

**EN LO PRINCIPAL: INFORMA**  
**EN EL PRIMER OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTOS**  
**EN EL SEGUNDO OTROSI: CUSTODIA**  
**EN EL TERCER OTROSI: ACOMPAÑA ANEXOS CONFIDENCIALES**  
**EN EL CUARTO OTROSI: PERSONERIA**

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**, en autos caratulados "Demanda de Comercial Arauco Limitada contra D&S y otro", Rol C N° 151-08, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que vengo en evacuar el informe solicitado a fojas 677, en los términos que se señalan a continuación:

### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2008, Comercial Arauco Ltda., controladora de Supermercados Unico, demandó ante ese H. Tribunal a Distribución y Servicio D&S S.A., en adelante D&S, por infracción al Decreto Ley N° 211, a través de la ejecución persistente de prácticas predatorias y actos de competencia desleal, configurados por el establecimiento de precios de venta a público excesivamente bajos o bajo el costo y por la realización de publicidad comparativa engañosa.
2. De acuerdo a la demanda, la estrategia predatoria de D&S consistiría en la oferta de un número limitado de "productos gancho"<sup>1</sup> a precios excesivamente bajos o bajo el costo, lo que permitiría a esa empresa

<sup>1</sup> También conocidos en la literatura como *Known Value Items* (KVI) o productos sensibles, los cuales son utilizados para atraer consumidores debido a que la demanda por estos productos es altamente elástica. Los supermercados se focalizan en promocionar productos KVI, respecto de los cuales el consumidor tiene mayor información de su precio.

generar un mayor tráfico y con ello, no sólo compensar las pérdidas en el corto plazo, sino también depredar competidores.

3. Con el objeto de demostrar dicha práctica, Comercial Arauco compara los precios, incluidos descuentos, de cincuenta productos vendidos por la demandada, con los respectivos costos de adquisición de dichos artículos por parte de la demandante.<sup>2</sup>
4. En cuanto a la temporalidad o persistencia de las ventas de D&S bajo el costo, Comercial Arauco indica que ésta quedaría en evidencia en las boletas de Supermercados Lider de los días 26 de septiembre, 25 de octubre, 10 de noviembre, 29 de noviembre y 14 de diciembre, todas de 2006.
5. Agrega que los supermercados más pequeños no pueden igualar el nivel de precios que cobra D&S, lo que se debería a que los supermercados pequeños son más dependientes de la venta de productos gancho y, además, no tienen el poder de compra que ostenta D&S.
6. Respecto a la publicidad comparativa engañosa, ésta habría sido ejecutada por la demandada a través de volantes que contienen la comparación de boletas de los supermercados Lider y Unico bajo las afirmaciones: "*Son exactamente los mismos productos*" y "*El total de tu boleta más bajo. Lider Valdivia*", que dan a entender que, por la compra de "idéntico" surtido de artículos, en Lider Valdivia el consumidor obtendría ahorros de hasta un 25%; y todo ello bajo el eslogan "*Otra pequeña ayuda Lider*", que es parte de la campaña nacional "*Lider, una pequeña ayuda siempre*", que induciría a pensar que los supermercados Lider serían siempre más baratos.
7. En síntesis, la demanda de Comercial Arauco, en lo que a publicidad comparativa engañosa se refiere, sostiene que: i) dicha publicidad comparativa no sería veraz, ya que en al menos seis volantes no se habrían

---

<sup>2</sup> La demandante indica que esos niveles de precios, "*en muchos casos sustancialmente más bajos que el costo de adquisición de los mismos productos pagados por Unico a los mismos proveedores, lo que conduce al absurdo de que para Unico hubiera sido más conveniente abastecerse en Lider*".

- confrontado exactamente los mismos productos; ii) no sería demostrable, debido a que los códigos de los productos y su denominación o identificación en la boleta, estarían incompletos; y iii) no sería objetiva, ya que se comparan productos en promoción de Lider Valdivia versus productos de Comercial Arauco que no estaban en promoción.
8. En cuanto al objeto de las conductas demandadas, éste consistiría en: i) exclusión de competidores; ii) fabricación de reputación de campeón de los consumidores; iii) perjuicio a Supermercados Unico; iv) perjuicio a los proveedores; v) incremento de las barreras de entrada al mercado; vi) restricción a la competencia efectiva; vii) efectos de largo plazo de las ventas a precios bajo el costo; y viii) imitación de prácticas entre grandes cadenas de supermercados.
  9. La demandante sostiene que las conductas referidas, prácticas predatorias y de competencia desleal, han sido realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar la posición dominante en el mercado relevante por parte de la demandada.
  10. En la contestación a la demanda, D&S se centró principalmente en tres aspectos. Primero, desestima la definición de mercado geográfico relevante realizada por la demandante. Ésta lo estableció con un *“alcance regional o más bien interregional, que comprende la X Región de los Lagos y la XIV Región de los Ríos. En particular competencia estarían los hipermercados de las ciudades de Osorno y Valdivia, separados por 108 kilómetros”*. D&S, en cambio, limita el mercado relevante a la ciudad de Valdivia. En segundo lugar, D&S argumenta que Lider no ha incurrido en prácticas predatorias en dicha localidad. Y en tercer término, sostiene que no ha realizado actos de competencia desleal consistentes en publicidad engañosa en esa ciudad.
  11. En cuanto a la conducta de predación alegada por Comercial Arauco, D&S indica que las promociones de 50 productos, efectuadas en Valdivia entre septiembre y diciembre de 2006, no constituyen prácticas predatorias. La

razón principal de ello sería que la estructura de ese mercado haría improbable un resultado exitoso de cualquier práctica de ese tipo.

12. Los argumentos planteados por D&S para desestimar tal conducta se resumen en lo siguiente:
  - a. Al momento de ocurrir los hechos materia de autos, D&S no tenía una posición significativa o dominante en Valdivia, ocupando el tercer lugar en las ventas totales de los supermercados de esa ciudad;
  - b. Los hechos que han dado origen a este proceso no tenían la aptitud anticompetitiva de excluir a los competidores del mercado, lo que se acreditaría por la expansión de Comercial Arauco;
  - c. La conducta de D&S, al promocionar 50 de los más de 55.000 productos vendidos en Lider Valdivia y por un tiempo limitado de no más de un mes para cada uno de ellos, carece de racionalidad económica y comercial para excluir a los competidores en el mercado relevante;
  - d. Lider Valdivia no ha vendido bajo sus costos, puesto que sus resultados comerciales y operacionales han sido siempre positivos; incluso, son igualmente positivos si sólo se considerara para estos efectos la venta de los 50 productos denunciados;
  - e. Las conductas desarrolladas por D&S en la ciudad de Valdivia se enmarcan en su política de determinación de precios, que implica mantener precios bajos en todos los locales de D&S.
13. En cuanto a la acusación de publicidad engañosa, D&S sostiene que la publicidad comparativa efectuada por medio de volantes no ha sido engañosa ni constituye un acto de competencia desleal. Tampoco se trataría de actos realizados con el ánimo de engañar a los consumidores ni con la finalidad de afectar la libre competencia en el mercado. Es más, de acuerdo a D&S, no se habrían producido efectos en dicho mercado, toda

vez que ninguna de las cadenas de supermercados que operan en Valdivia se ha retirado de esa ciudad.<sup>3</sup>

14. No obstante, la contestación reconoce la posibilidad de haber “*existido alguna desprolijidad en la elaboración de la publicidad comparativa contenida en ellos*”, pero indica que dicho error es normal, de buena fe y excusable. A este respecto, D&S indica que “*los errores de la publicidad comparativa, advertidos por la demandante en cuatro de los seis volantes publicitarios cuestionados en estos autos, incidieron mínimamente en el resultado final de la publicidad*”. Además, “*incluso si se hubieran corregido los errores mencionados por la demandante, resultaría que el efecto y mensaje publicitario de todos y cada uno de dichos volantes hubiese sido el mismo: que el total de la boleta en Lider Valdivia es más bajo, tal como constaba en los cuestionados volantes publicitarios*”. Agrega D&S que los volantes serían solo 6 casos aislados de cientos de volantes que Lider publica, y que incluso hay casos en que D&S se equivoca con consecuencias en su contra, lo que demostraría la buena fe de sus errores.
15. En otros términos, D&S reconoce haber incurrido en algunos errores en las publicidades comparativas entre sus productos y los de Comercial Arauco, pero niega que con ello haya incurrido en un atentado contra la libre competencia o en un acto de competencia desleal.
16. Cabe hacer presente que, con anterioridad al presente juicio, el 18 de abril de 2007, Comercial Arauco Limitada, interpuso una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica, en contra de Distribución y Servicio S.A., por las prácticas predatorias a que refieren también estos autos.<sup>4</sup> Dicha denuncia dio origen a una investigación por parte de esta Fiscalía, cuyos

<sup>3</sup> Comercial Arauco inauguró el año 2007 un nuevo local en Valdivia y, además, tanto dicha empresa como Bigger han comunicado públicamente sus planes de inversión para el período 2008-2010, consistentes en la inauguración de nuevos locales y la implementación de nuevos formatos de venta minorista.

<sup>4</sup> La demandante adjuntó un cuadro comparativo de los valores de las boletas de Supermercados Lider contenidas en diversos volantes y los de las facturas de proveedores de Hipermercado Unico, destacando que los precios a público de D&S son significativamente menores que el costo de adquisición pagado por Hipermercado Unico a los mismos proveedores. Adicionalmente, Comercial Arauco acompañó volantes de D&S de distintas fechas de promociones que contienen boletas con diversos productos promocionados y facturas de sus proveedores.

resultados junto a los antecedentes aportados ante ese H. Tribunal, han servido de fundamento para el presente informe.

