



Andrés Fuchs N.
11/05/11
1903
Fuchs
c/a copia

EN LO PRINCIPAL: Interpone asunto de carácter no contencioso que indica.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Solicita medida precautoria.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL TERCER OTROSÍ: Acompaña versiones públicas.

EN EL CUARTO OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

En virtud de lo establecido en los artículos 18 número 2), y 31 del Decreto Ley N° 211, interpongo el presente asunto de carácter no contencioso, a fin que ese H. Tribunal se pronuncie respecto de los eventuales efectos anticompetitivos que pudiere generar la adquisición de un supermercado ubicado en la localidad de Frutillar (en adelante, **la Adquirida**), por parte de una filial de **SMU S.A.** (en adelante, respectivamente, **la Operación y SMU**).

I. ANTECEDENTES DE LA OPERACIÓN

1. Con fecha 6 de abril de 2011, Rendic Hermanos S.A., filial de SMU, informó *de manera confidencial* a la Fiscalía Nacional Económica que, con fecha 5 de abril de 2011, celebró un contrato de promesa de compraventa en virtud del cual se obliga a adquirir la totalidad del negocio en marcha de un supermercado, ubicado en la comuna y ciudad de Frutillar, Región de Los Lagos.
2. Las partes involucradas en la Operación son, de un lado, Rendic Hermanos S.A., como promitente comprador, y la sociedad propietaria de la Adquirida, por otro, como promitente vendedor.
3. Rendic Hermanos S.A. es una sociedad anónima cerrada, propietaria de las cadenas nacionales de supermercados Unimarc y Mayorista 10, entre otras.

Rendic es controlada por SMU, sociedad anónima cerrada, que explota el negocio de supermercados, el giro inmobiliario y, desde fecha reciente, el ámbito de las tiendas de mejoramiento del hogar y de comercialización de materiales de construcción¹. Se trata de una sociedad controlada por los empresarios Álvaro Saieh, Juan Rendic y Enrique Bravo, a través de las empresas Inversiones Retail Holdings S.A., Rendic S.A., y Bravo y Cía. Dos S.A., respectivamente.

4. SMU es el tercer actor, a nivel nacional, en el rubro de supermercados. Con una agresiva estrategia de expansión, ha adquirido, desde su ingreso al mercado a fines de 2007, más de 40 cadenas de competidores, alcanzando actualmente más de un 20% de participación en las ventas a través de supermercados.
5. Los antecedentes de la sociedad -hasta la fecha- propietaria de la Adquirida, constan en el Anexo Confidencial acompañado en un otrosí.
6. El objeto del contrato prometido comprende la compra por parte de SMU de todos los activos, tangibles e intangibles (distintos de los inmuebles) con los que actualmente opera la Adquirida. El instrumento consigna que la operación se realiza para permitir al comprador operar, con los activos que adquiere², un local propio de supermercado.
7. Como es usual en la adquisición de cadenas por parte de SMU, ésta no compra para sí el inmueble en que actualmente opera la Adquirida, sino que lo toma en arriendo por un plazo de 40 años, reteniendo la propiedad del mismo su dueño actual.
8. Cabe agregar que SMU opera actualmente un local de Unimarc en la misma localidad en calidad de arrendatario. En virtud del contrato de promesa, SMU se compromete a adquirir el inmueble en que opera el local de Unimarc en Frutillar y ofrece irrevocablemente a la sociedad propietaria de la Adquirida

¹ Tal y como ha informado la prensa, SMU adquirió los 23 locales con que cuenta la cadena Construmart, el 28 de enero recién pasado.

² Que incluyen, de acuerdo con el contrato, bases de datos, patentes de alcoholes y comerciales, mobiliario, equipos computacionales, equipos de refrigeración, software, equipos de iluminación, maquinaria, góndolas, cajas registradoras, insumos, carros para supermercados, etc.

una opción para comprar dicho local, opción que se haría efectiva en la misma fecha en que pretende celebrarse el contrato prometido.

