, con fecha 4 de octubre de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º, inciso 2º, del Decreto Ley N° 211, el Tribunal ordenó la citación a declarar como testigos a los señores Marcelo Guital Prieto (socio de empresa que elabora y distribuye productos marca Benedictino) y Humberto Frez Córdova (proveedor de frutas y hortalizas de Cencosud), quienes prestaron testimonio a fojas 1744 y 1734, respectivamente.

12. La FNE y Cencosud formularon observaciones respecto de la prueba rendida a fojas 1892 y 1957, respectivamente.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la tacha:

Primero. Que, a fojas 806, la Fiscalía Nacional Económica tacho al testigo señor Pedro Manuel Colombo por la causal establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. La FNE fundamenta esa inhabilidad en que el testigo carecería de la imparcialidad necesaria para declarar, toda vez que el cargo que ocupa en Cencosud se relacionaría con el objeto de este juicio.

De esa tacha se confirió traslado a Cencosud, quien solicitó su rechazo, con costas, atendido que de los dichos del testigo no se desprende el interés pecuniario en los resultados del juicio que la causal invocada por la FNE requiere. Agrega que la declaración de este testigo es de suma utilidad para resolver y fallar la causa y que este Tribunal debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y no dejarse guiar por criterios formalistas;

Segundo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la causal invocada, la tacha será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende que tenga un interés directo o indirecto en los resultados del juicio, en términos que puedan restarle imparcialidad a su declaración. Lo anterior, sin perjuicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto a la excepción de incompetencia opuesta por la requerida:

Tercero. Que la excepción de incompetencia opuesta por Cencosud se funda en que las atribuciones de este Tribunal estarían circunscritas de acuerdo al tipo de procedimiento incoado, de manera tal que, en las causas contenciosas de que conoce conforme al artículo 18 N°1 del Decreto Ley N° 211, no cabría adoptar medidas preventivas, sino sólo imponer alguna de las sanciones previstas en el artículo 26º del mismo cuerpo legal;

Cuarto. Que, a juicio de este Tribunal, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º, 5º, 20º incisos 4º y 5º, y 39, letra c), del Decreto Ley N° 211, sus atribuciones preventivas no están circunscritas según el tipo de procedimiento iniciado, y pueden ser adoptadas tanto en los contenciosos como en los no contenciosos previstos en el Decreto Ley N° 211; lo cual es consistente, además, con el principio y finalidad de prevención que asiste a los órganos encargados del resguardo de la libre competencia en los mercados;

Quinto. Que, en efecto, el artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, dispone que, quienes ejecuten o celebren individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que, respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso;

Sexto. Que, en consecuencia, este Tribunal cuenta con atribuciones tanto para sancionar como para corregir o prohibir hechos, actos o convenciones que ya hubieren producido efectos contrarios a la competencia, o que tiendan a producirlos. En este último caso, las medidas correctivas son en realidad preventivas, pues no corrigen una situación actualmente perjudicial para la competencia, sino que evitan la concreción de riesgos inminentes o con una alta probabilidad de ocurrencia;

Séptimo. Que, por otra parte, además del artículo 5º del Decreto Ley N° 211, que establece la función preventiva de este Tribunal, otras dos disposiciones se refieren expresamente a las medidas preventivas: la primera es el artículo 20º, incisos 4º y 5º, que se refiere a la prescripción de dichas medidas; y la segunda es el artículo 39 letra c), que contiene la facultad del Fiscal Nacional Económico para solicitar a este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tribunal la adopción de medidas preventivas;

Octavo. Que, además, una interpretación de las normas mencionadas en la consideración precedente, que sea coherente con el principio de prevención que es inherente a la labor de resguardo de la libre competencia, exige entender que este Tribunal puede adoptar medidas preventivas respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, sea mediante procedimientos contenciosos o no contenciosos;

Noveno. Que, adicionalmente, el artículo 25º del mismo cuerpo legal - contemplado precisamente entre las normas del procedimiento contencioso- faculta a este Tribunal para decretar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y resguardar el interés común, confirmando así que la facultad de adoptar medidas preventivas también está comprendida en el procedimiento contencioso;

Décimo. Que, en cambio, no se observan razones para limitar la atribución de este Tribunal de adoptar medidas preventivas a un tipo de procedimiento en particular, como podrían esgrimirse en relación con las medidas sancionatorias, que sólo podrían adoptarse en los procedimientos contenciosos. Por el contrario, todas las referencias que existen en dicho cuerpo legal a las medidas preventivas no guardan relación con algún tipo de procedimiento en especial;

Undécimo. Que, por último, la facultad de adoptar medidas preventivas en el marco de procedimientos contenciosos ha sido efectivamente ejercida por este Tribunal, así como por la Comisión Resolutiva de que es sucesor legal. Así, pueden citarse, como ejemplos, las sentencias ejecutoriadas números 31, 47 y 55 de este Tribunal;

Duodécimo. Que, por lo tanto, y atendido que este Tribunal es competente para adoptar las medidas que se le han solicitado, las cuales no están circunscritas según se trate de procedimientos contenciosos o no contenciosos, se rechazará la excepción de incompetencia deducida por Cencosud;

En cuanto al fondo:

Decimotercero. Que, como cuestión preliminar, es preciso establecer con claridad los términos de la *litis* sobre la cual se ha solicitado el pronunciamiento de este Tribunal, para lo cual debe tenerse presente, en primer lugar, el exacto alcance y extensión del requerimiento de autos;

Decimocuarto. Que, en tal sentido, el requerimiento de la FNE se funda en que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las estrategias de crecimiento de las dos principales cadenas de supermercados —D&S y Cencosud-, basadas sustancialmente en la toma de control de competidores y en el acaparamiento de terrenos aptos para instalar supermercados, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir estos efectos, por cuanto levantan una barrera estratégica de entrada e incrementan sustancialmente el poder de mercado de las cadenas controladas por las requeridas, con el consiguiente riesgo de abuso respecto de proveedores y consumidores; todo lo cual sería particularmente grave atendido que las requeridas efectivamente abusarían de su poder de mercado respecto de sus proveedores, demostrando la insuficiencia de las exigencias contenidas en la Sentencia N° 9 de este Tribunal;

Decimoquinto. Que, atendido lo anterior, e invocando las disposiciones legales que contemplan el deber de este Tribunal de prevenir los atentados a la libre competencia, la FNE solicitó en su requerimiento la adopción de tres medidas: (i) que D&S y Cencosud se sujeten a un contrato marco que rija sus relaciones con todos sus proveedores en los términos consignados en el acápite VI de lo principal del requerimiento, el cual deba ser aprobado por este Tribunal; (ii) que se prohíba a D&S la toma de control del Supermercado El Pilar de calle Maipú de la ciudad de Linares, y de todo nuevo supermercado en la ciudad de Talca; y, (iii) que D&S y Cencosud deban consultar en forma previa a este Tribunal, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración que involucren a Supermercados Korlaet, Supermercados Rendic y Supermercados Montserrat y, en general, cualquier operación de concentración de la industria supermercadista en que intervengan, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores;

Decimosexto. Que, atendido que la FNE y D&S llegaron en esta causa a un avenimiento, que fue aprobado por este Tribunal según resolución de fecha 17 de enero de 2007, escrita a fojas 468, el requerimiento y las peticiones de la FNE deben entenderse entonces extinguidas respecto de D&S, y vigentes exclusivamente respecto de Cencosud. Asimismo, deben entenderse extinguidas las incidencias promovidas por D&S durante el curso del juicio y en particular la objeción de documentos que formuló a fojas 74 del cuaderno de medida cautelar. Por lo tanto, la controversia sobre la cual debe recaer esta sentencia corresponde a la producida entre la FNE y Cencosud, que motivó las peticiones atinentes a esta última, que son las detalladas en los numerales (i) y (iii) de la consideración precedente;

Decimoséptimo. Que, por otra parte, debe también tenerse presente para estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos que, en su contestación, Cencosud argumentó que los procedimientos contenciosos, como el seguido en autos, tienen por objeto determinar la existencia de eventuales infracciones, pero que, en la especie, la FNE no le imputó ninguna infracción concreta. Además, Cencosud opuso la excepción de incompetencia precedentemente desestimada;

Decimoctavo. Que, adicionalmente, en relación con la primera medida solicitada por la FNE, referida a la elaboración de un contrato marco con sus proveedores, Cencosud sostuvo en su contestación, en síntesis, que se trataba de una petición innecesaria por cuanto ella ya mantiene contratos escritos con sus proveedores. Además, formuló descargos respecto de cada uno de los elementos que, según el requerimiento, debía contener o excluir dicho contrato marco;

Decimonoveno. Que, por último, en relación con la tercera petición de la FNE, referida a la consulta previa de las operaciones de concentración en que decida intervenir, Cencosud señaló, a fs. 415, *“que no la controvertirá, toda vez que [...] tenía contemplado someter a consulta a este H. Tribunal sus eventuales futuras operaciones significativas de adquisiciones o toma de control de cadenas de supermercados”*, sin perjuicio de lo cual adujo que esa petición sería improcedente porque la consulta es esencialmente voluntaria;

Vigésimo. Que, en conclusión, este Tribunal se pronunciará en esta sentencia únicamente respecto de lo solicitado por la FNE en cuanto a la procedencia o no de que Cencosud (i) se sujete a un contrato marco que rija sus relaciones con todos sus proveedores; y (ii) consulte en forma previa a este Tribunal, en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, cualquier operación de concentración de la industria supermercadista en que intervenga, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores;

Vigésimo primero. Que, así establecidos los términos de la *litis*, este Tribunal se hará cargo de las alegaciones y defensas debatidas en autos en torno a los mismos, en el orden siguiente: (i) en primer término, se analizará la defensa esgrimida por Cencosud respecto del requerimiento de autos, en el sentido que en éste no se le habrían imputado infracciones determinadas, por lo que debería ser rechazado; (ii) en segundo lugar, se establecerá si corresponde o no imponer a Cencosud la obligación de contar con un acuerdo marco con sus proveedores, en los términos solicitados por la FNE; y, (iii) en último término, se determinará si procede o no imponer a Cencosud la obligación de consulta previa solicitada por la FNE, para lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cual se definirá y caracterizará el mercado relevante afectado, la posición de Cencosud en éste, si existen o no barreras de entrada que afecten el ingreso de nuevos competidores al mismo y, finalmente, si existen o no efectos anticompetitivos actuales o potenciales derivados de las conductas denunciadas en autos;