## II. LA INDUSTRIA

17. Los agentes económicos que interactúan en la industria supermercadista fueron identificados en la Sentencia N° 09/2004 de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo al vínculo comercial entre ellos o en función del proceso productivo, de la siguiente forma: i) proveedores y distribuidores mayoristas; ii) distribuidores minoristas con establecimientos de autoservicios, entre los que se encuentran los supermercados e hipermercados; y iii) consumidores finales.
18. En cuanto al vínculo entre distribuidores minoristas y consumidores finales, la oferta se caracteriza por ser relativamente amplia, donde los bienes comercializados son diversos y, además, existen en gran cantidad. En efecto, un hipermercado comercializa, en promedio, un número aproximado de 3.500 productos diferentes. Además, en el caso de los supermercados<sup>5</sup>, éstos poseen características que los hacen diferentes de otros canales de venta, como son, entre otros: el espacio que ocupan (grandes superficies), amplio inventario, apariencia física de sus dependencias, forma de presentación de sus productos y servicios ofrecidos al cliente.
19. Las marcas propias representan otra herramienta de diferenciación para los supermercados, y en la medida en que las mismas aumentan su ponderación en la canasta de los consumidores, se vuelven más importantes para la diferenciación de los distintos supermercados. A principios de los años 90, D&S se constituyó en la cadena pionera en el desarrollo de un programa de marcas propias en sus supermercados Ekono e Hipermercados Lider (con las marcas A Cuenta y Lider, respectivamente).

---

<sup>5</sup> Se sigue la definición del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que operativamente considera como supermercados a aquellos establecimientos que operan con tres o más cajas.

20. Dentro del concepto de supermercado se distinguen, según el formato, los siguientes:
- Supermercados con superficies de venta inferior o igual a 400 m<sup>2</sup> (superficies menores);<sup>6</sup>
  - Supermercados con superficies de venta superior a 400 m<sup>2</sup> e inferior a 2.500 m<sup>2</sup> (medianas superficies);
  - Hipermercados con una superficie de venta minorista superior a 2.500m<sup>2</sup> (grandes superficies).
21. Es importante resaltar la oferta diversificada, en cuanto a los distintos formatos de los locales de venta, que se observa en esta industria; en particular, las grandes cadenas de supermercados. Efectivamente, D&S tiene supermercados "pequeños" (Lider Express), "medianos" (Lider Vecino), "grandes" (Hipermercado Lider) y "muy grandes" (Megamercado Lider), y se encuentra en un plan de fuerte expansión de su nuevo formato de "tienda de conveniencia" (Ekono y Superbodega A Cuenta).
22. De la constatación del hecho que el negocio supermercadista está orientado a satisfacer todas las compras en un único lugar (*one stop shopping*), tanto las de *stock* como aquellas de reposición, con una variedad de productos que haga atractivo trasladarse a un supermercado en lugar de acudir a varios establecimientos más pequeños, se deriva que los locales minoristas con escalas pequeñas de operación no forman parte del mismo mercado en que participan supermercados de la talla de D&S.
23. En lo que se refiere específicamente al precio que cobran por sus servicios, los supermercados, en especial las grandes cadenas, han establecido distintos tipos de cobros (a suma alzada y en función de las ventas de las mercancías compradas a los proveedores), lo cual lleva a que en la práctica sea complejo determinar una medida de costos para los productos que se venden a los clientes finales. Esto se debe a que dichos cobros por

---

<sup>6</sup> Se excluyen los minimarkets, porque por lo general éstos no ofrecen ciertos productos alimenticios de consumo corriente para el hogar, como frutas y verduras.

servicios rebajan el precio de compra de las mercaderías y, por consiguiente, no es fácil diferenciarlos de los descuentos que sobre dicho precio obtienen los supermercados en la negociación "tradicional" con el proveedor (compraventa de mercaderías), como son los descuentos por volumen y otros descuentos al precio de adquisición de mercaderías que podrían aplicarse.

24. La evolución en la ciudad de Valdivia muestra algunos aspectos particulares en la industria supermercadista. En efecto, desde principios de los 90 y hasta el año 2000 sólo existían tres de las cadenas que actualmente operan en la ciudad. Comercial Arauco comenzó a operar - como tal- con un supermercado en 1993, momento en que existían: Supermercados Maxi, que comenzó a operar en febrero de 1992 y actualmente continúa con un sólo local, y Cencosud, con un local de formato pequeño, desde diciembre de 1990. Esta cadena, a diferencia de lo ocurrido en otras regiones, no se ha expandido en Valdivia hasta la fecha.
25. Por su parte, Supermercados Bigger comenzó sus actividades comerciales en la ciudad de Osorno y, desde el año 2000 principalmente, inició un proceso de expansión hacia otras localidades de la zona sur de Chile. En abril de 2001, ingresó a Valdivia, mediante un hipermercado que se encuentra ubicado en un centro comercial, a pocas cuadras del local principal de Hipermercado Unico. La cadena Bigger tiene presencia en otras regiones y, además de los dos locales en Valdivia, posee otros 11 supermercados en la zona: seis en Osorno, uno en Río Bueno, dos en La Unión, uno en Paillaco y uno en Panguipulli. En noviembre de 2008, Supermercados Bigger fue adquirida por el grupo Southern Cross<sup>7</sup>.
26. En junio de 2002, a un año del ingreso de Bigger, se produjo la entrada de D&S a Valdivia, mediante la puesta en operación de un Hipermercado Lider, el local con mayor cantidad de metros cuadrados de sala de venta de

---

<sup>7</sup> "Southern Cross compra Supermercados Bigger", Diario el Mercurio, 5 de noviembre de 2008.  
<http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id=%7B39b374c6-9a81-4562-a0a1-d4b1f431f0bc%7D>



la ciudad. En esa misma fecha, Hipermercado Unico abre su segundo local, con un formato mediano, similar a un "Lider Express".

27. Las más recientes inauguraciones de locales han sido en formato pequeño. Por un lado, Bigger abrió un local de 620 m<sup>2</sup> de sala de venta en junio de 2004, mientras que el nuevo local de Unico alcanza los 700 metros de sala de venta en septiembre de 2007.
28. A continuación, una síntesis de los supermercados que operan en la ciudad de Valdivia:

**Cuadro N° 1**  
**Principales Cadenas de Supermercados en Valdivia**

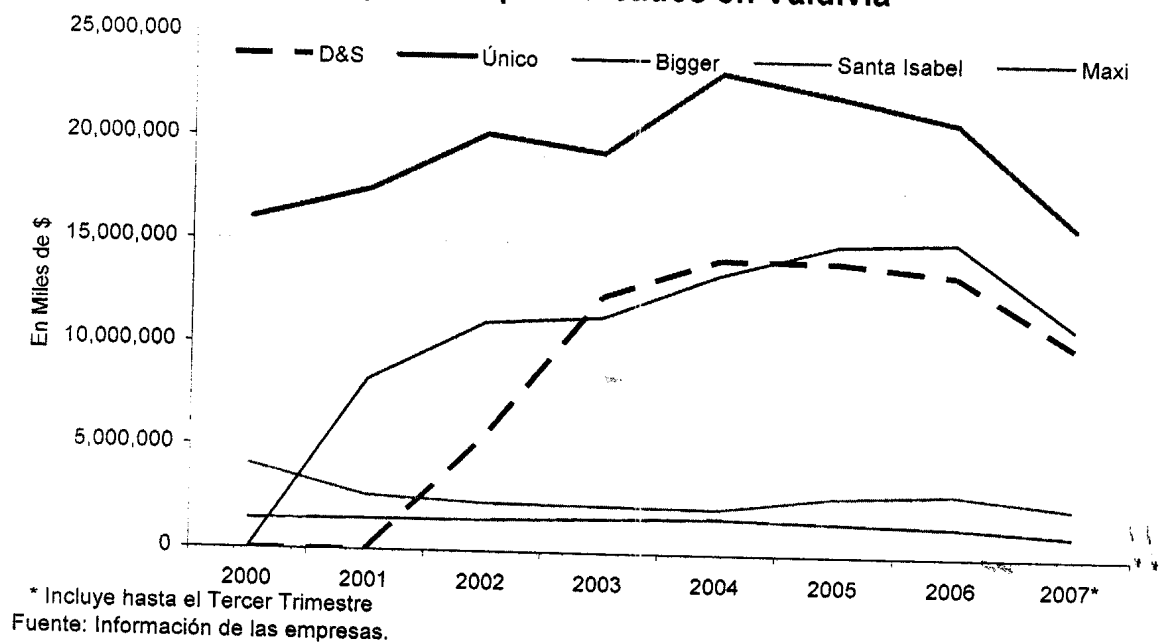
| Cadena   | Local              | Apertura      | Superficie Total Terreno (m <sup>2</sup> ) | Superficie Sala de Venta (m <sup>2</sup> ) |
|----------|--------------------|---------------|--|--|
| Bigger   | Casa Matriz        | abril-01      | 14.914                                     | 4.501                                      |
|          | Sucursal           | junio-04      | 4.501                                      | 620  |
| D&S      | Hipermercado Lider | junio-02      | 19.640                                     | 6.152                                      |
| H. Único | Casa Matriz        | junio-93      | 9.049                                      | 3.500*                                     |
|          | Picarte            | junio-02      | 4.415                                      | 1.500                                      |
|          | Las Ánimas         | septiembre-07 | 2.624                                      | 700  |
| Maxi     | Picarte            | febrero-92    | 4.780                                      | 1.800                                      |
| Cencosud | Santa Isabel       | diciembre-90  | 2.897                                      | 810  |

Fuente: Información de las empresas.