9. Para los efectos de suscribir el contrato definitivo, las partes estipularon el día **18 de mayo de 2011**, denominándolo como 'Fecha de Cierre' en el acuerdo acompañado. La convención faculta a ambas partes a prorrogar dicha fecha por una vez, por un plazo máximo de 60 días, debiendo para ello invocar una causa justificada y dar aviso con una anticipación no menor a 15 días a la fecha original de cierre.
10. Entre las condiciones a que se encuentra sujeta la celebración de dicho contrato se cuenta, de acuerdo con el apartado sexto del contrato preparatorio, "*Que consultada la operación objeto de este instrumento ante la Fiscalía Nacional Económica (FNE) o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ninguno de los señalados organismos estatales -o cualquier otro- nieguen, dilaten, restrinjan, o retarden la adquisición de la Cadena [Adquirida] (...)*".
11. Como se mostrará en los apartados siguientes de esta presentación, la Operación produce una alteración en los niveles de concentración del mercado, revelando que, al menos a nivel estructural, la operación puede resultar riesgosa para la competencia, en tanto quedan dos actores en vez de tres. Con el objeto de que tales riesgos sean ponderados por ese H. Tribunal es que se formula la presente Consulta.

II. ANÁLISIS DEL MERCADO

II.1. Descripción de la Industria

12. Frutillar es una comuna ubicada en la ribera poniente del Lago Llanquihue, en la Región de Los Lagos y contaba, al año 2002, con 15.525 habitantes, según el censo practicado ese año.
13. Operan en la comuna tres supermercados, dos de tamaño mediano y uno pequeño, cuyas especificaciones constan en el Anexo Confidencial.

14. Los tres supermercados individualizados se encuentran bastante próximos entre sí, según consta en el Anexo Confidencial.

II.2. Mercado Relevante

15. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado³.
16. Es pertinente señalar que la presente Consulta no toma en consideración los eventuales efectos de la operación de cara a proveedores, toda vez que la localidad en que se emplaza la empresa adquirida resulta marginal en el poder de compra general de los supermercados, aún utilizando la versión más estrecha de las posibles definiciones del mercado relevante geográfico. Así, el mercado relevante donde pudieran verificarse eventuales efectos contrarios a la libre competencia se considera solamente de cara a consumidores finales.

Mercado Relevante del Producto

17. En concordancia con lo señalado por el H. Tribunal en su Sentencia N°65/2008, esta Fiscalía considera que el mercado relevante del producto es el de *aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales*⁴.

³ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales; Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

⁴ Ver Sentencia N° 65/2008, en su Considerando Septuagésimo Segundo y Resolución N° 33/2011, Considerando 7.10. Es pertinente señalar, en relación con las compras de reposición o imprevistas, que si bien éstas son realizadas tanto en el segmento supermercadista como el canal tradicional u otros canales de distribución minorista, ello no necesariamente significa que los otros canales de distribución minorista tengan la posibilidad efectiva de disciplinar a los supermercados, tal y como lo reconoce ese H. Tribunal en su Sentencia N°65/2008. Lo anterior, teniendo presente que los supermercados exhiben una serie de atributos que les otorgan ventajas difícilmente imitables por los otros canales de distribución. En este sentido, y dada la

Mercado Relevante Geográfico

18. De cara a consumidores se considera que el mercado geográfico relevante es eminentemente local⁵, por cuanto el ámbito espacial relevante para un supermercado se ve limitado por la existencia de costos de búsqueda y de desplazamiento, que restringen la distancia que razonablemente el consumidor está dispuesto a trasladarse para realizar sus compras⁶.
19. Para el análisis de la presente operación, y de modo preliminar, esta Fiscalía considerará que el mercado relevante geográfico afectado corresponde a la ciudad de Frutillar y sus alrededores, sin contar las ciudades aledañas.
20. Dicha definición es consistente con la jurisprudencia de ese H. Tribunal. A modo de ejemplo, puede mencionarse la Resolución N° 33/2011, en que se consideraron como mercados relevantes distintos las ciudades de Rancagua, Graneros, Doñihue y San Francisco de Mostazal, no obstante su cercanía geográfica, siendo el caso más evidente el de las ciudades de Graneros y Rancagua, separadas por tan solo 12 kilómetros⁷.

II.3. Concentración y Umbrales

21. Esta repartición ha definido las operaciones de concentración como *“las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa o a formar parte de un mismo grupo empresarial”*⁸. Se entiende que una operación de concentración tiene

evidencia tenida a la vista por el H. Tribunal en el fallo citado, las ventajas del segmento supermercadista frente a los demás canales de distribución minorista permiten concluir que estos últimos no pueden competir con la intensidad suficiente como para ser considerados sustitutos cercanos, y formar parte de un mismo mercado relevante (Sentencia N° 65/2008, en sus Considerandos Sexagésimo quinto a Septuagésimo segundo).