Vigésimo segundo. Que, en consecuencia, respecto de la primera de las defensas en análisis –esto es, que la FNE no habría imputado a Cencosud infracciones precisas y determinadas- , cabe señalar que, en su requerimiento, la FNE imputó a Cencosud, concretamente, las conductas señaladas en la consideración decimocuarta; conductas que, a su juicio, infringirían el artículo 3º del Decreto Ley N° 211. Es así como se solicita por el requerimiento que este Tribunal declare que *“las estrategias de crecimiento de las requeridas, fundadas de modo sustancial en la toma de control de competidores y de terrenos aptos para instalar supermercados, restringen o entorpecen la competencia o tienden a producir esos efectos”*, y adopte determinadas medidas para precaver estos últimos. Por consiguiente, no es admisible la alegación de Cencosud en cuanto a que por el requerimiento de autos no se le imputaría infracción alguna;

Vigésimo tercero. Que, además, la circunstancia de que la FNE no solicite medidas sancionatorias –sino sólo preventivas- no implica que este procedimiento no deba ser contencioso, pues la declaración pedida por la FNE y citada en la consideración precedente sólo puede ser adoptada en un procedimiento de tal naturaleza. Confirma lo anterior el hecho que el Fiscal Nacional Económico no tiene facultades para iniciar un procedimiento no contencioso respecto de hechos futuros a efectuarse por terceros, según se desprende del artículo 18 N° 2 del DL 211;

Vigésimo cuarto. Que, al respecto, es preciso recordar que, según el artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, son constitutivas de infracción a la libre competencia no sólo aquellas conductas que actualmente impiden, restringen o entorpecen ésta, sino también aquellas que tienden a producir tales efectos anticompetitivos. En este contexto, las conductas denunciadas por la FNE, en lo relativo a futuras tomas de control de competidores, serían constitutivas de infracciones con efectos anticompetitivos que, de ser inminentes, habrían de ser prevenidos, en vez de esperar a que se produzcan para corregirlos o sancionarlos;

Vigésimo quinto. Que, en consecuencia, este Tribunal procederá a analizar si las conductas denunciadas por el requerimiento de autos, referidas a la compra de competidores y al acaparamiento de terrenos aptos para instalar supermercados, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

encuentran o no acreditadas, son o no constitutivas de infracción, y si ameritan o no la adopción de las dos medidas solicitadas por la FNE respecto de Cencosud;

Vigésimo sexto. Que, así las cosas, en relación con la primera petición de la FNE, consistente en que Cencosud elabore un contrato marco que rija sus relaciones con proveedores, cabe señalar que la misma supone que este Tribunal determine el contenido mínimo de esa relación contractual, ordenando incorporar o eliminar determinadas obligaciones. Ello, a juicio de este Tribunal, exigiría emitir un pronunciamiento respecto de si cada una de las prácticas abusivas ejemplificadas en el requerimiento como efectos de la mayor concentración de la industria respecto de los proveedores están o no conformes con las normas de defensa de la competencia, o bien, cuáles serían las condiciones bajo las cuales lo estarían;

Vigésimo séptimo. Que para ello, esto es, para que este Tribunal pudiese determinar si las conductas abusivas cuestionadas genéricamente por la FNE son o no contrarias a la libre competencia, tales abusos deberían haber sido denunciados como infracciones autónomas y concretas, mas no como ejemplos de riesgos que podría llevar aparejada una mayor concentración en la industria supermercadista;

Vigésimo octavo. Que, sin embargo, tal como se desprende del requerimiento, la FNE se limitó a señalar a lo largo del mismo que Cencosud incurriría en las siguientes conductas que la Sentencia N°9 de este Tribunal calificó como abusos de poder de mercado respecto de proveedores: (i) imposición de cobros y descuentos no pactados o por prestaciones inexistentes, ejemplificando algunos de ellos; (ii) imposición de condiciones contractuales cada vez más gravosas, citando como ejemplos de ello, las prácticas identificadas en la Sentencia N° 9, la adición de nuevos conceptos de cobro como aquel de “despacho centralizado”, y el incumplimiento en los plazos de pago; (iii) la aplicación de cobros indebidos por mermas, mercaderías obsoletas, escala de crecimiento en ventas y por la introducción de nuevos productos; y (iv) el incremento en la oferta de marcas propias;

Vigésimo noveno. Que las conductas señaladas en la consideración precedente no se fundan en hechos, actos o contratos concretos, debidamente especificados en el requerimiento, toda vez que no se señaló en éste la oportunidad en que se habrían producido las presuntas infracciones, ni el proveedor afectado, ni el contrato en que constarían o que se incumpliría. Por el contrario, el libelo de la FNE se limita a proporcionar ejemplos genéricos de prácticas contractuales abusivas, empleando

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

expresiones como “por ejemplo”, y “tales como”, sin invocar hechos adicionales a los considerados por la Sentencia N° 9/2004;

Trigésimo. Que, en tal sentido, cabe tener presente que, al contestar a fojas 393 el traslado de las excepciones dilatorias, la requirente reconoció que los abusos a proveedores señalados en su requerimiento sólo tenían por objeto ejemplificar los riesgos asociados al incremento del poder de mercado que producirían nuevas operaciones de concentración a favor de la requerida, confirmando así que el requerimiento de autos no pide establecer la existencia de infracciones concretas constitutivas de abusos a proveedores, sino sólo –como única infracción denunciada– declarar que las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento de Cencosud son contrarias a la competencia y adoptar determinadas medidas para prevenir los efectos de éstas;

Trigésimo primero. Que, por lo tanto, es improcedente que este Tribunal declare si las prácticas abusivas respecto de proveedores ejemplificadas en el requerimiento son o no contrarias a la libre competencia, y determine el contenido mínimo de las relaciones contractuales de Cencosud con sus proveedores, mediante la adopción de una medida que, en los hechos, implicaría declarar como contrarias a la libre competencia tales conductas o cobros;

Trigésimo segundo. Que, adicionalmente, no es posible acceder a la petición de la FNE determinando el contenido de relaciones contractuales de personas que no son parte y a quienes no empecería lo que este Tribunal disponga al respecto;

Trigésimo tercero. Que, por todo lo anterior, no se hará lugar a la primera medida solicitada por la FNE en su requerimiento, consistente en que Cencosud elabore un contrato marco que rijan sus relaciones con proveedores;

Trigésimo cuarto. Que, en todo caso, es preciso dejar establecido que el rechazo de esta primera petición de la FNE no implica que este Tribunal considere que los contratos que dicha empresa mantiene con sus proveedores, y que ha tenido ocasión de examinar por haber sido acompañados a fojas 756, se ajusten a las exigencias contenidas en la Sentencia N° 9, ni que estén necesariamente de acuerdo con las normas de defensa de la competencia. Por lo tanto, esta decisión no implicará pronunciamiento alguno –de fondo– respecto de la licitud o ilicitud de los mismos según el Decreto Ley N° 211;

Trigésimo quinto. Que por consiguiente, el análisis se centrará en la única

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

infracción denunciada, relativa a compras de competidores y acaparamiento de terrenos, y en la procedencia o no de la tercera medida solicitada por la FNE, destinada a prevenir los efectos contrarios a la competencia que produciría esa conducta, esto es, la medida de consulta previa de operaciones de concentración en la industria supermercadista en que, a futuro, intervenga la requerida;

Trigésimo sexto. Que entonces, en cuanto a la petición de la FNE consistente en obligar a Cencosud a consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración en la industria supermercadista en las que desee participar, cabe señalar que esta obligación de consulta previa de la legalidad de una operación de concentración, desde el punto de vista de la competencia, implica imponer un requisito o carga especial para la realización de determinados actos o contratos;

Trigésimo séptimo. Que, por regla general, y conforme lo prevé el artículo 18º N° 1 del D.L. 211, la consulta se tramita conforme a un procedimiento voluntario al que pueden o no someterse los interesados en llevar a cabo un acto o contrato determinado, a excepción de aquellos casos en que la consulta puede ser presentada por el Fiscal Nacional Económico conforme a la misma disposición legal, de aquellas situaciones en que otra disposición legal especial la prescribe como obligatoria, como ocurre en relación con el artículo 38º de la Ley N°19.733 de Libertades de Opinión e Información, y de todos aquellos casos en que, atendidas las circunstancias de los mercados involucrados y la posición que en ellos ocupa un determinado agente, este Tribunal o las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva, que son sus antecesoras legales, así lo disponga o hayan dispuesto con el objeto de prevenir atentados a la competencia;

Trigésimo octavo. Que, en razón de lo anterior, para determinar si procede o no, en la especie, imponer a Cencosud dicha obligación, es preciso determinar si las estrategias de crecimiento denunciadas producen o tienden a producir efectos contrarios a la competencia, y si éstos son de una magnitud suficiente como para imponer a ésta la obligación de someter a consulta todas o algunas de esas operaciones;

Trigésimo noveno. Que, para lo anterior, se definirán y caracterizarán los mercados que pueden resultar afectados por las operaciones de concentración en las que participe Cencosud, la posición de Cencosud en los mismos, y por último, los efectos actuales o potenciales de una mayor concentración en su favor;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo. Que, en primer termino, es preciso señalar que constituye un hecho público y notorio que Cencosud, directa o indirectamente, desarrolla un conjunto de negocios de distribución minorista, que comprenden supermercados, bajo las marcas Jumbo y Santa Isabel, tiendas por departamento bajo el nombre París, y tiendas de mejoramiento del hogar constituidas por locales Easy. Además, desarrolla actividades complementarias a dichos negocios, participando en los mercados financiero, con las tarjetas Más y el banco París, e inmobiliario;