29. Un elemento característico en este mercado es la existencia de clientes rurales, que muchas veces se trasladan para hacer sus compras de *stock* en los hipermercados. Incluso, Lider pone a disposición de dichos clientes buses de acercamiento.
30. En cuanto a la evolución de las ventas de los supermercados mencionados, en el Gráfico N° 1 se puede apreciar el crecimiento, prácticamente sostenido, para Bigger desde que ingresó a Valdivia. Tratándose de D&S, si bien sus ventas fueron en aumento desde que ingresó -lo que era razonable de esperar-, a partir de 2004 éstas se han mantenido relativamente estables. Hipermercado Unico, por su parte, vio levemente

disminuidas sus ventas en la época de la entrada de D&S, las que en 2004 se incrementaron gracias a la apertura de un nuevo local. En lo más reciente, se observa una disminución en las ventas reales de las principales cadenas de supermercados en Valdivia.

**Gráfico N° 1**  
**Evolución de las Ventas Reales**  
**Principales Supermercados en Valdivia**



31. En suma, la estructura del mercado antes del año 2001 se caracterizaba en que Hipermercado Unico era prácticamente el monopolista en la localidad de Valdivia, ya que si bien operaban Maxi y Cencosud, ambos contaban con una participación considerablemente menor. En la actualidad, en cambio, en el mercado de Valdivia operan cadenas de supermercados nacionales (D&S y Cencosud) y regionales, como Bigger, además de los supermercados locales Unico y Maxi. Asimismo, en este mercado la demanda presenta rasgos de dinamismo creciente, toda vez que, luego de la entrada de D&S y de Bigger, han comenzado a construirse nuevos locales, aunque de formato más pequeño.

### III. MERCADO RELEVANTE

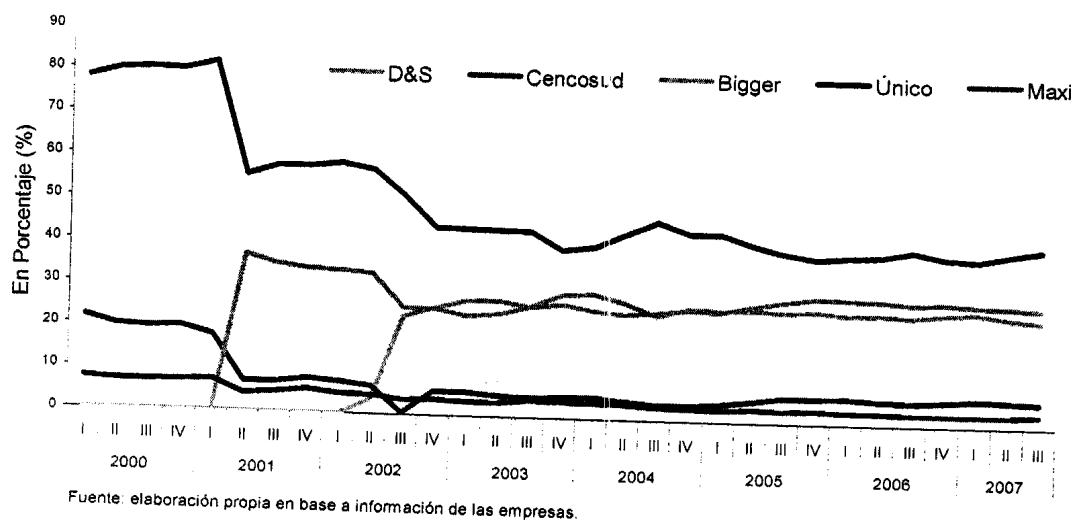
32. La Fiscalía considera que, en general, el mercado relevante es el de un producto o grupo de productos, en el área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.<sup>8</sup>
33. En la especie, el mercado relevante del producto es el del 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.
34. Por otro lado, desde la perspectiva de la demanda, la elección del punto de compra por parte del consumidor estará limitada por el espacio geográfico al que le resulte razonable desplazarse para efectuar una compra.
35. En este sentido, la evidencia internacional muestra que la competencia en el negocio de ventas en supermercados es estrictamente local, no regional ni nacional, por cuanto los consumidores están dispuestos a trasladarse para hacer sus compras dentro de un radio acotado, cuya extensión depende de variables tales como las características socioeconómicas, de acceso y de transporte de cada zona.<sup>9</sup> En España, por ejemplo, se ha establecido como referencia un tiempo de traslado de 15 minutos<sup>10</sup>, mientras que en el Reino Unido se ha establecido como criterio un tiempo de referencia de 10 minutos.

<sup>8</sup> Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, octubre 2006.

<sup>9</sup> Para un mayor detalle, véase Coterill, "Antitrust Analysis of Supermarket Retailing: Common Global Concerns that Play Out in Local Markets", University of Connecticut, Storrs, CT., Research Report No. 88, Julio 2005, y Dobson y Waterson, "Retailer Power: Recent Developments and Policy Implications", *Economic Policy*, 28, April 1999, pp. 134-164.

<sup>10</sup> Ver Ministerio de Economía y Hacienda de España (2005), Informe del Servicio de Defensa de la Competencia del N° 05084, DINOSOL / Supermercados Megacentro (<http://www.dgdc.meh.es/Informes%20SGC/N05084INFWEB.pdf>).

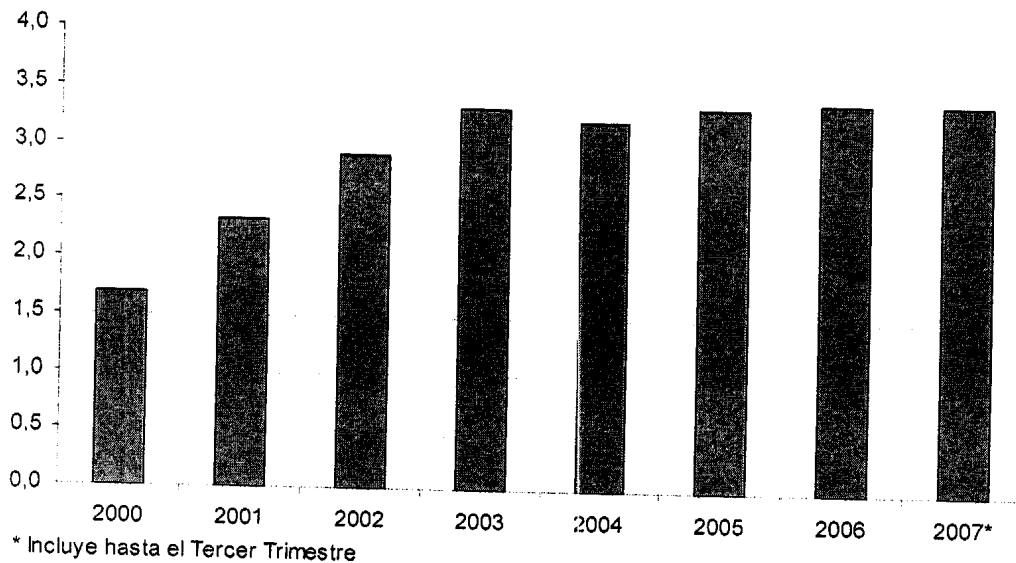
**Gráfico N° 2**  
**Evolución de las Participaciones de Mercado en Valdivia**  
**Según las ventas de las cadenas de supermercados**



39. Además del Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), un análisis complementario del grado de concentración en la industria consiste en comparar el número real de actores con el de competidores efectivos equivalentes, de acuerdo al índice de concentración. Es decir, el número de competidores de igual tamaño que entregarían un grado de competencia equivalente al que se observa en los datos reales de participación de mercado.<sup>11</sup>
40. En el siguiente gráfico se muestra la evolución del número equivalente de competidores en la localidad de Valdivia, mostrando que en el año 2000 había un equivalente a menos de dos competidores, mientras que en 2006 aproximadamente 3,5 competidores efectivos en ese mercado.

<sup>11</sup> Este indicador fue propuesto originalmente por Adelman (1969), calculado como el inverso del índice HHI.