⁵ Sentencia N° 65/2008, en su Considerando Septuagésimo tercero.

⁶ Sentencia N° 65/2008, en su Considerando Septuagésimo cuarto.

⁷ Ver considerando 7.11. de la Resolución aludida.

⁸ *Op. cit.* nota 3, p. 11.

carácter *horizontal* cuando las empresas involucradas son competidoras en el mercado relevante.

22. A primera vista, podría parecer que la Operación consultada no es propiamente una de concentración, pues SMU, a la vez que adquiere el negocio en marcha de la Adquirida, se deshace por su parte del local de Unimarc que actualmente opera en el mercado relevante geográfico, el que adquirirían -en la misma fecha de cierre- los actuales dueños de la Adquirida.
23. Hasta aquí, la Operación parece más una de sustitución de dos actores entre sí que una operación de concentración propiamente tal.
24. Sin embargo, dos cláusulas del contrato de promesa hacen que el mercado necesariamente se concentre producto de la Operación. Ello, por cuanto el instrumento asegura que los actuales dueños de la Adquirida no puedan destinar el local actual de Unimarc a la explotación del giro supermercadista y/o mayorista, a la vez que da seguridad a SMU de que dicho local no pueda ser vendido o arrendado a un tercero, para el ejercicio del mismo giro, sin que antes sea ofrecido a SMU.
25. En cuanto a lo primero, la cláusula 3.10 establece que "*Asimismo, será obligación de don [] [representante legal de la sociedad propietaria de la Adquirida] suscribir un compromiso por el cual se obligue a no competir directa o indirectamente con el Comprador en el giro supermercadista y/o mayorista con autoservicio en la comuna de Frutillar por un período de 2 años*".
26. Si bien la cláusula cumple con lo establecido -para disposiciones de esa naturaleza- por esta Fiscalía y SMU en el Acuerdo Extrajudicial aprobado por ese H. Tribunal en resolución de fecha 20 de julio de 2010⁹, lo cierto es que -en los hechos- aquella confiere a la Operación la aptitud para concentrar el mercado, pudiendo traer consigo efectos nocivos para la competencia. En efecto, sin la señalada cláusula de no competir, en la especie, estaríamos en presencia de un mero enroque de locales entre dos

⁹ Rol AE N° 02-2010.

- de los actuales actores del mercado y la decisión de seguir en el rubro supermercadista la tomaría libre e independiente cada uno de los actores que participa en la Operación.
27. Dicho de otro modo, aún cuando en sí misma pueda no ser reprochable desde el punto de vista competitivo, -para este caso particular- dicha cláusula producirá una concentración en el mercado, eliminando uno de los tres competidores que hoy participan de él, lo que eventualmente podría traer aparejados efectos nocivos para la competencia.
28. Otro tanto sucede con la cláusula 4.4 del mismo instrumento, que expresa *“El Vendedor [la propietaria de la Adquirida] se obliga desde ya, en caso que desarrollen en el futuro un proyecto inmobiliario que involucre la venta o arriendo de un local para supermercado, a ofrecer la venta o arriendo del supermercado que forma parte de dicho proyecto primeramente a la Compradora [Rendic Hnos.], a precios y condiciones de mercado. En caso de no acordar las Partes dichos precios y condiciones, el Vendedor podrá ofrecer libremente la venta o arriendo de dicho supermercado a terceras partes. En todo caso, en el evento de recibir el Vendedor una oferta de un tercero para arrendar o comprar un supermercado en algún proyecto inmobiliario de su propiedad, deberá el Vendedor comunicar dicha oferta a la Compradora, la que tendrá un plazo de 30 días corridos para comunicar por escrito a el Vendedor su decisión de arrendar o comprar en condiciones a lo menos iguales o superiores a las contempladas en la oferta del tercero, y en caso afirmativo, la Compradora y el (sic) estarán obligados a celebrar dicha compraventa o arriendo, según corresponda. Si dentro del plazo indicado la Compradora no informare por escrito al Vendedor su decisión de comprar o arrendar, o bien informare en esa forma y plazo que no arrendará o comprará, el Vendedor quedará en absoluta libertad para proceder con dicha venta o arriendo”*.
29. En suma, lo que la cláusula precitada permite a SMU es impedir -si tiene disposición a pagar por ello- que el inmueble en que actualmente opera el Unimarc de Frutillar, o cualquier otro supermercado con que cuente la propietaria de la Adquirida en el futuro, sea adquirido por un tercer

competidor que pretenda desafiar a los incumbentes en el mercado. Todo ello sin límite temporal ni espacial de ninguna especie.