Cuadragésimo primero. Que, tal como este Tribunal señaló en su Resolución N° 24, en las últimas décadas la dinámica de desarrollo del *retail* en Chile ha mostrado una convergencia hacia la consolidación de la oferta de distintos productos en grandes superficies, tendiendo a desplazar a otros canales de distribución minorista. En cualquier caso, este modelo de negocios todavía presenta al menos tres segmentos con algunas características propias, a saber: supermercados, tiendas por departamento y tiendas de mejoramiento del hogar, todos ellos relacionados con el negocio financiero de las tarjetas de crédito de casas comerciales. Si bien existen ciertos traslajos en la oferta de productos específicos, las principales necesidades resueltas por un consumidor al ir a un supermercado son distintas de aquellas que satisfacen los otros segmentos mencionados. Por lo anterior, y porque el requerimiento de autos circunscribe al negocio supermercadista los riesgos respecto de los cuales solicita la adopción de medidas preventivas, este Tribunal centrará su análisis en dicho segmento;

Cuadragésimo segundo. Que, por consiguiente, este Tribunal sólo considerará, para efectos de esta causa, el área de negocios que desarrolla Cencosud mediante los 147 supermercados que controla bajo las marcas Jumbo y Santa Isabel, distribuidos en 25 comunas a lo largo del país. Lo anterior, sin perjuicio de considerar las evidentes interdependencias y complementariedades de costo existentes entre las diversas áreas de negocio desarrolladas por la requerida, enumeradas en la consideración cuadragésima precedente, en su relación con el mercado relevante en el que incide la medida de consulta previa solicitada por la FNE;

Cuadragésimo tercero. Que, en esta área de negocio, Cencosud ocupa un eslabón intermedio en la cadena de distribución de productos para el consumo en el hogar. En ese sentido, participa en dos mercados conexos, que son el aprovisionamiento mayorista y la distribución minorista;

En el primero de esos mercados –aprovisionamiento mayorista- Cencosud se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relaciona con sus proveedores en una doble función: como demandante mayorista de productos para su distribución minorista, y como oferente de un canal de distribución minorista. En este sentido, se puede observar de los contratos acompañados a fojas 756, que existen pagos desde y hacia los proveedores, o bien, descuentos en los precios de compra asociados a determinados conceptos;

En el segundo mercado –distribución minorista- Cencosud se relaciona con los consumidores como oferente de los productos que adquiere de sus proveedores, comercializándolos bajo la modalidad de autoservicio en grandes superficies;

Cuadragésimo cuarto. Que, a continuación, se definirán cada uno de esos mercados, determinando la participación de Cencosud en cada uno de ellos, así como los efectos reales o potenciales de una política de crecimiento de esa empresa basada en la compra de competidores y de terrenos, que son los que el requerimiento pretende precaver;

Cuadragésimo quinto. Que, en primer término, en relación al mercado de aprovisionamiento mayorista, mediante los supermercados que controla, Cencosud ofrece a los distribuidores mayoristas o proveedores -productores e importadores de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar- un canal de distribución minorista, esto es, servicios y facilidades para la distribución de sus productos a consumidores finales. Adicionalmente, Cencosud ofrece en tales supermercados un canal de distribución minorista de bienes durables y de productos para el mejoramiento del hogar respecto de los cuales, en todo caso, los supermercados constituyen, aún, un canal secundario. En efecto, las tiendas por departamento controladas por Cencosud –bajo la marca Paris- constituyen su principal canal de distribución minorista de bienes durables;

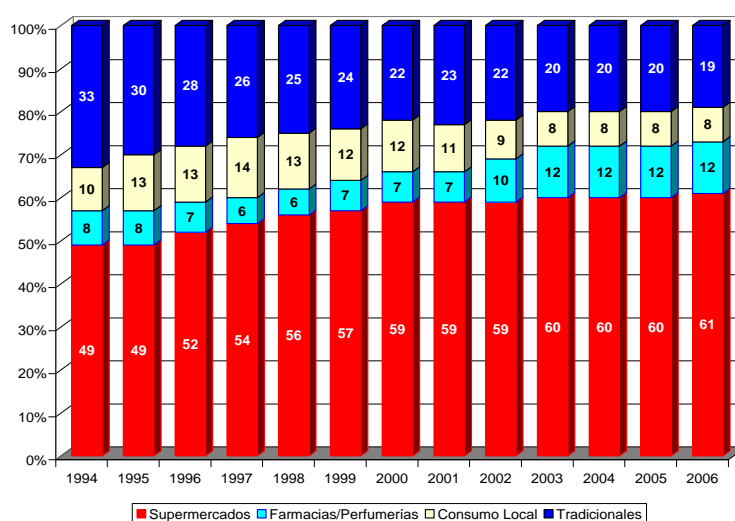
Cuadragésimo sexto. Que, entonces, para determinar la participación de Cencosud como canal de distribución es preciso analizar las alternativas o sustitutos que tendrían los proveedores para la distribución minorista de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar. En ese sentido, dependiendo del proveedor y del producto específico de que se trate, podrían en principio considerarse -como alternativas a la distribución minorista en supermercados- las tiendas por departamento y de mejoramiento del hogar, en las que también participa la requerida, las cadenas de farmacias, las ferias libres y los mercados centrales de abasto, los almacenes de barrio, las cadenas de ferreterías, y el comercio detallista en general;

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

Cuadragésimo séptimo. Que, sin embargo, las alternativas mencionadas en la consideraciónn precedente no son suficientemente próximas como para ser consideradas sustitutos adecuados del canal de distribución minorista constituido por los supermercados, atendido que, en general, no comparten con este último cuatro características que lo distinguen: primero, los significativos volúmenes de compra que representan las cadenas de supermercados para los proveedores, que permiten a éstos alcanzar economías de escala y de ámbito; segundo, el conjunto distintivo de servicios y facilidades (estacionamientos, promoción y publicidad) ofrecidas al proveedor para la distribución minorista de sus productos, que facilita la venta de un mayor número de unidades; tercero, las inversiones específicas del proveedor derivadas de las condiciones particulares de exhibición y comercialización de los productos en el canal supermercadista; y, cuarto, el contar con financiamiento propio a través de sus tarjetas de crédito relacionadas;

Cuadragésimo octavo. Que, en cuanto a los volúmenes de compra que representan las cadenas de supermercados para los proveedores, en el Gráfico N° 1 siguiente se puede observar que el canal supermercadista se ha consolidado como el canal de distribución minorista más importante, participando –en promedio- con el 60% de las ventas minoristas en los últimos años a nivel nacional.

**Gráfico N° 1
Evolución de las Ventas Minoristas, por Canal de Distribución
(% de participación a nivel nacional)**



Fuente: ACNielsen (2007), "Cambios en el Mercado Chileno"
<http://www.acnielsen.cl/site/documents/CambiosenelMercadoChileno2007.pdf>

Estos significativos volúmenes de compra permiten a los proveedores alcanzar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

economías de escala y de ámbito, derivadas del acceso a sistemas centralizados de bodegaje y distribución, que disminuyen los costos e inversiones que habrían de realizar para atender los canales alternativos y alcanzar similares volúmenes de venta;

Cuadragésimo noveno. Que el conjunto distintivo de servicios y facilidades ofrecidas al proveedor para la distribución minorista de sus productos comprende la exhibición conjunta con una amplia variedad de otros productos, así como los servicios complementarios ofrecidos por los supermercados y la participación en actividades promocionales, todo ello unido a un sistema de financiamiento a través de tarjetas de crédito de su propia emisión; todo lo cual, a su vez, es propio del canal supermercadista e inequívocamente facilita la venta de un mayor número de unidades;

Quincuagésimo. Que, por último, las condiciones particulares de exhibición y comercialización de los productos en el canal supermercadista, tales como condiciones de empaque y códigos de barra, generalmente requieren la realización de inversiones por parte del proveedor con valor específico a ese canal de distribución y que no necesariamente son válidas para otros canales. En estos casos, parte del valor de los activos productivos de estos proveedores depende de que se mantenga en el tiempo la relación de aprovisionamiento con la cadena supermercadista en cuestión y, por lo tanto, tiene el efecto de incrementar los costos de cambio hacia otros canales de distribución;

Quincuagésimo primero. Que de los argumentos precedentes este Tribunal concluye que las grandes cadenas de supermercados poseen un conjunto peculiar de características como canal de distribución minorista, que implican que otros formatos de locales de distribución minorista, tales como las cadenas de farmacias, las ferias libres y los mercados centrales de abasto, los almacenes de barrio, las cadenas de ferreterías, y el comercio detallista en pequeñas superficies disten de ser sustitutos cercanos para los proveedores de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico;

Quincuagésimo segundo. Que, en cambio, las características distintivas mencionadas precedentemente son compartidas por los supermercados y otros formatos de venta en grandes superficies, tales como tiendas por departamento y de mejoramiento del hogar. Sin embargo, tales negocios de venta minorista en grandes superficies ofrecen productos que no están destinados a satisfacer las mismas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesidades que los supermercados, aunque pueden considerarse complementarios o interdependientes en los términos señalados en la Resolución N° 24 de este Tribunal;

Quincuagésimo tercero. Que, en conclusión, el mercado relevante aguas arriba en el que participa Cencosud mediante sus supermercados es –siguiendo lo señalado en la sentencia N° 9 de este Tribunal- el de *aprovisionamiento mayorista de supermercados de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar*;

Quincuagésimo cuarto. Que, atendido el hecho de que el canal de distribución supermercadista tiene presencia a nivel nacional y que una proporción significativa de los proveedores mayoristas busca colocar sus productos a nivel nacional, este Tribunal estima que el mercado geográfico relevante del aprovisionamiento mayorista es el territorio de la República de Chile. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que el mercado geográfico relevante puede ser regional o local en relación con determinados productos que, por sus características, se comercialicen sólo en dichos ámbitos;

Quincuagésimo quinto. Que, según se observa en el Cuadro N° 2, siguiente, la concentración en el canal supermercadista ha aumentado en los últimos años, producto de las operaciones de concentración verificadas a favor de los dos principales actores. Así, puede verse que, en el año 2002, las dos cadenas más importantes de supermercados concentraban el 40% de las ventas cursadas por el canal supermercadista, mientras que, en año 2006, ambas cadenas sumaron el 62%;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 1:
Participaciones (%) nacionales de mercado, en base a ventas anuales, principales cadenas de supermercados, 1996 – 2006