**Gráfico N° 3**  
**Número de Competidores Efectivos en Valdivia**



#### IV. CONDICIONES DE ENTRADA

41. En línea con lo establecido en la Sentencia N° 65/2008 de ese H. Tribunal, menester es destacar que la ventaja de costo de empresas con posición de dominio, como D&S, es un elemento clave que afecta las condiciones de entrada a la industria supermercadista, puesto que podría impedir a los rivales o nuevos entrantes alcanzar una escala de operación suficiente para desafiar a las firmas establecidas, en un plazo razonable.
42. Tal ventaja en costos, como elemento condicionante a la entrada, es más notoria en el caso de mercados regionales -en los cuales operan, además de los establecimientos locales, cadenas nacionales de supermercados-, toda vez que los volúmenes de operación de estas últimas son claramente superiores a los de las empresas regionales.
43. 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 (Considerando Octogésimo Quinto, Sentencia 65/2008).
44. Los significativos volúmenes de compra 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 (Considerando Octogésimo Sexto Sentencia 65/2008,).
45. De esta manera, de acuerdo a las escalas de operación, es posible sostener que D&S tiene claras ventajas de costos no sólo respecto de Comercial Arauco, sino también del resto de las cadenas de supermercados regionales.
46. Por último, el *comportamiento estratégico* de las cadenas de supermercados constituye quizás el principal elemento que afecta la entrada a este mercado, inhibiendo el ingreso de nuevos actores al mismo, puesto que esto lleva a que la masa crítica de locales necesarios para alcanzar economías de escala, sea mayor para un potencial entrante. En este sentido, es relevante tener presente la expansión -mediante nuevos locales de diversos formatos- que han llevado a cabo las cadenas regionales Comercial Arauco y Bigger.
47. Ese mismo H. Tribunal ha reconocido la existencia de barreras a la entrada en este mercado, señalando, en el Considerando 112 de la Resolución 24/2008, lo siguiente:
- “112 (...) que existen actualmente en la industria supermercadista en Chile un conjunto de barreras de entrada que resultan de significativas ventajas de costo a favor de las empresas líderes y con dominio de mercado ya consolidado en esta industria”. (Énfasis agregado).*

## V. LA CONDUCTA PREDATORIA IMPUTADA A LA DEMANDADA

48. Tal como se mencionara, la demanda de Comercial Arauco radica en que los precios a público del supermercado Lider de Valdivia, como consecuencia de la posición dominante que tendría esta empresa, serían significativamente menores que el costo de adquisición pagado por Hipermercado Unico a los mismos proveedores.<sup>12</sup> Consecuentemente, según la demandante, la conducta contraria a la libre competencia sería la de predación, realizada con el fin de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en la ciudad de Valdivia.
49. D&S, por su parte, sostiene que vende sus productos a precios que se han ubicado siempre sobre los costos variables medios. Según información enviada por dicha empresa a esta Fiscalía<sup>13</sup>, el cálculo para obtener el margen por producto utiliza la siguiente fórmula:

$$\text{Margen por Producto (\%)} = \frac{PV - VTUI}{VTUI} * 100$$

PV es el precio de venta al público, considerando el precio de venta normal, es decir sin descuentos, de cada producto; mientras que VTUI corresponde al valor de transferencia unitario (incluido el IVA), siendo este el valor al que el Centro de Distribución de D&S transfiere a los locales Lider los productos que la compañía compra centralizadamente. El VTUI es equivalente al costo promedio neto, más un 0,5%.

50. Sin embargo, como se verá, para determinar si D&S efectivamente ha realizado o no ventas bajo el costo, no parece adecuado utilizar el precio normal de venta al público, tal como lo hace dicha empresa, porque ese valor no refleja el precio final pagado por los consumidores, es decir, no tiene en cuenta -por ejemplo- los descuentos.

<sup>12</sup> Esto se evidencia, según la denunciante, de la comparación de los valores de las boletas de Supermercados Lider contenidas en sus volantes de los días, 26 de septiembre, 25 de octubre, 10 y 29 de noviembre, y 14 de diciembre del año 2006, y los de las facturas de proveedores de Hipermercado Unico.

<sup>13</sup> Carta del 29 de enero de 2008, mediante la cual D&S da respuesta a los oficios FNE N° 1356 y 1357, ambos del 31 de octubre de 2007.

51. Por otro lado, D&S argumenta, a fin de desvirtuar la conducta imputada, que:<sup>14</sup>
- El margen operacional del hipermercado en Valdivia ha sido positivo durante los últimos años (3,35% y 3,61%, en 2005 y 2006, respectivamente).
  - La empresa ha realizado ciertas promociones respecto de algunos productos, las cuales siempre han sido limitadas en el tiempo y no han sido discriminatorias.
52. A juicio de esta Fiscalía, para analizar las imputaciones de autos, resulta útil entender el concepto de *acciones promocionales*. En un artículo publicado por Bosch et al (2006), se señala al efecto que: "*Todas... [las propuestas de la literatura para las promociones de venta] coinciden en definir las como un conjunto de materiales y técnicas que buscan incentivar la compra o prueba de un producto, cambiando la percepción de la relación precio/valor. Entre sus objetivos están introducir un producto nuevo al mercado, diferenciar el producto de los de la competencia haciéndolo más llamativo y mantener o premiar la lealtad de la marca, para así aumentar la cercanía con el cliente*".<sup>15</sup>
53. Otro concepto relevante, principalmente debido a las particularidades del mercado del retail, es lo que la literatura económica define como *venta bajo costo*.
54. En efecto, la doctrina moderna ha mostrado que la estrategia de predación podría ser una estrategia racional de equilibrio por parte de las firmas en un contexto real de competencia imperfecta e información asimétrica. La predación, en tal caso, implicaría una acción que conlleva un sacrificio en términos de menores beneficios presentes y una mejor alternativa posterior.

<sup>14</sup> Con fecha 7 de agosto de 2007, D&S dio respuesta a la FNE de la solicitud de determinada información, así como también exponiendo su opinión respecto de la denuncia.

<sup>15</sup> M. Bosch y J. Goñi (2006) "Promociones: Más que rebaja de precios" en Trend Management, Edición Especial, Noviembre 2006.



55. Por lo mismo, podría estimarse con mayor certeza que una firma racional que maximiza beneficios estará predando, cuando: i) tal conducta le permite excluir o disciplinar a un competidor; y ii) el predador es capaz de ejercer un incremento en el poder de mercado y, con ello, recuperar el sacrificio inicial, por ejemplo, mediante el incremento en los precios a niveles superiores a los previos a la predación.
56. Ahora bien, antes de comprobar la conducta materia de autos, es conveniente formular ciertas consideraciones sobre el análisis de predación en la industria de supermercados:
- En un contexto de firmas multiproductos, la existencia de un margen operacional positivo en un local no es, por sí solo, argumento suficiente para confirmar o desechar una predación. Esto se debe a que las pérdidas por la venta bajo costo en ciertos productos puede ser más que compensada por las ganancias en el resto de los productos comercializados. Esto es relevante para las denominadas compras de "stock"<sup>16</sup>, debido a la complementariedad entre los distintos productos que conforman la canasta familiar.
  - Puede ocurrir que las cadenas de supermercados realicen *promociones* respecto de ciertos *productos gancho* o "*sensibles*" y que, a su vez, dichos productos no siempre sean los mismos. Una estrategia comercial podría ser realizar promociones en ciertos *productos gancho* e ir intercambiando dichos artículos entre una promoción a otra. También, que se utilice un mismo producto en promoción, pero que cambie la marca entre una promoción y otra, o el tipo de promoción. Si bien se requiere un análisis caso a caso, si en una situación concreta esta estrategia es considerada como *permanente*, podría ser declarada como perjudicial para la competencia, según se describirá más adelante.

---

<sup>16</sup> Compras realizadas de manera mensual o quincenal.

- Puede ser factible que las grandes cadenas de supermercados obtengan mayores descuentos de sus proveedores que posibiliten limitar o excluir del mercado a cadenas más pequeñas, sin necesidad de cobrar precios menores a los costos.
57. Recomendable, por otro lado, es considerar los principales resultados del reporte de precios predatorios elaborado por la International Competition Network (ICN), en base a información entregada por agencias de 34 jurisdicciones, y presentado en abril de 2008<sup>17</sup>:
- Criterio de costos. No hay una única medida de costos utilizada por todas las agencias de competencia, y frecuentemente se considera más de una medida<sup>18</sup>. La más utilizada es el costo variable medio,<sup>19</sup> aunque en lo más reciente ha habido una tendencia a utilizar los costos medios evitables.<sup>20 21</sup> Todas las agencias utilizan o han utilizado la medida de costo variable medio. El Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ) ha recurrido al criterio de costos medios evitables, por ejemplo, en la industria aérea, y Canadá utiliza el test del costo evitable para determinar si los precios son predatorios. La Office of Fair Trading del Reino Unido ha utilizado tanto el costo variable medio como el costo evitable medio. Para la Comisión Europea, el costo evitable medio puede ser el mismo que

<sup>17</sup> Para un mayor detalle véase Report on Predatory Pricing, International Competition Network, presentado en la séptima Conferencia Anual de la ICN, Kyoto, Abril de 2008. Disponible en [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral\\_conduct/FINALPredatoryPricingPDF.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/FINALPredatoryPricingPDF.pdf)

<sup>18</sup> Además, en algunas ocasiones se ha utilizado el concepto de Costo Incremental Promedio de Largo Plazo ("Long Run Average Incremental Cost" o "LRAIC") el que corresponde a la suma de los costos variables y los fijos de productos específicos divididos por el número de unidades producidas. El Costo Incremental Promedio de Largo Plazo ha sido usado en adición a otras medidas para analizar los costos de las firmas multiproducto.

<sup>19</sup> Definido como el costo variable total dividido por el número de unidades producidas.

<sup>20</sup> El costo medio evitable consiste en los costos que pueden ser evitados por no producir un número dado de unidades dividido por el número de esas unidades. Estos costos incluyen: Costos variables como trabajadores, materiales, energía, prestaciones promocionales, etc.; Costos no hundidos, costos fijos de productos específicos ("costos cuasi fijos"); y Costos Hundidos y fijos incrementales asociados a ventas generadas por la firma durante el período en que la política de precios es realizada.

<sup>21</sup> A modo ejemplar, para un mayor detalle véase: [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral\\_conduct/2007QuestionnaireDocs/JAPAN\\_RESPONSE.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/2007QuestionnaireDocs/JAPAN_RESPONSE.pdf).

el costo variable medio, sobre la base de que frecuentemente solo los costos variables pueden ser evitados.