30. De este modo, la operación consultada supondrá la eliminación de un actor en el mercado, y con ello una concentración del mismo, con sus consiguientes riesgos.
31. La alteración de los niveles de concentración producto de la Operación son exhibidos a continuación. Las participaciones de mercado de cada actor fueron medidas tanto en ventas como en metros cuadrados, y los niveles de concentración pre y post operación son expresados utilizando el Índice Herfindhal Hirschman (HHI)¹⁰. La variación de las participaciones de mercado es estimada suponiendo que las ventas del local actual de SMU se distribuirán proporcionalmente entre los dos supermercados restantes, y que el rendimiento por metro cuadrado de SMU será similar al que posee la Adquirida actualmente.

Cuadro N°1:
Participación de mercado pre y post operación en Frutillar
[●]

Se acompaña en Anexo Confidencial

32. Como se observa, los niveles de concentración del mercado y la variación que en los mismos se verifica producto de la operación consultada superan ampliamente los umbrales normalmente considerados como competitivamente inocuos por esta Fiscalía¹¹.
33. Es pertinente agregar que la forma utilizada para el cálculo de las participaciones de mercado posteriores a la materialización de la operación probablemente subestime la verdadera porción del mismo que pasaría a

¹⁰ Para medir la participación en ventas de SdS se utilizaron las ventas del año 2009; para las de Eco Market las de marzo de 2010 a febrero de 2011; y para las de SMU las de 2010. Solicitados a SMU datos que permitieran comparar los mismos periodos, ésta se excusó de aportarlos señalando que no contaba con ellos.

¹¹ Como es de público conocimiento, esta Fiscalía estima que en mercados altamente concentrados (con HHI superior a los 1800 puntos,) una operación que produce variaciones superiores a los 50 puntos excede los umbrales definidos como probablemente exentos de riesgos competitivos. Ver la Guía citada en la nota 6.

ostentar SMU, por las razones que se señalan en el anexo confidencial que se acompaña a esta presentación.

34. Como se dijo, los niveles de concentración resultantes y su variación superan los umbrales seguros utilizados por esta Fiscalía, y es de esperar que una proyección más realista que la que los datos disponibles han permitido a esta repartición los superen por una brecha aún más amplia.

II.4. Condiciones de Entrada

II.4.1. Barreras a la Entrada

35. En este mercado no existen propiamente barreras legales, sin perjuicio que los permisos municipales necesarios para edificar y ejercer la actividad comercial pueden retardar el ingreso.
36. Por otra parte, para la FNE son costos hundidos aquellos que la empresa no puede recuperar en un plazo razonable al salir del mercado.
37. Como esta Fiscalía ha señalado con anterioridad, los principales costos hundidos asociados a esta industria son, en primer lugar, la inversión en estudios necesarios para adoptar la decisión de emplazamiento de locales, y, en segundo lugar, los gastos en publicidad, creación de marketing y reputación que se precisan para consolidar la presencia de cara a los consumidores, de manera tal que sea posible desafiar a los incumbentes.
38. Particularmente el H. TDLC, en su Sentencia N° 65/2008, se ha referido a las ventajas de costo que exhiben los supermercados que han alcanzado economías de escala de importancia, como una importante barrera a la entrada en esta industria¹².

II.4.2. Tiempo y Suficiencia

¹² Considerando 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."

39. La manera más utilizada para ingresar al mercado es la compra de alguna de las cadenas de supermercados en operación (*vehículo* de ingreso). De hecho, los únicos ingresos al mercado que han logrado permanencia en el mismo en el último tiempo, a nivel nacional, corresponden a Falabella (que realizó dicha entrada mediante la adquisición de Supermercados San Francisco), SMU y Southern Cross¹³.
40. La necesidad de un vehículo para alcanzar una entrada suficiente a la industria supermercadista se vincula con un elemento esencial para una penetración exitosa en la industria de retail: la obtención de economías de escala que permitan operar eficientemente a nivel nacional.
41. Estas economías se consiguen con el incremento de producción y el consiguiente mejor aprovechamiento de insumos, lo cual redundaría en un menor costo unitario; en otras palabras, producir grandes volúmenes genera costos medios decrecientes. En la industria de los supermercados, tales economías se dan principalmente en lo relativo a frigorización, bodegaje, manejo de inventarios y distribución de las mercaderías. Adicionalmente, una mayor escala redundaría en un incremento de los volúmenes de compra, situación que posibilita la obtención de mejores condiciones de precio de parte de los proveedores.
42. Cabe hacer presente a ese H. Tribunal que, atendidos los plazos involucrados en el presente caso, esta Fiscalía no cuenta a la fecha con información de la existencia de terrenos aptos para la instalación de nuevos competidores, de escala nacional, como son Wal-Mart y Cencosud, los que podrían eventualmente ingresar con formatos menores, de acuerdo a la escala y poder adquisitivo de la ciudad, como sus supermercados Ekono y Santa Isabel.