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
D&S (1)	19,2	20	22,5	28,11	28,26	29,55	30,04	29,25	34,2	35,3	33,8
Carrefour	-	-	-	1,19	1,63	2,24	2,44	nd	-	-	-
Cencosud (2)	6,31	7,4	6,8	6,27	7,04	7,31	8,74	21,4	24,4	26	28,8
Santa Isabel	13,31	13,2	13,3	10,75	10,04	10,47	9,56	-	-	-	-
Las Brisas	4,11	4,2	3	2,9	2,45	2,29	2,29	2,29	-	-	-
Montecarlo	1,82	2,4	2,2	2	1,98	2,29	2,2	2,68	-	-	-
Economax	nd	nd	nd	nd	nd	1,22	1,21	1,25	1,3	1,6	2
Infante	nd	nd	nd	nd	nd	nd	nd	nd	0,6	nd	0,5
San Francisco	2,02	2,1	2,3	2,6	2,7	2,69	2,72	3,22	3,2	4	5
Unimarc	8,45	8,1	7,7	6,17	5,69	4,67	3,71	3,58	3,1	2,9	2,9
Montserrat	4,21	3,9	3,4	3,19	3,15	3,09	3,07	3,05	2,8	2,75	3,7
Rendic	nd	2,3	2,2	2,25	2,17	2,24	2,24	2,45	nd	nd	nd
Korlaet	nd	1,7	1,6	1,31	1,3	1,32	1,29	1,27	1,3	nd	1,2
Keymarket	nd	nd	nd	nd	nd	1,89	2,09	nd	2,5	nd	nd
Independencia	nd	nd	nd	nd	nd	0,83	0,76	0,66	nd	nd	nd
El Pilar	nd	nd	nd	nd	nd	nd	nd	nd	nd	0,5	0,5
Bigger/Makro	nd	nd	nd	nd	nd	nd	1,59	1,44	nd	nd	nd
Otros	40,57	34,7	35	33,26	33,59	27,9	26,05	27,46	26,6	26,95	15,6
Total	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
C2	32,51	33,2	35,8	38,86	38,3	40,02	39,6	50,65	58,6	61,3	62,6

Fuente: Galetovic y Sanhueza (2007) sobre la base de la Asociación Chilena de Supermercados de Chile para el período 1996-1999 y del requerimiento de la FNE rolante a fojas 208 y siguientes para el período 2000-2006. Notas: (1) D&S adquiere: Carrefour (12/2003) y El Pilar (06/2006) y (2) Cencosud adquiere Santa Isabel (07/2003), Las Brisas (01/2004), Montecarlo (08/2004), Economax (06/2006) y Supermercados Infante (05/2006); nd: información no disponible. C2: agrega la participación de las dos empresas más grandes el mercado.

Quincuagésimo sexto. Que del cuadro anterior se desprende también la evolución de la participación de la requerida en dicho canal a nivel nacional, la que ha aumentado en los últimos años, pasando de un 8,74% en el año 2002, a un 28,8% en el año 2006. En gran medida, dicho aumento de un 20% se explica por la adquisición por parte de Cencosud de las cadenas Santa Isabel (2003), Las Brisas (2004), Montecarlo (2004), Economax (2006) e Infante (2006) que, en los años previos a su adquisición, tenían porcentajes de participación de 9,56%, 2,29%, 2,68%, 2% y 0,5%, respectivamente. Así, como resultado de dichas adquisiciones, se observa que Cencosud ha incrementado su participación de mercado en algo más de tres veces, siendo el actor que más ha crecido en el período analizado;

Quincuagésimo séptimo. Que, por otra parte, y ahora en relación al mercado de distribución minorista, mediante los supermercados que controla, Cencosud ofrece a los consumidores productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar;

Quincuagésimo octavo. Que, para determinar la participación de Cencosud en la distribución minorista, es preciso analizar las alternativas o sustitutos que tendrían los consumidores para la adquisición de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar. En ese sentido, se debe evaluar si los almacenes, ferias, botillerías y farmacias constituyen sustitutos suficientemente próximos a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

supermercados como alternativas de abastecimiento de los consumidores, según afirma la requerida, y sustenta el informe acompañado por ésta y rolante a fojas 271 y siguientes del cuaderno de medida precautoria;

Quincuagésimo noveno. Que, tanto en la contestación de Cencosud como en el informe económico mencionado, se invoca el hecho de que la mayoría de las ventas realizadas por dicha cadena tendrían un valor promedio bajo. Según el informe, para el mes de octubre de 2006, el 58% de las boletas emitidas por Cencosud suman menos de \$ 3.000, y el 88% menos de \$10.000. A partir de ello, en el informe se argumenta que dichas compras serían de reposición o secundarias y que, ante la imposibilidad del supermercado de discriminar entre compras de reposición y de abastecimiento, los almacenes, ferias, botillerías, tiendas de conveniencia y farmacias competirían con los supermercados y, por consiguiente, formarían parte del mismo mercado relevante. Por su parte, a juicio de la requerida, la existencia de estos comercios minoristas tendría el efecto de disciplinar con efectividad los precios que cobran los supermercados, previniendo la posibilidad de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de los mismos (fojas 1957);

Sexagésimo. Que, al respecto, este Tribunal estima que es posible clasificar las compras que realizan los consumidores en los establecimientos minoristas fundamentalmente entre “compras de *stock* o abastecimiento” y “compras de reposición o secundarias”, según consta en análisis económico presentado por la FNE a fojas 999 y en el informe económico acompañado por la requerida a fojas 271 del cuaderno de medida precautoria. Las compras de *stock* involucran la adquisición simultánea de un conjunto de bienes que realizan los consumidores en forma periódica, normalmente semanal, quincenal o mensual. Por su parte, las compras de reposición son aquellas que realiza el consumidor con el objeto de reponer un número limitado de productos y presentan una mayor frecuencia que las compras de *stock*. Finalmente, existe un tercer tipo de compra denominada “compra inesperada”, que se refiere a aquellas asociadas a eventos no planificados;

Sexagésimo primero. Que así, según se desprende del Cuadro N° 2 siguiente, para cada tipo de compra los consumidores valoran diferentes atributos del establecimiento minorista al que acuden a realizarlas. En efecto, en las compras “de *stock*” los consumidores encuestados valoran: primero, la existencia de precios convenientes; segundo, la variedad de productos ofrecida; y, tercero, el tiempo de traslado. En cambio, en las compras de reposición, los atributos más valorados por los consumidores encuestados son: primero, el tiempo de traslado; segundo, la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de precios convenientes; y, tercero, la variedad de productos. Por último, ante una compra inesperada, se valoran, primero, el tiempo de traslado; segundo, la variedad de productos; y, tercero, la conveniencia en términos de precios;

Cuadro N° 2:
**¿Qué es lo más importante que debe tener el lugar
donde usted hace la compra...?**

Atributo	De Stock	De Reposición	Inesperada
Precios convenientes, bajos	46,7	32,2	26,2
Variedad, surtido	32,8	24,7	27,7
Cercanía, cerca de la casa	17,2	33,2	30,8
Ofertas	14,2	5,4	5,1
Buena Calidad	11,9	7,0	9,6
Buena atención	5,7	6,3	3,7
Orden, limpieza	5,5	5,2	3,5
Productos frescos	3,4	4,1	2,5
Comodidad	3,3	1,3	0,7
Todo en un solo lugar	2,5	0,4	2,1
Rapidez	1,2	5,2	8,0

Fuente: Adimark, Encuesta de junio 2006, rolante a fojas 337 y 1006.

Sexagésimo segundo. Que, en general, no existe controversia en cuanto a que las “compras de *stock* o abastecimiento” se realizan en supermercados, dado que las características de este canal de distribución minorista satisfacen los atributos más valorados por los consumidores para este tipo de compras, atendida la amplia variedad de los productos que ofrecen lo que es inherente a establecimientos de grandes superficies, la conveniencia de sus precios, así como la disponibilidad de un conjunto de servicios complementarios que resultan particularmente atractivos para este tipo de compra, tales como los estacionamientos y la oferta de financiamiento; todo lo cual determina que los supermercados sean el canal minorista por excelencia para satisfacer la demanda por “compras de *stock*”. Por consiguiente, en relación con estas compras, en opinión de este Tribunal los almacenes, ferias, botillerías y farmacias no constituyen alternativas suficientemente próximas como para formar parte del mercado relevante en que participa la requerida;

Sexagésimo tercero. Que, en cuanto a las “compras de reposición” e “inesperadas”, a juicio de este Tribunal, los almacenes, ferias, botillerías y farmacias tampoco forman parte del mismo mercado relevante que los supermercados, por cuanto no son sustitutos suficientemente próximos de éstos, según se explica a continuación;

Sexagésimo cuarto. Que, en primer lugar, en la compra de reposición existen diferencias significativas para el consumidor entre comprar en un supermercado o en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un comercio minorista, derivadas principalmente de las particulares características de los supermercados: grandes superficies, variedad de productos y marcas, forma de presentación de los productos, servicios complementarios, promociones y programas de fidelización;

Sexagésimo quinto. Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, no existen razones para estimar que todas las características mencionadas en la consideración precedente pierdan relevancia tratándose de compras de reposición. Por el contrario, de acuerdo con el Cuadro N° 1 anterior, el tiempo de traslado, los precios y la variedad son los tres principales atributos valorados por los consumidores que realizan compras de reposición, en magnitudes casi equivalentes entre sí, siendo menor la importancia de atributos que diferencian más claramente a los locales minoristas de menor tamaño. En uno de ellos, la variedad -que es importante para cualquier tipo de compra-, los supermercados presentan una evidente ventaja respecto de los comercios minoristas potencialmente alternativos, ya que dicho atributo es propio de los establecimientos de grandes superficies;

Sexagésimo sexto. Que, en cuanto al precio, es posible presumir, a partir del Gráfico N° 1 -que presenta el porcentaje de las ventas de proveedores que se canaliza mediante las dos principales cadenas de supermercados- que los comercios minoristas potencialmente alternativos no tienen posibilidad de acceder a descuentos por volumen de compra similares a los que acceden los supermercados. En cambio, para un distribuidor minorista pequeño que no goza de las ventajas de costo que tienen los supermercados dada su escala de operación, será muy difícil disciplinar vía precios a estos últimos;