- Recuperación de las pérdidas económicas. Quince agencias consideran que la recuperación es un prerequisite para que una firma efectúe una conducta de precios predatorios. Otras dieciocho indicaron que la factibilidad de recuperar pérdidas no es un requisito, aunque varias agencias manifestaron que tal recuperación puede ser un factor relevante en el análisis.

Las altas barreras a la entrada son frecuentemente citadas como un factor a considerar a la hora de evaluar la recuperación de las pérdidas. En Canadá, por ejemplo, se analiza si las barreras existentes son suficientemente elevadas como para que la recuperación de las pérdidas sea probable.<sup>22</sup>

Algunas Cortes de Justicia de Estados Unidos han utilizado como requisito el criterio de recuperación de pérdidas, como un método eficiente para eliminar precios predatorios sin considerar si éstos estuvieron o no bajo costo. Canadá también ha usado la recuperación como elemento, junto a los precios y costos. Reino Unido es de los países que ha indicado que si bien la posibilidad de recuperar las pérdidas no es un elemento requerido, sí puede ser relevante para el análisis de la conducta.

Cuando el elemento recuperación es ponderado en un caso específico, este generalmente debe ser probable o posible, pero en general la agencia no tiene que demostrar necesariamente que este ocurrió o que las pérdidas iniciales fueron efectivamente recuperadas, para que pueda configurarse un caso de precios predatorios.

---

<sup>22</sup> La Agencia de Canadá define la recuperación como un incremento en precio o un decrecimiento en servicio, opción, calidad o innovación seguida de la eliminación o disciplina de los competidores.

Adicionalmente, varias agencias de competencia reconocen que la recuperación de pérdidas puede ocurrir dentro del mismo mercado relevante, o bien en otro mercado del producto o geográfico, si es que la firma es capaz de cobrar o mantener precios elevados en esos otros mercados.

- Efectos sobre la competencia. Muchas jurisdicciones exigen demostrar los efectos de la conducta de precios predatorios, tales como la exclusión de mercado o el daño a los consumidores. El efecto más citado por las agencias es la exclusión actual -o probable- de competidores, o la limitación de los mismos. El perjuicio sobre los consumidores es resultado de tal efecto. Otras jurisdicciones han indicado que la evidencia del incremento de las barreras a la entrada o de expansión, son también efectos del mercado que pueden erigirse en precios predatorios.

58. Importante, además, es la posición de las agencias respecto del mercado en el cual ha de producirse la predación. Mientras once consideran que los precios predatorios deben ocurrir en el mercado en que la firma tiene una posición dominante o sustancial poder de mercado, otras diecisiete contemplan que la firma dominante también pueda ser capaz de preñar en otros mercados en los cuales no es dominante.
59. A nivel comparado, la venta bajo costo en la industria de los supermercados ha sido materia de debate. En Irlanda, por ejemplo, la venta bajo costo persistente en los supermercados fue prohibida hasta 2006, a la luz del reporte de la investigación de ese mercado realizado por la Competition Commission, denominado "*Restrictive Practices (Groceries)*"<sup>23</sup>. Una revisión en 2005 encontró que dicha prohibición estaba causando un aumento en los precios promedio de los alimentos a una velocidad más acelerada que lo esperado. Como resultado, tal prohibición fue derogada. Un informe

---

<sup>23</sup> Competition Commission, "*The Supply of Groceries in the UK Market Investigation*", Volume 1: Summary and report, 30 de Abril de 2008, página 27.

posterior de la Autoridad de Competencia Irlandesa respecto de los cambios en los precios de los alimentos, determinó que la prohibición -en definitiva- contribuyó al aumento de los precios de los alimentos en Irlanda.

60. En Francia, la venta bajo costo por empresas del *retail*, en la mayoría de los casos, sigue siendo prohibida<sup>24</sup> y los proveedores son obligados a vender sus productos al mismo precio para todos los canales de distribución o, en el caso de prácticas discriminatorias, deben justificarla (por ejemplo, en términos de volúmenes de ventas o de servicio de *marketing* específicos), al igual que en Irlanda con anterioridad a la derogación de los criterios del documento "*Restrictive Practices (Groceries)*". Hay preocupación en Francia con el hecho que la prohibición de la venta bajo costo persistente esté contribuyendo a un mayor precio de los productos alimenticios, ya que estas restricciones no posibilitan a los *retailers* traspasar a los consumidores los descuentos y pagos entregados por los proveedores. Además, preocupa la combinación entre la prohibición de venta bajo costo y la regulación de las condiciones de venta de los proveedores, ya que éstas pueden inducir a acuerdos entre éstos y los distribuidores que atenten contra libre competencia<sup>25</sup>. La "*Loi Chatel*"<sup>26</sup> permite ahora a los *retailers* restar el valor de todos los reembolsos y servicios comerciales del precio de factura, lo que ha tenido el efecto de disminuir el umbral por debajo del punto de prohibición.
61. Por su parte, en el Reino Unido, la Competition Commission ha anticipado que en un futuro cercano se levantarán las prohibiciones *per se* de las prácticas discriminatorias en las relaciones verticales, como -por ejemplo- el requerimiento que los proveedores carguen el mismo precio a todos sus clientes. Recientemente, para el mercado de los abarrotes en Francia, la Comisión Attali recomendó la derogación de la norma que prohíbe la venta bajo el costo de dicho mercado.

<sup>24</sup> La venta bajo costo sigue regulada en un número expresivo de países pertenecientes a la Comunidad Europea, incluyendo Bélgica, Alemania, Grecia, Italia y España.

<sup>25</sup> Competition Commission, "*The Supply of Groceries in the UK Market Investigation*", Volume 1: Summary and report, 30 de Abril de 2008, página 28.

<sup>26</sup> Ley francesa adoptada en enero de 2008

62. En un reciente estudio a la industria supermercadista del Reino Unido<sup>27</sup>, la Competition Commission concluyó que, a pesar que las opiniones relativas a las condiciones necesarias para que la predación tenga lugar son variadas, para que la venta bajo el costo por *retailers* de gran tamaño sea una estrategia predatoria dirigida a los operadores independientes, tiendas de conveniencia o tiendas especializadas, se necesitaría establecer: a) que las tiendas de conveniencia o especializadas fijan sus precios en razón de los precios de la tienda de *retail*; b) que los *retailers* de gran tamaño tienen suficiente poder de mercado después de la predación, con aptitud para recuperar las pérdidas incurridas durante la ésta; y c) que las barreras a la entrada o re-entrada de las tiendas de conveniencia y especialistas del *retail*, son lo suficientemente elevadas para que las nuevas tiendas no puedan reingresar al mercado<sup>28</sup>.
63. Por lo tanto, si bien en muchos países la venta bajo costo persistente por parte del canal de distribución minorista es prohibida, principalmente por el efecto predatorio que puede ocasionar a los establecimientos especializados, en otros países se ha demostrado que tales prohibiciones han causado un incremento en los niveles de precios promedio de los alimentos, lo que han justificado recientes alzas de tales prohibiciones (ej.: Irlanda).

#### V.1 Comprobación de la Conducta

64. A partir de las consideraciones reseñadas y las particularidades de la industria supermercadista, para comprobar que la estrategia de predación de precios materia de autos constituye o no una conducta anticompetitiva, se utilizará el siguiente procedimiento:

---

<sup>27</sup> Competition Commission, "*The Supply of Groceries in the UK Market Investigation*", Volume 1: Summary and report, 30 de Abril de 2008, página A5 (6)-2.

<sup>28</sup> Llama la atención que en las conclusiones relativas a venta bajo el costo de la Competition Commission, el principal grupo de productos en el cual la venta bajo el costo tuvo lugar fue el alcohol, la carne fresca, pescados, avicultura, y abarrotes (predominantemente comida envasada y en lata).

**a) Paso 1. Posición dominante en el mercado:** Analizar la industria y determinar si la firma tiene o no suficiente posición de dominio en el mercado de la venta a los consumidores finales, actual o potencial. En caso que la firma no tenga una posición dominante, ni tampoco pretenda alcanzarla, entonces no se configuraría tal conducta. En caso contrario, el análisis prosigue.

**b) Paso 2. Venta bajo costo:**

**2.1 Efectividad de venta bajo costo:** Análisis de la relación entre los precios y los costos, principalmente de los productos de alta elasticidad (*Known Value Item*):

- Si los precios se encuentran sobre los costos unitarios, no se debiera considerar anticompetitivo.
- Si los precios se encuentran por debajo de los costos variables medios por producto<sup>29</sup>, podría considerarse como contrario a la libre competencia, dependiendo de los elementos y pasos detallados a continuación.

**2.2. Temporalidad o Persistencia:** Si los precios se encuentran por debajo de los costos variables medios por producto de manera persistente en el tiempo -es decir, no de manera promocional por un breve plazo-, la conducta podría ser considerada como anticompetitiva.