II.4.3. Comportamiento Estratégico

43. Las condiciones de entrada con que se enfrentarían potenciales nuevos entrantes podrían verse hasta cierto punto afectadas, si se tiene en cuenta

¹³ Por su parte, la estrategia de crecimiento de SMU y Southern Cross se ha basado casi exclusivamente en la adquisición de competidores.

que un terreno apto para la explotación de supermercados, como es el que SMU vende a la propietaria de la Adquirida producto de la operación, no podrá ser comprado por terceros sin que se le otorgue previamente la opción a SMU de adquirirlo. Lo anterior, sin límite de tiempo¹⁴.

III. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

44. El incremento en el poder de mercado, y los eventuales riesgos a la competencia asociados a éste, dependen del nivel de concentración de la industria, su incremento a partir de la operación de concentración, de la participación de mercado que adquiere la empresa concentrada y la de los restantes actores, así como de las condiciones de entrada a ese mercado.
45. Además de lo anterior, el riesgo para la competencia también depende de la conducta que sigan las empresas que operen finalmente en el mercado, una vez materializado el proceso de concentración.

III.1. Riesgos Unilaterales

46. De acuerdo con los antecedentes recabados por esta Fiscalía, los riesgos unilaterales de cara a consumidores provenientes de las operaciones analizadas, entendiendo por tal la aptitud de SMU para subir los precios o afectar cualquier otra variable competitiva con independencia de las decisiones de su competidor, se encontrarían acotados por la posible respuesta de sus competidores.

III.2 Riesgos de Coordinación

47. Según se indicó, la operación objeto de esta Consulta no implica un riesgo de abuso unilateral, por cuanto el otro competidor podría poseer características que le permitirían, al menos en teoría, limitar las decisiones de alzas de precios unilaterales que adopte SMU. Ahora bien, que dicho

¹⁴ Aún cuando podría argumentarse que la sala de ventas que SMU puede adquirir en forma preferente es de un tamaño relativamente menor al de los dos supermercados existentes, y que, con tal estipulación, la entrada que podría bloquear SMU haciendo uso de ese derecho es de una escala insuficiente para disciplinar a los actores existentes, cabe hacer notar que la sala de ventas del local actual de SMU ocupa menos del 33% de la superficie del inmueble en que está emplazado. Esta Fiscalía no descarta que la cláusula precitada pueda alzar una barrera artificial a la entrada de nuevos actores al mercado.

competidor pudiere exhibir la habilidad de restringir eventuales comportamientos perjudiciales de los consumidores de parte de su única competidora, no significa que tenga el incentivo para hacerlo.

48. Así, las empresas, conscientes de los efectos de sus acciones sobre su competidor, podrían intentar coordinar sus acciones de modo de maximizar sus utilidades de manera conjunta. Una forma de hacerlo es iniciar alzas de precios por sobre el nivel competitivo, señalizando a su competidor de que desea ser seguido. Si el competidor comprende estas señales, ambas empresas podrían alzar de manera coordinada sus precios obteniendo utilidades sobrenormales, incluso sin la necesidad de comunicación explícita¹⁵. Asimismo, las empresas podrían directamente llevar a cabo acuerdos de precios de manera más directa, a través de anuncios de alzas de precios o mediante un acuerdo explícito.
49. Las potenciales conductas descritas claramente restringen la competencia y, precisamente, es uno de los objetivos primordiales del control de fusiones prevenirlas¹⁶, ya que producen efectos perjudiciales tanto en la eficiencia de los mercados como en el bienestar del consumidor final¹⁷.
50. Considerando lo anterior, entonces, es necesario observar si la operación aumenta la probabilidad de éxito de la coordinación en precios entre empresas. En efecto, de efectuarse la operación, tres factores aumentan dicha probabilidad: i) disminución del número de competidores ii) aumento de la concentración de mercado, y iii) mayor simetría entre empresas en el mercado.
51. En cuanto al primer factor, no cabe duda que la reducción en el número de competidores hace más probable la coordinación, cuando las firmas son simétricas; ya que es más fácil lograr acuerdo en cuanto a precios y

¹⁵ Ver: Chamberlin, E. (1929) "Duopoly: Value where sellers are few", The Quarterly Journal of Economics, Vol.44, No.1, pp. 63-100.