Sexagésimo séptimo. Que, dado que los supermercados presentan ventajas en dos de los tres atributos más valorados por los consumidores para este tipo de compras, el establecimiento minorista alternativo sólo podría captar aquella clientela que valore significativamente más el tiempo de traslado que la conveniencia de los precios y la variedad de los productos. En otras palabras, la mayoría de los consumidores que tengan un supermercado y un comercio minorista alternativo a la misma distancia que comercialice el producto de reposición deseado, preferirá el supermercado;

Sexagésimo octavo. Que, en relación con lo anterior, es posible que una compra de reposición -aunque pequeña- cubra más de un rubro o se refiera a un producto específico, que podría no estar cubierto por la oferta del distribuidor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

minorista alternativo, aumentando en tales casos la probabilidad de que se escoja un supermercado para dicha compra de reposición. Lo esperable es que para reponer un producto específico o de una marca en especial que se ha agotado y que forma parte de las compras de *stock*, el consumidor acuda al supermercado en que realiza esas compras de abastecimiento, pues enfrenta una mayor probabilidad de encontrar dicho producto específico;

Sexagésimo noveno. Que, por lo anterior, los datos relativos al monto promedio de las compras efectuadas en los supermercados de la requerida (*ticket* promedio), no permiten concluir que los supermercados y los almacenes, botillerías, ferias y farmacias formen un mismo mercado relevante frente a la demanda por compras de reposición. Así, aunque el bajo monto de una compra puede permitir identificar una compra como de reposición –no de abastecimiento–, ello no implica que una proporción significativa de esas compras haya podido realizarse alternativamente en un canal de distribución minorista distinto del supermercado. Además, para que el argumento de la requerida fuese atendible, sería necesario contar, al menos, con información respecto del número y categoría de los productos adquiridos, toda vez que una compra de \$ 4.000 bien puede abarcar un conjunto de productos no replicable por un único comercio minorista cercano;

Septuagésimo. Que, adicionalmente, el hecho de que los locales minoristas de menor tamaño comercialicen sólo una pequeña fracción de los productos comercializados por los supermercados, implica que aquéllos no pueden competir con los supermercados con una intensidad suficiente como para ser considerados sustitutos cercanos y deben, por lo tanto, ser excluidos del mercado relevante de producto. Así, aunque el supermercado puede competir con todos los productos ofrecidos en almacenes, botillerías, panaderías y ferias, no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, estos últimos no tienen capacidad para disciplinar con efectividad los precios de una parte significativa de los productos comercializados por los supermercados, ni tampoco el *stock* suficiente de productos como para sustituir en forma relevante la demanda del supermercado;

Septuagésimo primero. Que, por lo precedentemente expuesto, este Tribunal considera que las ventajas derivadas de encontrar una gran variedad de productos en un solo lugar, en lo que se ha denominado “*one stop shopping*”, son determinantes no sólo en el caso de las compras de *stock*, sino también en las compras más infrecuentes o de reposición. Tales ventajas son propias o exclusivas de la distribución minorista realizada por supermercados que, precisamente, están

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

orientados a satisfacer las necesidades de consumidores que se dirigen *a un único lugar* para adquirir un conjunto de productos de consumo periódico en el hogar, reduciendo en forma significativa los costos de transacción asociados a las compras;

Septuagésimo segundo. Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal el mercado relevante de producto en el que participa Cencosud aguas abajo mediante locales Jumbo y Santa Isabel es el de *distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar*;

Septuagésimo tercero. Que ahora en relación con el mercado geográfico de la distribución minorista realizada por supermercados, no ha sido controvertido en autos que la competencia se da en un ámbito local determinado por la distancia que, para el consumidor, resulte razonable desplazarse para realizar compras de este tipo, tal como se desprende de los informes económicos rolantes a fojas 271 del cuaderno de medida precautoria y 999 del cuaderno principal;

Septuagésimo cuarto. Que lo anterior se desprende del hecho de que existen costos de búsqueda y de desplazamiento en los que deben incurrir los consumidores y, por lo tanto, para efectos de determinar el mercado geográfico relevante para la distribución minorista del supermercado, sólo es posible considerar la oferta disponible a una distancia razonable de desplazamiento. En términos generales, los costos de transacción y, por lo tanto, el ámbito geográfico relevante de un supermercado, varían en función de la distancia, las vías de acceso, las características geográficas, los medios de transporte y las características socioeconómicas de los consumidores;

Septuagésimo quinto. Que, al respecto, a fojas 386 del cuaderno de medida precautoria, la FNE determinó parte de las áreas de influencia y participaciones en ventas de Cencosud en función de isócronas de 10 minutos como ámbito relevante de influencia, a partir de lo cual se obtiene lo siguiente:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 3:
Participaciones (%) de mercado de Cencosud por comuna según ventas del 1° trimestre de 2007

Nº	Áreas de influencia	Rango de Participación (%)	HHI
1	La Reina		5.501
2	Maipú		5.388
3	Chillán		5.111
4	Las Condes – Providencia	[50-75]	5.284
5	Vitacura – Las Condes		4.421
6	Rancagua		4.412
7	Santiago		3.926
8	Viña del Mar		3.953
9	Santiago – Independencia		3.463
10	San Miguel – La Cisterna		4.215
11	Concepción	[25-50]	2.195
12	Maipú (*)		3.710
13	Temuco		2.966
14	La Florida		3.814
15	Talcahuano		4.055
16	Vitacura – Las Condes (*)		5.277
17	Providencia	(0-25]	4.621
18	La Florida (*)		6.677
19	Curicó		2.655

Fuente: FNE, información reservada acompañada a fojas 386 del cuaderno de medida cautelar.
(*) Corresponde a una segunda área de influencia definida en una o dos comunas aledañas

Septuagésimo sexto. Que, por su parte, a fojas 372 del cuaderno de medida precautoria, Cencosud identificó su participación en 21 áreas de influencia, definiendo el mercado geográfico como las comunas respectivas;

Cuadro N° 4:
Participaciones (%) de mercado de Cencosud por comuna, ventas y mts. de sala de ventas, abril de 2007

Comuna	Participación de Mercado	
	Ventas (%)	Mts2 Sala de Ventas (%)
La Granja	[75-100]	[75-100]
La Cisterna		
Las Condes		[50-75]
Peñalolén	[50-75]	
Viña del Mar - Con Con		
Santiago		[25-50]
Chillán		
Maipú		[0-25]
Rancagua		[50-75]
San Miguel	[25-50]	[25-50]
La Florida		[0-25]
Concepción		
Conchalí		[25-50]
Temuco		[0-25]
Talcahuano - Hualpén		
Curicó		[25-50]
Providencia		
Nuñoa	[0-25]	
Huechuraba		[0-25]
La Reina		
Vitacura		

Fuente: Cencosud, información reservada acompañada a fojas 372 del cuaderno de medida cautelar

Septuagésimo séptimo. Que una primera conclusión de la información precedente es que la participación en los mercados geográficos locales relevantes no tiene una relación directa o unívoca con la participación a nivel nacional. En el caso de autos, los datos agregados a nivel nacional tienden a subestimar la participación de la cadena requerida. Por ello, para analizar los efectos sobre la libre competencia que pueden producir o tender a producir las operaciones de concentración que realice o pueda realizar Cencosud en el mercado de distribución supermercadista minorista, es preciso considerar el análisis en ámbitos de influencia locales;

Septuagésimo octavo. Que, por lo anterior, con respecto al consumidor, no es –en principio- relevante la participación de una cadena de supermercados a nivel nacional. A modo de ejemplo, en el caso hipotético de que Cencosud hubiese adquirido el control de las cadenas de supermercados Rendic (participa con el 2,8% de las ventas nacionales) o Korlaet (1,2%) no se habría observado una modificación importante en los indicadores de concentración agregados a nivel nacional. Sin embargo, en el ámbito local, la situación sería cuantitativamente diferente, toda vez que, por ejemplo, Rendic es la empresa líder en las III y IV Regiones, con participaciones en torno al 40%; y Korlaet participa con aproximadamente el 27% de las ventas en la II Región. En consecuencia, habría que analizar los efectos de tales operaciones caso a caso, determinando las áreas de influencia en las que se superponen los locales de una y otra cadena supermercadista;

Septuagésimo noveno. Que lo anterior, en todo caso, no implica desatender aquellos efectos de la incorporación de nuevos locales de distribución minorista que se relacionan con el incremento de las economías de escala y de ámbito que la requerida puede lograr tanto en el negocio supermercadista como en los otros negocios financieros, inmobiliarios y de distribución minorista en los que participa, y con los cuales existen evidentes interdependencias y complementariedades de costo, los cuales no están circunscritos a ámbitos locales;

Octogésimo. Que una segunda conclusión que se obtiene a partir de los cuadros precedentes, es que Cencosud tiene una participación mayoritaria –igual o superior al 50% medida en ventas- en al menos seis de los ámbitos locales considerados en dichos cuadros, sea que se considere la delimitación geográfica de la FNE o la de Cencosud. A mayor abundamiento, y considerando la información

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proporcionada por la FNE, se puede deducir que los diecinueve mercados locales o áreas de influencia identificados en el Cuadro N° 3 están altamente concentrados, en diez de los cuales la requerida participa con más del 40% de las ventas;

Octogésimo primero. Que, en tercer lugar, es posible deducir que Cencosud presenta, en general, un relativamente alto nivel de eficiencia en la explotación de sus locales, obteniendo ventas por metro cuadrado superiores a las de sus competidores. Así, en general, un 1% de metros cuadrados de sala de venta en los mercados locales, representa para la requerida más de un 1% de participación en ventas. A partir de lo anterior, se puede concluir que, para analizar una adquisición o toma de control de supermercados por parte de Cencosud, son más relevantes sus porcentajes de participación en superficie de ventas, pues este dato permite dimensionar mejor los efectos potenciales de una toma de control por parte de Cencosud, ya que sería de esperar que explote los locales adquiridos con eficiencias similares a las de sus restantes locales. A modo de ejemplo, sobre la base de la información acompañada por la requerida a fojas 372 del cuaderno de medida cautelar, es posible estimar que un 1% de metros cuadrados de sala de venta en los mercados locales, representa para Cencosud en promedio más de un 1,24 % de participación en ventas, mientras que para Unimarc representa un 0,55% de las mismas. Así, en caso que Cencosud hubiera adquirido la cadena Unimarc, la simple suma de participaciones de mercado medidas en ventas podría subestimar los efectos esperados de dicha operación;