**c) Paso 3. Práctica local o política comercial de la cadena:** Luego de comprobar que efectivamente la firma realiza ventas bajo el costo de manera persistente, es necesario analizar si esas ventas son resultado de una práctica de la empresa en un mercado en particular para excluir o limitar a los competidores de ese mercado, o si dichas ventas son suficientemente extensas, de largo plazo y/o de reiteradas

<sup>29</sup> En este caso se prefirió utilizar el criterio de los costos variables medios unitarios principalmente por dos razones. La primera, es el criterio que más se ha utilizado en el análisis de competencia a nivel internacional en materia de precios predatorios. Y en segundo lugar, dada las características de la venta de supermercados, fundamentalmente por ser multiproducto, resulta menos complejo que utilizar el criterio de los costos evitables.

oportunidades en otros mercados geográficos, como para ser consideradas una política comercial de la cadena.<sup>30</sup>

Para ello, necesario es contar con evidencia respecto de si tal conducta ocurre en otros establecimientos de la firma, que operen en varios mercados geográficos. Si los precios que se cobran en el local bajo análisis son considerablemente menores a los precios que se cobran en otros establecimientos comerciales (de la misma cadena y en mercados competitivos), entonces existiría evidencia que respalda la hipótesis de predación.

**Paso 4. Recuperación de pérdidas:** De acuerdo a la jurisprudencia nacional e internacional, este es un elemento central. En efecto, en Chile se ha requerido que el potencial depredador sea capaz de recuperar las pérdidas incurridas durante el período de depredación<sup>31</sup>, para lo cual es clave que en el mercado existan barreras a la entrada o al menos condiciones desfavorables de entrada.

**Paso 5. Efectos sobre la competencia:** En cuanto a los efectos sobre la competencia, para este caso, el Fiscal infrascrito considera que no necesariamente tienen éstos que configurarse, sino que basta que sean potenciales; es decir, siguiendo el análisis de otras agencias, que a lo menos tiendan a excluir competidores.

65. Por consiguiente, es necesario analizar los antecedentes recopilados a fin de establecer, de conformidad con lo expuesto si la conducta de la empresa demandada puede considerarse una práctica predatoria, realizada con el fin

---

<sup>30</sup> Este es un elemento equivalente al utilizado por la Corte Suprema de Arkansas para determinar si Wal – Mart realizó ventas bajo costo en el condado de Faulkner para excluir competidores en ese mercado. De hecho, la disparidad entre los precios de las líneas de productos relevantes del referido condado y otros mercados con mayor o menor competencia, fue una de las circunstancias que, de acuerdo a la Corte de Arkansas, se debía tener en cuenta para establecer que la publicidad y venta de productos farmacéuticos y de belleza por Conway Wal – Mart, bajo el costo, tenía el propósito de destruir la competencia. Véase el caso Wal – Mart Stores, Inc v. American Drugs: Wal-Mart Stores, Inc. vs. American Drugs, Inc.: Arkansas Supreme Court Decision". (Case No. 94-235). *Arkansas Supreme Court*. January 9, 1995. Retrieved on August 4, 2006. La Sentencia del caso puede ser vista en <http://lawlibrary.ucdavis.edu/LAWLIB/Jan95/0334.html>

<sup>31</sup> Resolución N° 710, del 15 de octubre de 2003.



de alcanzar, mantener o incrementar la posición dominante, según se desarrollará.

## V.2. Análisis empírico

66. A continuación, se comprobará la efectividad o no de la conducta predatoria materia de la demanda de autos, respecto de la ciudad de Valdivia.

### Paso 1. Posición dominante en el mercado

67. Tal como se indicó, para el año 2006, las empresas con mayor participación de mercado en las ventas a consumidores finales, fueron Comercial Arauco (38,7%), Supermercados Bigger (28,1%) y luego Lider (25,1%). De ello se desprende que la demandada, si bien no es la firma con mayor poder de mercado en Valdivia, posee una participación considerable.
68. Aún más, dada la escala de operación de D&S a nivel nacional, no es factible considerar a dicha empresa como un actor poco relevante, aún en la ciudad de Valdivia. Ello se debe sobretodo a que las compras de esta compañía se realizan de manera centralizada en Santiago (para gran parte de los locales del país). En declaración ante esta Fiscalía, el Gerente de Ventas de Lider Valdivia, consultado respecto de la implementación de estrategias comerciales, indicó que *"Tenemos una central de acopio en el sur (Temuco) para abastecer parte de nuestro mercado, en general la política comercial se hace desde Santiago"*.<sup>32</sup>
69. Para ilustrar lo anterior, se tomó una muestra de proveedores de ambas cadenas de supermercados, de acuerdo a quienes proveen los productos denunciados. A partir de ello, se tomaron los ingresos por venta de la muestra de proveedores y se determinó la participación de las compras de D&S y Comercial Arauco en el total de ventas del respectivo proveedor. En el siguiente Cuadro se constata que D&S tiene una importancia relativa en

---

<sup>32</sup> Declaración ante la Fiscalía Nacional Económica de 14 de noviembre de 2007, del Gerente de Ventas de Lider Valdivia, Sr. Francisco Simonelli,

los ingresos de los proveedores muy superior a la que alcanza Comercial Arauco.

**Cuadro N° 3**  
**Importancia de las compras de D&S y de Comercial Arauco**  
**en las ventas de los Proveedores**

| Proveedor                 | D&S  | Comercial Arauco |
|---------------------------|------|------------------|
| Clorox Chile S.A.         | 15.3 | 0.2              |
| Cambiaso Hnos S.A.C.      | 34.5 | 0.3              |
| Beiersdorf S.A.           | 54.9 | 0.8              |
| Empresas Carozzi S.A.     | 14.8 | 0.3              |
| Chilefood S.A.            | 23.7 | 0.2              |
| Kimberly Clark Chile S.A. | 63.4 | 0.7              |
| Tresmontes S.A.           | 24.6 | 0.3              |
| Viña Undurraga            | 23.1 | 0.0              |
| Viña San Pedro            | 16.6 | 0.2              |

Fuente: elaboración propia en base a información de las empresas.

70. El propio H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha constatado que el segmento supermercadista se ha consolidado como el principal canal de distribución de las ventas minoristas, participando en promedio con el 60% de las mismas en los últimos años<sup>33</sup>, y siendo, como ha sido reconocido por D&S, una proporción menor del total de proveedores de estas empresas la que corresponde a proveedores clasificables como "grandes".<sup>34</sup>
71. En concordancia con lo expuesto, el Gerente General de Kimberly Clark Chile S.A., consultado en relación a su visión de los supermercados en cuanto a promocionar ciertos tipos de productos, señaló a esta Fiscalía que *"Nosotros procuramos que el precio a consumidor sea similar, aunque cada supermercado es libre de fijarlo. Los descuentos por promoción, fuera del rango convencional de la industria (no mayor a un dígito para nuestras categorías principales como por ejemplo pañales), que unilateral y*

<sup>33</sup> Véase párrafo 120, pág 114, Resolución N° 24 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>34</sup> Véase párrafo 130, pág 117, Resolución N° 24 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

*eventualmente hacen los supermercados nos afectan especialmente en la relación con nuestros clientes. Nosotros no las apoyamos, estimo que no ha sido una práctica regular en el tiempo".<sup>35</sup>*

72. Lo expuesto sugiere continuar con el siguiente paso del análisis.

## **Paso 2. Venta bajo costo**

### **2.1 Efectividad de venta bajo costo**

73. Si bien la demanda de Comercial Arauco recayó sobre cincuenta productos, esta Fiscalía determinó que el análisis no podía circunscribirse solamente a ellos<sup>36</sup>, por cuanto, de acuerdo a la contestación a la demanda, un hipermercado como Lider Valdivia comercializa aproximadamente 7.200 productos que se destinan a abastecer periódicamente el hogar.<sup>37</sup> Además, para que la conducta de venta de productos bajo el costo tenga efectos contrarios a la libre competencia, se requiere que dichas ventas no sean transitorias.<sup>38</sup>
74. Por lo tanto, se tomó una muestra de 3.513 productos comercializados por D&S, que surge de haber utilizado 39 líneas de productos, de acuerdo al criterio que sigue el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) para determinar la canasta de consumo representativa. En el Anexo N° 4 se presenta la muestra utilizada.

<sup>35</sup> Declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, de 28 de noviembre de 2007.

<sup>36</sup> No obstante lo indicado, de todos modos esta Fiscalía constató la efectividad o no de la venta bajo el costo en los cincuenta productos demandados, comparando el precio de venta a público (sin IVA) con el costo unitario (sin IVA) de cada uno de los productos, de acuerdo a información aportada por D&S. De esos cincuenta productos, se constató que 37 de ellos fueron vendidos bajo el costo, en el periodo materia del juicio.

<sup>37</sup> Según estimaciones de D&S, estos 7.200 productos corresponden a "Productos de Gran Consumo", los que representan en promedio el 80% de las ventas totales de los supermercados Lider.

<sup>38</sup> El H. Tribunal, en el considerando N° 28 de su Sentencia N° 9, que señala: "*efectivamente, los supermercados podrían estar dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales para así aumentar las demandas de otros productos en los cuáles obtiene márgenes suficientes para cubrir las pérdidas generadas en los primeros... Por ello este Tribunal estima que, en principio, la venta bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto periodo, no son per se contrarias a la libre competencia pero, cuando éstas ventas se hacen persistentes o se utilizan para destruir competidores, constituyen un arbitrio que limita la competencia*".