¹⁶ "El control de fusiones permite prevenir la formación de estructuras que eventualmente pueden llevar a coordinación, tanto expresa como tácita", ver Tapia, Javier, Horizontal Anticompetitive Agreements (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia) (July 29, 2009). LIBRE COMPETENCIA Y RETAIL, P. Montt & N. Nehme, eds., Editorial Legal Publishing, 2009.

¹⁷ Ver "Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws", OECD, abril 2002.

cantidades y, a la vez, detectar desviación¹⁸. Tal como se ha señalado en esta presentación, la operación consultada precisamente reduce el número de competidores de tres a dos.

52. Por su parte, la mayor concentración de mercado tras la operación, permitiría que las empresas, actuando de manera conjunta, sean capaces de elevar y mantener precios a niveles anticompetitivos, dejando sin alternativas al consumidor. En efecto, en la operación consultada, las empresas cubren en conjunto la totalidad del mercado (100%), aumentando con esto el nivel de concentración de mercado por sobre los límites considerados como aceptables por la FNE¹⁹.
53. Adicionalmente, cabe señalar que una asimetría entre las firmas reduce la probabilidad de coordinación exitosa, por cuanto las empresas tendrían diferencias en sus preferencias acerca de precios y cantidades, además de estar afectas a diferentes shocks de oferta y demanda²⁰.
54. En resumen, H. Tribunal, la operación consultada aumenta los riesgos de coordinación, ya sea tácita o explícita. A continuación, se estudia si existen suficientes contrapesos a estos riesgos.

II.3. Posibles Contrapesos a los Riesgos

55. Asimismo, el análisis de los efectos competitivos de una operación de concentración exige una mirada a los posibles contrapesos a los riesgos que la operación pueda traer, tal como fueron identificados en el apartado anterior.
56. Así, no es posible descartar que la operación de la Adquirida por parte de una cadena con un centro de distribución nacional, con importantes economías de escala y premunida de importantes instrumentos tecnológicos y de conocimiento, pueda traer consigo importantes eficiencias, permitiendo

¹⁸ Ver: Compte, O., Jenny, F. and Rey, P. (2002), "Capacity constraints, mergers and collusion", *European Economic Review*, vol. 46, pp. 1-29.

¹⁹ Guía citada en la nota 3.

²⁰ Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

que los factores de competencia mejoren para el consumidor final producto de la operación.

57. Asimismo, es posible que la realidad del negocio que deja de operar por obra de la Operación no fuera económicamente viable en el tiempo y, de esta forma, la desaparición del mismo se hubiera necesariamente producido por la operación normal del mercado, no siendo imputable la concentración a la Operación.
58. Sin embargo, estas son materias que, para resultar probadas, requieren de una serie de antecedentes y de un tiempo de análisis que sólo puede ser provisto en el contexto de un procedimiento no contencioso como el que la presente consulta pretende incoar.
59. Por último, es necesario plantear que no existe presencia en la ciudad de otros actores con presencia nacional relevantes, como son Wal-Mart y Cencosud, los cuales podrían disminuir los riesgos de aumento en los precios como potenciales entrantes. Esta Fiscalía no cuenta con la información necesaria para testear si esta amenaza de entrada es real como para disciplinar a los actores incumbentes.

IV. CONCLUSIONES

60. En suma, la evidencia de estructura del mercado -única que esta Fiscalía ha podido observar entre que la operación fue comunicada y la fecha de esta presentación, tan próxima a la consumación de la operación- muestra riesgos competitivos derivados de la operación que por este acto es sometida al conocimiento de ese H. Tribunal.
61. En una resolución reciente, con ocasión de una consulta sometida a su conocimiento a propósito de una operación de concentración en la misma industria, ese H. Tribunal, luego de descartar riesgos competitivos derivados de la operación basados en la estructura de los mercados, señaló: *“Dado que en este caso particular no se observan riesgos competitivos derivados de la operación consultada, este Tribunal no considera necesario que las consultantes demuestren los beneficios que los consumidores percibirían al*

concretarse la misma, como sí se exigiría en casos en que se perciben riesgos para la competencia²¹.