Octogésimo segundo. Que, por lo tanto, este Tribunal concluye que los mercados en los que participa la requerida están altamente concentrados, lo que se debe en forma importante a que la participación de esa empresa se ha incrementado, principalmente, por la vía de adquirir competidores;

Octogésimo tercero. Que, establecido todo lo anterior, debe tenerse presente sin embargo que los mercados altamente concentrados no son *per se* contrarios a la libre competencia, en especial cuando existen posibilidades concretas de que nuevos competidores puedan entrar o expandir sus negocios y desafiar, en plazos razonables y de forma efectiva, la posición de dominio de las empresas establecidas. Para evaluar la factibilidad de estas posibilidades, es necesario determinar si existen o no barreras de entrada o condiciones que dificulten o impidan el ingreso al negocio supermercadista; análisis que se desarrolla en las consideraciones siguientes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo cuarto. Que, a juicio de este Tribunal, los principales elementos que podrían afectar las condiciones de entrada a la industria supermercadista son: (i) las ventajas de costo de empresas con posición de dominio que impidan a los rivales o nuevos entrantes alcanzar una escala de operación suficiente para desafiar a los incumbentes en un plazo razonable; y (ii) las barreras estratégicas de entrada que, según la requirente, levantarían las empresas dominantes mediante el desarrollo de políticas de crecimiento basadas en la compra de competidores y el acaparamiento de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados;

Octogésimo quinto. Que, en cuanto a las ventajas de costos, del informe acompañado a fojas 1.817, se desprende que la operación de centros de distribución permite a las cadenas de supermercados alcanzar importantes economías de escala, de ámbito y de densidad, que provienen (i) de la distribución centralizada a numerosos locales de importantes volúmenes de producción y variedad de productos; y, (ii) de la incorporación de avances tecnológicos a los procesos de manejo de inventarios. Lo anterior permite a las cadenas de supermercados alcanzar economías de escala, ámbito y densidad en materia de logística, bodegaje y distribución;

Octogésimo sexto. Que, por otra parte, los significativos volúmenes de compras permiten a las grandes cadenas de supermercados obtener una posición ventajosa para negociar con sus proveedores, accediendo a mejores condiciones de aprovisionamiento –menores precios y/o mayor calidad de producto- que las de sus rivales con menores escalas de operación o nuevos entrantes. Este poder de compra se acentúa cuando: (i) los proveedores realizan inversiones que se transforman en costos hundidos o que son específicos a una determinada cadena de supermercados; y (ii) las marcas propias aumentan su participación en las ventas de las grandes cadenas de supermercados;

Octogésimo séptimo. Que las señaladas ventajas de costos facilitan la expansión de las cadenas dominantes a nuevos formatos de locales de venta y a otros negocios complementarios de distribución minorista destinados a satisfacer nuevos segmentos de demanda o a fidelizar a sus actuales clientes. De esta forma, los incumbentes consolidan aún más su posición de dominio en la industria, en su relación con proveedores y consumidores y, en consecuencia, disminuyen la demanda residual que puede aspirar a satisfacer un nuevo entrante. En este sentido, tanto Cencosud como D&S tienen supermercados "medianos" (Santa Isabel y Líder Vecino) y "grandes" (Jumbo, e Hipermercados y Megamercados Líder), han

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporado masivamente el negocio complementario del financiamiento, tienen programas de fidelización de clientes y, en los locales de mayor superficie, han incluido además la venta de bienes durables;

Octogésimo octavo. Que, además, las cadenas de supermercados pueden aprovechar economías de escala, ámbito y densidad, amortizando en forma más eficiente aquellos gastos e inversiones que financian actividades comunes a todos los locales de una cadena de supermercados y a los distintos negocios de distribución minorista en los que participa, tales como los gastos en publicidad y programas de fidelización;

Octogésimo noveno. Que, a juicio de este Tribunal, las mencionadas economías de costo –escala, ámbito y densidad- y mejores condiciones de aprovisionamiento de las cadenas de supermercados con un avanzado grado de desarrollo y consolidación, tienen el efecto de aumentar el tamaño mínimo eficiente de operación que permite a un entrante disciplinar con efectividad a las cadenas incumbentes y con dominio de mercado. Atendida su magnitud, y el tamaño del mercado actualmente no satisfecho por las dos cadenas dominantes, estas economías de escala se pueden transformar en una barrera de entrada relevante para rivales con menores escalas de operación o nuevos entrantes;

Nonagésimo. Que el tamaño mínimo de operación eficiente que permitiría disciplinar a la requerida se incrementa si se tiene en cuenta la participación de Cencosud en distintos formatos de distribución minorista -supermercados, tiendas por departamentos y tiendas de mejoramiento del hogar-, lo que le permite alcanzar economías de escala, ámbito y densidad mayores, atendida la existencia de un conjunto de interdependencias o complementariedades de costo entre dichos segmentos del negocio del *retail* en grandes superficies;

Nonagésimo primero. Que, por otra parte, en relación con las barreras estratégicas de entrada que levantarían las empresas dominantes mediante el acaparamiento de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, es preciso tener en cuenta que, para que un nuevo entrante pueda alcanzar el tamaño mínimo eficiente de operación, tendría que acceder a una oferta suficiente de terrenos comercialmente atractivos para la construcción de locales propios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo segundo. Que, en relación con la existencia de terrenos no explotados por Cencosud, -sobre la base de antecedentes proporcionados por esa misma empresa a la FNE y mantenidos bajo reserva por este Tribunal- se encuentra acreditada la superficie de terrenos ociosa de que dispone a nivel nacional, distribuidos en 19 comunas, además de su tenencia de otros 143 terrenos, distribuidos en 26 comunas del país, cuya superficie no fue informada. A su vez, según datos de su Memoria Anual del año 2006, Cencosud explota 715.671 metros cuadrados de sala de ventas, considerando todas las áreas o segmentos de negocio en los que participa (supermercados, tienda por departamentos y mejoramiento del hogar). Lo anterior, a juicio de este Tribunal, implica que Cencosud dispone de terrenos suficientes como para incrementar significativamente la superficie disponible de salas de venta;

Nonagésimo tercero. Que lo anterior, podría incrementar de manera relevante las dificultades –al punto de bloquear- el ingreso de competidores a las zonas más densamente pobladas y atractivas para el desarrollo de este negocio, en las cuales la oferta de terrenos aptos para instalar supermercados es naturalmente más limitada;

Nonagésimo cuarto. Que la experiencia de Carrefour en Chile constituye un indicio de la escasez relativa de terrenos con atractivo comercial y de su importancia para alcanzar el tamaño mínimo de operación eficiente. Al respecto, agentes relevantes de la industria han señalado que *“Un problema similar a J.C.Penney tuvo Carrefour. Durante el primer año, sólo abrió una tienda... Debido a que llegaron tarde al mercado, los precios de los terrenos y buenas ubicaciones ya eran muy altos. Esto significó que debían invertir mucho dinero con rentabilidades más bien bajas para crecer en Chile y ser un actor relevante en esta industria.”* (“Desafíos en la internalización del retailing: Errores de empresas internacionales en Chile (2004)” Bianchi, C. y E. Ostalé, este último actual gerente general de D&S);

Nonagésimo quinto. Que el diagnóstico mencionado es compartido por este Tribunal en la medida que es consistente con el hecho público y notorio de que Carrefour fue –hace más de ocho años- la última cadena supermercadista internacional que intentó ingresar a Chile y alcanzar una estructura de costos competitiva con la de los incumbentes mediante una política de crecimiento orgánico, esto es, instalando sus propios locales. A partir del año 2004, fecha en que Carrefour salió del mercado, en Chile no se ha observado ingreso orgánico de nuevos actores a la industria supermercadista, pues tanto Falabella como el Grupo Saieh optaron por ingresar al negocio vía adquisición o toma de control de cadenas preexistentes. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relación con este particular patrón de entrada al negocio supermercadista, cabe precisar que la sustitución entre operadores no constituye, *per se*, entrada de un nuevo competidor. Sin perjuicio de lo anterior, la sustitución de un operador ineficiente por otro eficiente podría tener el efecto de aumentar la intensidad de competencia, siempre que este último enfrente los incentivos para ello;

Nonagésimo sexto. Que, además, es de esperar que las grandes cadenas de supermercados presenten una mayor disposición a pagar por terrenos con atractivo comercial que un nuevo entrante. Lo anterior, especialmente en el caso de aquellas cadenas que participan en otras áreas de ventas de *retail*, por medio de sociedades relacionadas. En efecto, la existencia de importantes complementariedades de costos en la operación de un número importante de locales de distribución minorista supermercadista y de otras áreas de negocio del *retail*, permiten a los incumbentes con posición de dominio disponer de excedentes o rentas económicas que podrían utilizar para impedir la entrada de un nuevo operador, más aun si, lográndolo, pudiesen mantener o incluso incrementar su actual posición de dominio de mercado. Resulta indiciario de esta mayor disposición a pagar el hecho que, en los últimos concursos por la adjudicación de terrenos comercialmente atractivos -como son los casos de las ex-canchas deportivas del Colegio Craighouse, los terrenos aledaños al colegio Saint George y el terreno del colegio Nuestra Señora del Pilar-, sólo hayan participado los principales operadores del *retail*: Cencosud, D&S y Falabella, siendo el primero de ellos el adjudicatario en las tres ocasiones;