75. El período analizado comprende desde el 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, es decir, se trabajó con información diaria de precios y costos para cada uno de los productos de la muestra indicada.
76. Algunos archivos de costos entregados por D&S fueron imposibles de analizar, debido a los errores que se describen en el Anexo N° 5. Por lo tanto, los resultados presentados a continuación se basan en la información de costos que efectivamente pudo ser analizada.
77. El análisis se realizó considerando lo siguiente:
- Los precios utilizados corresponden a precios efectivos, esto es, el valor de las ventas nominales netas en pesos dividido por el número de unidades vendidas. Esto constituye una ventaja respecto a trabajar con precios de lista, ya que éstos muchas veces no consideran los descuentos que obtienen los consumidores por comprar varias unidades.
  - Los costos fueron calculados de acuerdo al costo base de D&S<sup>39</sup>, con los descuentos correspondientes (de forma acumulativa), obteniendo así una medida de costo neto.
  - Se compararon los precios efectivos para el consumidor final de cada producto respecto del costo unitario neto, que incluye los descuentos que obtiene D&S del proveedor de ese producto. Para ello, se utilizó el cociente entre dicho precio efectivo y su respectivo costo.
78. Para determinar qué porcentaje de la canasta de los productos seleccionados aleatoriamente se vendió bajo costo, se propuso analizar cada día que tuviera a lo menos uno de los productos (PLU) de cada línea bajo el costo. Luego, se contabilizó el número de PLU que fueron vendidos bajo su respectivo costo.

---

<sup>39</sup> El costo base es el precio que cobra el proveedor a D&S, que se indica en la factura emitida por el proveedor al local correspondiente (entrega directa) o al Centro de Distribución de D&S (entrega centralizada).

79. En los Cuadros N° 4 y N° 5 se muestran los resultados obtenidos. Se debe tener presente que tanto la falta de información como la no inclusión del valor de transferencia, sesgan los costos calculados a una cota mínima. Por ello, dada la información disponible, los resultados deben leerse como el número de productos que "a lo menos" fueron vendidos bajo el costo. Adicionalmente, debido a los inconvenientes de información mencionados, no se consideraron las siguientes líneas de productos: pollo, destilados, huevos, vinos y carnes.
80. Para el año 2006, se tiene que de las 34 líneas de productos analizadas, 20 de ellas -en promedio- fueron vendidas bajo el costo (58,8%), mientras que para el año 2007 fueron 16 líneas de productos (47,1%).

**Cuadro N° 4**  
**Año 2006: venta bajo el costo por parte de D&S en Valdivia**  
**según la canasta seleccionada (34 líneas de productos)**

| Año / Mes   | Número de Líneas de Productos Vendidas Bajo el Costo (Promedio) | Número de Productos Vendidos Bajo el Costo (Promedio) | Total de Productos considerados (Promedio) |
|-------------|---|---|--|
| <b>2006</b> | <b>20</b>   | <b>154</b>  | <b>1.030</b>                               |
| Enero       | 17  | 143   | 881  |
| Febrero     | 20  | 149   | 954  |
| Marzo       | 20  | 149   | 979  |
| Abril       | 21  | 144   | 1.000                                      |
| Mayo        | 21  | 137   | 934  |
| Junio       | 22  | 161   | 1.018                                      |
| Julio       | 20  | 163   | 1.044                                      |
| Agosto      | 20  | 159   | 1.068                                      |
| Septiembre  | 21  | 158   | 1.104                                      |
| Octubre     | 21  | 165   | 1.129                                      |
| Noviembre   | 19  | 159   | 1.136                                      |
| Diciembre   | 20  | 161   | 1.112                                      |

**Cuadro N° 5**  
**Año 2007: venta bajo el costo por parte de D&S en Valdivia**  
**según la canasta seleccionada (34 líneas de productos)**

| Año / Mes   | Número de Líneas de Productos Vendidas Bajo el Costo (Promedio) | Número de Productos Vendidos Bajo el Costo (Promedio) | Total de Productos considerados (Promedio) |
|-------------|---|---|--|
| <b>2007</b> | <b>16</b>   | <b>124</b>  | <b>1.090</b>                               |
| Enero       | 19  | 144   | 1.079                                      |
| Febrero     | 18  | 152   | 1.139                                      |
| Marzo       | 17  | 151   | 1.133                                      |
| Abril       | 17  | 131   | 1.098                                      |
| Mayo        | 17  | 126   | 1.117                                      |
| Junio       | 18  | 113   | 1.110                                      |
| Julio       | 15  | 114   | 1.081                                      |
| Agosto      | 15  | 120   | 1.067                                      |
| Septiembre  | 13  | 104   | 1.056                                      |
| Octubre     | 12  | 99  | 1.093                                      |
| Noviembre   | 14  | 115   | 1.085                                      |
| Diciembre   | 12  | 122   | 1.032                                      |

81. Lo anterior indica que, en promedio, durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2006, se vendieron diariamente 20 líneas de productos a un precio menor que su costo.

## **2.2. Temporalidad o Persistencia**

82. Luego de comprobar qué porcentaje de la canasta fue vendida bajo el costo por D&S en Valdivia, se procedió a analizar la persistencia de dichas ventas bajo el costo, para lo cual resulta importante aclarar la manera en que se considera el tiempo de la venta bajo costo.
83. Una forma simple de hacerlo es analizar la duración de las promociones, es decir, la cantidad de días que un determinado producto fue vendido en promoción. Sin embargo, tal criterio lleva a interpretaciones erróneas, dado que no obedece a las características del mercado relevante definido, por cuanto considera la duración de las promociones por cada producto, toda vez que el mercado relevante se refiere a una "canasta de productos", compuesta por diferentes líneas.

84. De este modo, la forma correcta de análisis consiste en determinar el número de días en que las líneas de productos que conforman la canasta de compra representativa de una familia, fueron vendidas bajo el costo. Los resultados se describen a continuación.
85. El Cuadro N° 6 muestra, por cada línea de producto, el número de días en que éstas fueron vendidas bajo el costo. Por ejemplo, los pañales desechables, en el período analizado (735 días), 722 días fueron vendidos bajo el costo, es decir, al menos en un producto de dicha línea el precio efectivo estuvo debajo de su respectivo costo.

**Cuadro N° 6**  
**Persistencia de la venta bajo costo de D&S**

| Línea de Producto | N° de días que cumple<br>(Precio < Costo) | % Información Disponible * |
|-------------------|---|----------------------------|
| papel higiénico   | 722                                       | 72%                        |
| jugo de fruta     | 722                                       | 54%                        |
| pañales           | 722                                       | 45%                        |
| café              | 720                                       | 70%                        |
| arroz             | 708                                       | 64%                        |
| mayonesa          | 691                                       | 75%                        |
| yogurth           | 681                                       | 62%                        |
| leche             | 623                                       | 50%                        |
| shampoo           | 618                                       | 40%                        |
| detergente        | 596                                       | 40%                        |
| te                | 594                                       | 64%                        |
| galletas          | 588                                       | 68%                        |
| aceite            | 580                                       | 68%                        |
| salsa de tomate   | 530                                       | 56%                        |
| cereales          | 529                                       | 52%                        |
| legumbres         | 513                                       | 75%                        |

\* Corresponde a la información disponible respecto de la información total enviada por D&S.

Cuadro N° 6 (cont.)

| Línea de Producto   | N° de días que cumple<br>(Precio<Costo) | % Información Disponible |
|---------------------|---|--------------------------|
| papel absorbente    | 477                                     | 48%                      |
| jabón               | 433                                     | 49%                      |
| fideos              | 428                                     | 66%                      |
| margarina           | 340                                     | 83%                      |
| hamburguesa         | 311                                     | 50%                      |
| harina              | 273                                     | 71%                      |
| conserva de pescado | 265                                     | 77%                      |
| cloro               | 255                                     | 51%                      |
| cerveza             | 78                                      | 65%                      |
| gaseosa             | 10                                      | 67%                      |
| pan                 | 9                                       | 76%                      |
| pasta dental        | 5                                       | 60%                      |
| agua mineral        | 0                                       | 70%                      |
| sal                 | 0                                       | 55%                      |

86. Las líneas de productos que más cantidad de días fueron vendidas bajo el costo son: jugo de fruta, papel higiénico, café, arroz, lácteos, entre otros. Esto es consistente con lo que debería esperarse, ya que dichos productos son bienes que se utilizan para atraer a los consumidores (*Productos KVI*).
87. Por su parte, las líneas de productos que menos cantidad de días fueron vendidas bajo el costo fueron: cerveza, gaseosa, pan y pasta dental.
88. En síntesis, los resultados permiten confirmar que D&S ha realizado ventas bajo el costo en un porcentaje significativo de la canasta de alimentos representativa para una familia y, al mismo tiempo, de manera persistente en el período analizado. Asimismo, las líneas de productos que se encuentran con una mayor cantidad de días vendidos bajo el costo son aquellas consideradas como *productos KVI*, las que afectan directamente las decisiones de los consumidores y tienen una mayor elasticidad precio de la demanda.