62. La operación sometida a consulta por este acto es una en que los riesgos competitivos basados en la estructura del mercado son claros. Un análisis acucioso de los efectos que sobre la competencia pueda tener la adquisición del supermercado materia de esta Consulta por parte de SMU debe, por tanto, ser llevado a cabo. Los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía no fueron concluyentes para descartar que los riesgos estructurales pudieren ser contrarrestado por posibles eficiencias.
63. La fecha contemplada para que la operación se concrete hace imposible que esta Fiscalía pueda, en el marco de sus facultades, analizar con detención los potenciales efectos de la operación. La consulta que esta presentación pretende activar tiene por objeto, precisamente, que ese H. Tribunal, en el ejercicio de sus facultades, se pronuncie sobre los efectos competitivos que de ella se derivan y pueda, en definitiva, aprobarla con o sin modificaciones o, en su caso, rechazarla.

POR TANTO, de conformidad con los antecedentes expuestos y con arreglo a lo establecido en los artículos 18 número 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, así como las demás normas aplicables,

SÍRVASE EL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por interpuesto el presente asunto de carácter no contencioso, someterlo al procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 y, en definitiva, pronunciarse sobre los efectos que la adquisición del negocio en marcha del supermercado de la ciudad de Frutillar antes referido, por parte de una filial de SMU S.A., pueda tener en materia de libre competencia.

PRIMER OTROSÍ: Conforme al mérito de lo expuesto en lo principal de esta presentación, de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley N° 211, de lo

²¹ Resolución N° 33/2011 de ese H. Tribunal, pronunciada con fecha 24 de enero de 2011, recaída sobre la "Consulta de Cencosud S.A. y otro sobre los efectos en la competencia derivados del arrendamiento de cinco locales de supermercados...". El énfasis es agregado.

establecido en el Auto Acordado N° 5 de ese H. Tribunal, y teniendo especialmente presente que el numeral 2° del artículo 18 del Decreto Ley citado, permite a ese V.S. fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en los hechos, actos o contratos sometidos a su conocimiento; sírvase V.S. decretar, como medida precautoria, y mientras dure el procedimiento de carácter no contencioso a que da inicio esta presentación, que la operación a que ésta refiere no pueda celebrarse, ejecutarse o concluirse sin que previamente se encuentre a firme la resolución que dicte el H. TDLC respecto a la presente consulta, y en la forma establecida por ésta.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito se sirva ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

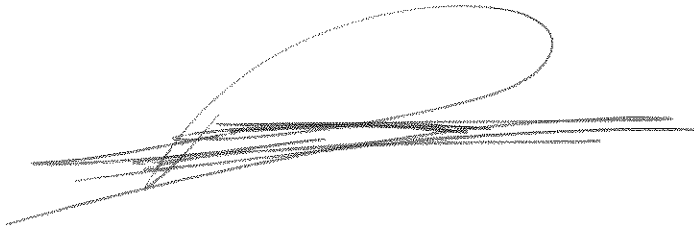
- a. Anexo Confidencial, el cual contiene las referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación.
- b. Misiva suscrita por don Felipe Kortmann Cordero, Fiscal de Rendic Hermanos S.A., fechada el 6 de abril de 2011, en que se comunica a la FNE la operación consultada por este acto.
- c. Copia del contrato de promesa de compraventa acompañado a la misiva individualizada en el numeral anterior.
- d. Copia del ORD. N° 0580 de esta Fiscalía, de fecha 21 de abril de 2011, en que se solicitan antecedentes a SMU.
- e. Copia de la respuesta de SMU al ORD. señalado, ingresado en esta Fiscalía con fecha 3 de mayo de 2011.

Sírvase tener H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos acompañados y disponer su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que contienen información comercial sensible de las partes de la operación consultada.

TERCER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener por acompañadas las versiones públicas de los documentos confidenciales individualizados en el segundo otrosí de esta presentación, con citación.

CUARTO OTROSÍ: Sírvasese ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía Sres. Cristián R. Reyes Cid, Vanessa Facuse Andreucci y Andrés Fuchs Nissim, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.



f: fuchs