Nonagésimo séptimo. Que, en relación con lo anterior, si bien la adquisición de terrenos comercialmente atractivos y su eventual mantención como “capacidad ociosa”, por parte de Cencosud, podría tener el efecto de inhibir el ingreso de nuevos entrantes a la industria supermercadista, por la vía de acaparar un recurso escaso, constituyendo así una barrera estratégica al ingreso de nuevos actores, no se acreditó en la especie que Cencosud hubiese mantenido en el tiempo ese significativo *stock* de terrenos, pues no se cuenta con antecedente alguno respecto de las fechas en las que éstos fueron adquiridos;

Nonagésimo octavo. Que, por otra parte, en relación con las barreras estratégicas de entrada que, según la FNE, levantaría Cencosud mediante el desarrollo de una política de crecimiento basada en la compra de competidores, según se señaló anteriormente, se encuentra acreditado que la requerida efectivamente ha aumentando su participación desde un 8,7%, en el año 2002, hasta un 28,8% en el año 2006, y que ello se ha debido principalmente a la toma de control

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de competidores, tales como Santa Isabel, Las Brisas y Montecarlo;

Nonagésimo noveno. Que, además, la adquisición de las cadenas de supermercados Economax e Infante, así como la manifestación de voluntad de Cencosud de adquirir la cadena de supermercados Unimarc, revelan que, con posterioridad al requerimiento, la requerida ha persistido en una política de crecimiento que comprende la toma de control de empresas rivales;

Centésimo. Que de todo lo anterior se concluye que una política de crecimiento de Cencosud basada en la compra de competidores incrementa no sólo la concentración de la industria a favor de la requerida, sino también las dificultades que tienen los rivales con menores escalas de operación y nuevos entrantes para disciplinar con efectividad y en plazos razonables a dicha empresa, pudiendo favorecer el ejercicio de poder de mercado por parte de Cencosud;

Centésimo primero. Que, entonces, para determinar si la política de crecimiento seguida por Cencosud, basada sustancialmente en la compra de competidores, es o no contraria a la libre competencia, sería preciso establecer los casos en los cuales ésta tendría efectos actuales o potenciales negativos sobre la competencia, esto es, las situaciones en las que constituiría una conducta que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos en los mercados relevantes previamente definidos, en los términos del artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211. Para ello, se analizarán los efectos esperables de dicha conducta respecto de los proveedores y de los consumidores;

Centésimo segundo. Que así, respecto de los proveedores, a juicio de este Tribunal la política de crecimiento de Cencosud basada en la compra de competidores podría tener efectos contrarios a la competencia en el *mercado de aprovisionamiento mayorista*, atendida la importancia creciente de la requerida como canal de distribución -por el aumento progresivo de su participación de mercado en la industria supermercadista y por la creciente integración entre el negocio supermercadista y otros negocios de *retail-* y por la existencia de perceptibles barreras de entrada; todo lo cual proporciona poder de mercado a Cencosud respecto de sus proveedores, esto es, poder de compra;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo tercero. Que, entonces, el poder de compra de Cencosud se incrementa en la medida que lo hace su participación como canal de distribución y las barreras de entrada. Lo anterior se traduce en una asimetría creciente de muchos proveedores en su relación con Cencosud, la que no se observaría en condiciones más competitivas y que permite a esta última obtener mejores condiciones de aprovisionamiento –menores precios de compra-, así como incrementar los cobros a sus proveedores;

Centésimo cuarto. Que, en términos generales, el ejercicio de poder de compra en los términos señalados en la consideración precedente sólo podría tener efectos negativos sobre la competencia cuando ello incida, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos, sea mediante la reducción en las cantidades totales transadas, el aumento en los precios finales, o la reducción de las inversiones en innovación y desarrollo de nuevos productos;

Centésimo quinto. Que, sin embargo, la intensidad con que la requerida pueda efectivamente ejercer poder de compra, dependerá principalmente del tamaño de cada proveedor, del grado de sustitución entre proveedores y de las barreras de salida que enfrenten los proveedores, esto último en caso de aquéllos que hubieren realizado inversiones con valor específico a la cadena de distribución de la requerida. El grado de especificidad de tales inversiones dependerá, por un lado, del porcentaje de las ventas totales del proveedor que sea canalizado mediante la cadena de la requerida y, por otro, del valor de tales inversiones para ser usadas en transacciones con otros canales de distribución;

Centésimo sexto. Que, en este sentido, un proveedor que, a través de una o más categorías de productos, participe en una fracción importante de las ventas de la requerida, tendrá una mayor capacidad para contrarrestar el poder de compra por parte de ésta. En contraposición, un proveedor que no tenga una participación significativa en las ventas de la requerida, pero para quien Cencosud sí represente un canal de ventas importante, no tendrá una capacidad suficiente para contrarrestar el poder de compra de la requerida;

Centésimo séptimo. Que, al respecto, según los antecedentes del informe rolante a fojas 271 del cuaderno de media cautelar, la distribución del tamaño de los 1539 proveedores de supermercados de Cencosud es marcadamente asimétrica. Por una parte, los 20 proveedores más grandes participan con aproximadamente el 71% de las ventas de la requerida. Por otro lado, los 770 proveedores más pequeños

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

representan en conjunto menos del 2% de sus compras;

Centésimo octavo. Que, en el cuadro siguiente, relativo a los 20 proveedores más grandes de la requerida, se puede observar: (i) la participación de cada proveedor en las ventas totales de Cencosud; (ii) la participación de Cencosud en las ventas totales de cada proveedor; (iii) el número de categorías de productos en que está presente el proveedor; (iv) el número de categorías de productos en que el proveedor es el líder del mercado; y (v) el número de categorías de productos en que el proveedor es el segundo del mercado. A modo de ejemplo, es posible observar que Unilever participa en 24 categorías de productos y es líder en 14 de ellas, las que representan en conjunto cerca del 10% de las ventas de Cencosud;

Cuadro Nº 6
Importancia de los 20 principales proveedores en las ventas de Cencosud (2005)

Empresa	Participación individual en las ventas de Cencosud (%) (i)	Participación de Cencosud en las ventas totales del proveedor (%) (ii)	Nro. de categorías de productos en que participa (iii)	Nro. de categorías en que es líder (iv)	Nro. de categorías en que es segundo (v)
Unilever	9,47	19,53	24	14	3
Nestlé	9,41	19,48	23	13	3
Agrosuper	6,56	30,23	4	3	0
Soprole	5,03	21,50	8	3	2
Coca Cola	4,86	7,25	2	2	0
Carozzi	4,73	19,96	15	4	5
C.M.P.C	4,15	23,31	5	3	0
Watt's	4,12	23,50	8	2	2
Procter & Gamble	4,04	16,71	16	7	4
CCU	3,36	5,88	7	1	3
Tres Montes/Lucchetti	2,63	19,70	12	1	4
Aristía	2,31	26,11	4	1	0
Colún	2,12	21,45	2	1	0
San Jorge	1,82	18,02	2	0	1
Productos Fernández	1,60	25,04	6	0	2
Evercrisp / Fritolay	1,33	13,44	2	1	0
Capel	1,01	10,29	1	1	0
Kimberly Clark	1,01	15,90	3	0	1
Ideal	1,00	27,03	3	2	0
Quillayes	0,95	47,05	5	0	0

Fuente: Informe económico acompañado a fojas 271 del cuaderno de medida cautelar.

Centésimo noveno. Que, además, de los antecedentes proporcionados en el informe rolante a fojas 271 del cuaderno de media cautelar, es posible desprender que la concentración de los proveedores en las distintas categorías de productos es alta. En efecto, las ventas acumuladas de los dos proveedores con mayor participación en ventas superan el 50% en 72 de las categorías analizadas, y el 70% en 48 de ellas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo décimo. Que, considerando que los grandes proveedores suelen comercializar un conjunto de productos con valor de marca, que participan con artículos que pertenecen a distintas categorías de bienes de consumo para el hogar y que, además, participan con una fracción relevante de las ventas totales de la requerida, a juicio de este Tribunal este grupo de proveedores cuenta con adecuados contrapesos para enfrentar las negociaciones con ésta. Por lo tanto, este Tribunal considera poco probable que el ejercicio de poder de compra a su respecto, por parte de Cencosud, derive en conductas contrarias a la competencia que generen pérdidas significativas de bienestar social;

Centésimo undécimo. Que, en clara contraposición, existe un significativo número de proveedores cuya oferta, si bien contribuye a aumentar la variedad de productos de Cencosud, generalmente presenta mayores posibilidades de sustitución y, por consiguiente, son más prescindibles para la requerida. Lo anterior determina que éstos proveedores carezcan de contrapesos efectivos al enfrentar las negociaciones con la requerida y, por lo tanto, podrían verse obligados a soportar prácticas constitutivas de abuso de poder de compra como las descritas por este Tribunal en su Sentencia N° 9/2004. Así, en la medida que se incrementa la concentración del mercado a favor de la requerida por la vía de tomas de control de competidores, se reducen las alternativas de canales de distribución y, por consiguiente, el número de proveedores con poder de negociación suficiente como para alcanzar condiciones de contratación competitivas, esto es, condiciones objetivas, razonables y no discriminatorias;

Centésimo duodécimo. Que, por lo anterior, a juicio de este Tribunal, la política de crecimiento de Cencosud basada en la compra de competidores, en el contexto de una industria crecientemente concentrada y en la cual la requerida participa no sólo en el formato de venta supermercadista en grandes superficies sino también en una multiplicidad de otros formatos de venta minorista, y cuya operatoria conjunta introduce importantes barreras de entrada para nuevos competidores, tiene el efecto esperado de acrecentar el número de proveedores que no tiene poder de negociación en su relación con la requerida; y, con ello, los riesgos de que esta última abuse de su posición dominante, favoreciendo condiciones de contratación que podrían incidir, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos, sea mediante la reducción en las cantidades totales transadas, el aumento en los precios finales, o la reducción de las inversiones en innovación y desarrollo de nuevos productos por parte de los proveedores;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimotercero. Que, ahora en cuanto a los efectos respecto de los consumidores, este Tribunal estima que la política de crecimiento de las empresas incumbentes basada en la compra de competidores podría tener efectos negativos sobre la intensidad de competencia en el mercado de distribución minorista, riesgo que podría manifestarse vía incrementos de precios y/o reducciones de la cantidad, calidad y variedad de los productos ofrecidos a dichos consumidores. Sin perjuicio de lo anterior, y como se mostrará a continuación, bajo ciertas circunstancias –esto es, en el caso de reemplazo de un operador ineficiente por uno eficiente-, dicha política de crecimiento podría tener efectos positivos sobre la intensidad de competencia en el mercado relevante;

Centésimo decimocuarto. Que, en primer lugar, corresponde a este Tribunal identificar bajo qué circunstancias la política de crecimiento basada en la compra de rivales de Cencosud podría tener efectos actuales, concretos y probables para la competencia. Para ello, es necesario tener presente que la competencia en el mercado de *distribución minorista por parte de supermercados a consumidores finales* se da en un ámbito local;

Centésimo decimoquinto. Que, en relación con lo anterior, a fojas 671 y 1.817 rolan dos informes económicos, acompañados por la FNE y por Cencosud, respectivamente, los que examinan mediante un análisis econométrico la relación entre concentración y precios, considerando como mercados geográficos relevantes a distintas ciudades de Chile –cada una analizada como un mercado independiente del resto de ciudades consideradas-. Ambos estudios buscan cuantificar el efecto sobre los precios finales, que tuvieron las operaciones de concentración materializadas en la industria supermercadista durante el período 1998-2006. En el primero de los estudios, se concluye que existe “una relación positiva y significativa entre precios y concentración” y que, por lo tanto, el aumento en la concentración observado en el período 1998-2006 sería perjudicial para los consumidores, dado que éstos enfrentarían, como efecto resultante, precios más altos. En el segundo de los estudios, los autores señalan que los coeficientes estimados en el primer informe están sesgados, sobreestimando el efecto que resulta, de aumentos en la concentración industrial, sobre el precio de los productos considerados. Lo anterior, como resultado de que las grandes cadenas de supermercados –esto es, Cencosud y D&S- serían competidores distintos a otras cadenas de supermercados tradicionales, dado que las grandes cadenas presentarían costos marginales y costos medios más bajos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimosexto. Que, en efecto, el informe presentado por Cencosud obtiene resultados según se diferencie entre tres contextos de competencia: (i) primero, si en una ciudad no existe una gran cadena de supermercados, esto es, una cadena que posea un centro de distribución y en ella el “número equivalente de firmas” –esto es, $1/IHH$, donde IHH es el Índice Herfindahl Hirschmann- disminuye hipotéticamente en una unidad, entonces el precio relativo de los alimentos aumenta en 2,8%; (ii) segundo, si en una ciudad ya existe una gran cadena de supermercados, y en ella el “número equivalente de firmas” cae en una unidad, entonces la relación concentración-precio se atenúa, y el precio relativo de los alimentos aumenta en 1,4%; (iii) tercero, si en una ciudad ya existen dos grandes cadenas de supermercados, y en ella el “número equivalente de firmas” cae en una unidad, el precio relativo de los alimentos en este caso aumenta en 0,4%. Con base en este último resultado, este informe presentado por Cencosud, rolante a fojas 1.817, concluye que *“la presencia de dos cadenas con centro de distribución nacional hace caer fuertemente el precio relativo de los alimentos y atenúa la relación concentración-precio al punto de que ésta casi desaparece”*;

Centésimo decimoséptimo. Que, a mayor abundamiento, a partir de sus estimaciones, todos los informantes citados simulan el efecto que sobre los precios tendrían las operaciones de concentración analizadas en el requerimiento de autos. El cuadro siguiente muestra los incrementos de precios esperados de las adquisiciones analizadas en el requerimiento de autos por cada uno de los informes;

Cuadro N° 5:
Relación entre aumento de concentración y aumento de los precios.
Evaluación de las operaciones analizadas en el requerimiento
(Cambios % proyectados en los precios a consumidor final)

Comunas	Informe presentado por FNE	Informe presentado por Cencosud
Antofagasta ¹	7,9	0,9
Antofagasta ²	4,3	0,7
Copiapó ³	2,7	0,3
La Serena ³	4,4	0,5
Santiago ⁴	0,4	0,1
Talca ⁵	8,1	1,1
Linares ⁵	3,3	0,4

Fuente: Informe económico acompañado a fojas 1.817. (1) Cencosud adquiere Korlaet e Infante; (2) D&S adquiere a Korlaet; (3) D&S adquiere a Deca y Rendic; (4) Cencosud adquiere a Economax; (5) D&S adquiere a El Pilar.

Así, a modo de ejemplo, según el cuadro anterior, la toma de control de Korlaet e Infante por parte de Cencosud produciría un aumento de los precios de los alimentos en Antofagasta del orden de 7,9% según las estimaciones del informe presentado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por la FNE, y de 0,9% según las del informe acompañado por Cencosud;

Centésimo decimoctavo. Que, de lo precedentemente expuesto, y sin perjuicio de las magnitudes de los coeficientes estimados en los informes referidos, la evidencia citada proporciona sustento empírico a la hipótesis de que la disminución en el número de competidores en el ámbito local de competencia producirá, en términos esperados y estadísticamente significativos, un aumento en los precios a consumidor final, dando con ello sustento fáctico, en este caso, a la relación estándar de los modelos de competencia imperfecta;

Centésimo decimonoveno. Que, por otra parte, y ahora en el caso de que Cencosud no participe previamente en el mercado geográfico del potencial adquirido, este Tribunal estima que, en el corto plazo, dicha operación no debiera producir un aumento de los precios a consumidor final, especialmente en el caso de que el potencial adquirente sea más eficiente que la empresa adquirida y que, adicionalmente, el adquirente tenga incentivos suficientes para traspasar su mayor eficiencia a los consumidores;

Centésimo vigésimo. Que, en efecto, Cencosud es una cadena de supermercados distinta a las cadenas regionales y a otros operadores tradicionales con menores -y menos diversificadas- escalas de negocio, debido a que su operación con centros de distribución, junto con una ventajosa posición para negociar con sus proveedores, le permiten muy probablemente alcanzar una estructura de costos marginales y costos medios más bajos que los costos de operadores tradicionales en el negocio supermercadista. Sin perjuicio de lo anterior, el traspaso de tales mayores eficiencias al consumidor final, por la vía de menores precios, mayores calidades y/o mayor variedad de productos, dependerá en definitiva de que en el ámbito de competencia local existan suficientes incentivos para competir con otros rivales supermercadistas;

Centésimo vigésimo primero. Que, a modo de ejemplo, en el documento de investigación *“Entry and Prices: Evidence from the Chilean Supermarket Industry”*, disponible en <http://ideas.repec.org/p/ioe/doctra/299.html>, se utiliza información de precios de 52 productos alimenticios, estimando el efecto que tendría, sobre dichos precios, la entrada de una gran cadena de supermercados en mercados locales definidos a nivel de ciudades, considerando a cada una de estas como un mercado local independiente. Sus resultados muestran que la entrada de una gran cadena disminuye el precio esperado de la canasta de alimentos entre 5% y 10%. En una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

similar línea de análisis, el informe económico acompañado por Cencosud obtiene que la entrada de una primera cadena con un centro de distribución a nivel regional (multi-ciudad) redundaría en una caída de 10,8% en el precio relativo de los alimentos; y si a este primer entrante se agrega ahora una segunda gran cadena con centro de distribución regional, el precio relativo esperado de los alimentos cae 20,9% como efecto total;

Centésimo vigésimo segundo. Que, habida cuenta de las consideraciones precedentes, resulta evidente a este Tribunal que el efecto final sobre el bienestar del consumidor que resulta de una política de expansión basada en la compra de competidores, requiere ser analizado caso a caso; específicamente, determinar quiénes son los competidores en el mercado geográfico relevante, así como cuáles son las condiciones de entrada al mismo;

Centésimo vigésimo tercero. Que, por todo lo expuesto, esto es, atendida la creciente concentración de los mercados en los que participa la requerida, las perceptibles barreras de entrada y la posición que Cencosud ocupa en esos mercados, y los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de la requerida, en cuanto incrementa las dificultades de los rivales de ingresar y disciplinar sus comportamientos y, al mismo tiempo, introduce riesgos significativos de abuso de poder de mercado que son aptos para incidir negativamente y, en forma no transitoria, sobre los precios, la cantidad, calidad y variedad de los productos comercializados por los supermercados, este Tribunal acogerá el requerimiento de autos sólo en cuanto, conforme a la evidencia reunida en autos, declarará que las estrategias de crecimiento de la requerida basadas en la toma de control de empresas rivales en algunos casos tiende a restringir o entorpecer en forma significativa la libre competencia, en los términos del artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211;

Centésimo vigésimo cuarto. Que, atendidas las interdependencias y complementariedades que existen entre las distintas áreas de negocio en las que participa Cencosud, y que los efectos de una mayor concentración en una de ellas, inciden en la intensidad de competencia de las restantes, este Tribunal estima deseable, por las mismas razones que hacen procedente la obligación de consultar en la industria supermercadista, que Cencosud consultara las operaciones de concentración relativas a la adquisición o toma de control de cadenas de tiendas por departamento y de mejoramiento del hogar. Sin embargo, atendido que el requerimiento y los antecedentes reunidos en autos se refieren sólo al segmento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

supermercadista, este Tribunal sólo adoptará la medida a que se refiere la consideración siguiente;

Centésimo vigésimo quinto. Que, por lo dicho, y habida cuenta de que los efectos que para la competencia puedan producirse con motivo de cada operación de concentración en que la requerida decida participar, deben ser analizados caso a caso, atendiendo a las particulares características de las empresas que esa concentración involucre y de los mercados locales en que incida, se impondrá a Cencosud la obligación de consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N°211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración -esto es, la adquisición o toma de control de un operador en la industria supermercadista- en que intervenga directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 5º, 18º N° 1); 22º, inciso final; 25º, 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, artículos 100 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

En cuanto a la tacha:

1) Rechazar la tacha opuesta por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 806, respecto de don Pedro Manuel Colombo;

En cuanto al fondo:

2) **ACOGER** el requerimiento de fojas 208, interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se ordena a Cencosud S.A. consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores; y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3) No condenar en costas a la requerida por no haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 101-06.

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