### **Paso 3. Práctica local o política comercial de la cadena**

89. Comprobada la efectividad de venta de productos bajo el costo, así como también su persistencia, procede constatar si los precios que se cobran en el local bajo análisis son menores a los precios cobrados en otros establecimientos comerciales de D&S. En efecto, para verificar si efectivamente concurre una conducta de predación de precios en Valdivia, los precios de venta de D&S deberían ser bajo el costo de los productos para excluir o limitar la expansión de competidores en esa ciudad; lo que no ocurriría si ello sucede también en otras localidades.
90. Para lo anterior, atendido los plazos y el gran volumen de información, se analizaron cinco líneas de productos (café, jugos, papel higiénico, arroz y pañales) de los locales de D&S ubicados en la comuna de Puente Alto, y en las ciudades de Temuco y Osorno, de tal manera que si en ellos se observaba un comportamiento similar a lo detectado para el caso de Valdivia, entonces no resultaría necesario realizar el análisis para todas las líneas de productos.
91. Los resultados arrojaron que, en los locales analizados, también se efectuó ventas bajo el costo y de manera persistente para las cinco líneas de productos consideradas; lo cual evidencia que dicho tipo de ventas no sólo fue realizado por D&S en la localidad de Valdivia. En el Anexo N° 6 se muestra el detalle del análisis.
92. Lo anterior, sumado a que los precios que se cobran en el local de Valdivia no son considerablemente menores a los cobrados en otros establecimientos comerciales de D&S, debilita la acusación en contra de la demandada, debido a que más bien se trataría de una política comercial de D&S. No obstante, se procederá con el resto de los pasos del análisis.

### **Paso 4. Recuperación de pérdidas**

93. Acorde a lo indicado en el presente Informe respecto a las condiciones de entrada, la Resolución N° 24/2008 de ese H. Tribunal ha reconocido la

existencia de un conjunto de barreras a la entrada en la industria supermercadista. Por ello, es dable considerar que en el mercado existen condiciones que favorecen una potencial recuperación de pérdidas por parte de D&S.

#### **Paso 5. Efectos sobre la competencia**

94. Como se ha indicado, los efectos relevantes sobre la competencia recaen sobre la exclusión actual o potencial de competidores en el mercado de Valdivia.
95. Sin embargo, la evolución en la ciudad de Valdivia muestra que no se perciben efectos de exclusión de competidores o que limiten el desarrollo de otros supermercados en esa ciudad, toda vez que las participaciones de las cadenas de supermercados en Valdivia se han mantenido relativamente estables desde el año 2003, luego de la entrada de Bigger y D&S a esa ciudad.
96. Además, respecto a los potenciales efectos sobre las cadenas de supermercados competidoras de Lider, los planes de expansión para el año 2008 que Supermercados Bigger<sup>40</sup> y Comercial Arauco<sup>41</sup> informaron a esta Fiscalía en noviembre de 2007, no permiten proyectar algún efecto de exclusión o que limite el desarrollo de esas cadenas, al menos en el corto plazo.
97. EN SUMA, de acuerdo a la información recabada y al análisis realizado, es posible afirmar que existe evidencia que D&S ha realizado ventas bajo el costo en un porcentaje significativo de la canasta y en forma persistente, para el período 2006-2007, y que tales hechos no sólo ocurrieron en la ciudad de Valdivia sino que también en otras localidades, como Temuco, Osorno y Puente Alto.

---

<sup>40</sup> Respuesta de Comercial Bigger Valdivia al Oficio Ord. N° 1.404, de 9 de noviembre de 2007 enviado por esta Fiscalía.

<sup>41</sup> Respuesta de Comercial Arauco al Oficio Ord. N° 1.403 de 9 de noviembre de 2007, enviado por esta Fiscalía.

### Eventual infracción anticompetitiva en la venta bajo el costo persistente

98. La práctica denominada *precios predatorios* debe cumplir no sólo con las exigencias descritas en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 -que implica una consecuencia específica, desplazar a la competencia y apoderarse de un determinado mercado, como ha señalado la jurisprudencia nacional<sup>42</sup>-, sino que además requiere un tratamiento particular, desde el momento en que el mercado relevante es un mercado multiproducto, específicamente el *retail* supermercadista.
99. Al efecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ha enfocando fundamentalmente en un análisis tradicional, semejante al *Test de Areeda Turner*<sup>43</sup>, y especialmente respecto a la conducta de precios predatorios en mercados uniproducto. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso "*Quimel S.A. y Cementa S.A. en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda.*", donde el mercado relevante consistió en la producción y comercialización de planchas lisas de fibrocemento para la construcción.
100. Sin perjuicio de lo señalado, no puede desconocerse que la estrategia de precios denominada *Loss Leading* es ampliamente usada entre *retailers* multiproducto de determinadas industrias, no tan solo la supermercadista. Dicha estrategia implica que un *retailer* selecciona un pequeño subconjunto de productos para promocionar, con precios que están bajo el costo evitable. Tales productos no son escogidos al azar. Por el contrario,

---

<sup>42</sup> El considerando 7° de la resolución N° 134 de la Comisión Resolutiva señaló "*Que por otra parte, estima esta Comisión que es consubstancial a la existencia de un dumping que el precio de venta sea establecido con la finalidad específica de desplazar la competencia y apoderarse de un determinado mercado, para luego resarcirse de las eventuales pérdidas subiendo los precios al aprovechar la posición dominante y monopólica del mercado*".

<sup>43</sup> Test estándar (1975), aplicado en la mayoría de los casos de competencia a nivel mundial para comprobar la existencia de precios predatorios, que -en términos simples- considera que existen *precios predatorios cuando los precios estén por debajo de los costos marginales (usualmente aproximados por el costo variable medio)*. Este indicador está basado en las consideraciones de eficiencia paretiana y en un contexto de análisis de equilibrio competitivo.

algunos son seleccionados debido a que son comprados frecuentemente por la mayoría de los consumidores, los cuales son sensibles a su precio<sup>44</sup>.

101. Este fenómeno es observado en las estrategias de industrias como la venta de comida en restaurantes. Así, por ejemplo, estos establecimientos tienden a fijar precios razonables por un determinado menú o por los platos principales (*productos gancho*), cobrando un precio más alto por productos "*menos sensibles*", como las bebidas, lo que es un efecto o consecuencia de que en estos bienes se enfrente una menor competencia.
102. En el caso de autos, esta Fiscalía considerará lo señalado por el propio H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el considerando N° 28 de su Sentencia N° 9, que señala: "*efectivamente, los supermercados podrían estar dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales para así aumentar la demanda de otros productos en los cuáles obtiene márgenes suficientes para cubrir las pérdidas generadas en los primeros. Desde el punto de vista de la competencia, la venta bajo el costo podría ser perjudicial en la medida que la desaparición de la competencia minorista de menor tamaño, que no pueda aplicar subsidios cruzados, tuviera efectos negativos en el largo plazo... Por ello este Tribunal estima que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son per se contrarias a la libre competencia pero, cuando éstas ventas se hacen persistentes o se utilizan para destruir competidores, constituyen un arbitrio que limita la competencia*".
103. De lo señalado por el H. Tribunal, se infieren dos elementos fundamentales: la *persistencia* de la venta bajo el costo y la *desaparición de competidores en el mercado*. El elemento persistencia ha sido analizado más arriba en el presente informe. Con respecto al segundo elemento, la práctica de venta bajo el costo en supermercados afectaría a la libre competencia en el caso

---

<sup>44</sup> Bajos precios para esos productos podrían tener el efecto de inducir a los consumidores a abandonar la tienda que ellos normalmente frecuentan a favor de las tiendas con los precios más bajos.

de que, como consecuencia de tal conducta, se produzca o se tienda a producir una mayor concentración en el mercado, mediante la destrucción o desaparición de competidores.

104. Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, importante para una predación exitosa es una estructura de mercado en la cual la empresa tenga una participación lo suficientemente grande. Así, se ha declarado que *"una participación de mercado entre 40% a 50% es comúnmente usada por las agencias de competencia como un umbral para la dominancia. La Corte Europea, por ejemplo, ha establecido que la dominancia puede ser presumida en ausencia de evidencia contraria si la empresa tiene una participación de mercado persistentemente sobre el 50%. La Office of Fair Trading del Reino Unido considera improbable que una empresa sea individualmente dominante si su participación de mercado es inferior al 40%."*<sup>45 46 47</sup>
105. Conjuntamente, se ha señalado como un elemento central para configurar una conducta predatoria, el denominado *período de recuperación*. Si un potencial predador no tiene la posibilidad de recuperar las pérdidas en que tendría que incurrir durante el período de predación, por ejemplo por la estructura de su mercado relevante, es posible que los consumidores no se vean perjudicados con dicha estrategia. Sobre esta base, la Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido el denominado *test de la recuperación*

---

<sup>45</sup> Commissioner's Decision, Fair Trading Commission, Case N° 3794, *Super Plus Food Store on Predatory Behavior*, 13 de Agosto de 2001, pág 5. <http://www.jftc.com/TheFCA/Public%20Register/PDFcdecisions/Commissioners%20Decision%203794%20SuperPlus%20Public.pdf>. (traducción libre).

<sup>46</sup> Un criterio parecido se pudo observar en *Indiana Grocery, Inc v. Super Valu Stores, Inc.* United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (864 F.2d 1409), donde se señaló que *"As if this an unimportant concession, Indiana Grocery argues that Kroger's alleged predatory pricing scheme nevertheless created a dangerous probability of monopoly power because Kroger's market share of grocery sales during the alleged predation rose to 35 percent in the Indianapolis area as a whole and to nearly 50 percent in two submarkets"*.

<sup>47</sup> Por otro lado, jurisprudencia internacional ha señalado que *"...finding that defendant's market share of 35-40% was insufficient in predatory pricing case"* (Véase *See v. Algas, Inc*, 284 F.3d 1237, 1250 (11<sup>th</sup> Circ. 2002). Otra sentencia *"...dismissing predatory pricing claim where plaintiff failed to allege that defendant had market power"* (Véase *Bushnell Corp v. ITT Corp.*, 175 F.R.D. 584).

como el principal estándar para evaluar la existencia de precios predatorios y disminuir la ambigüedad del análisis de una política en ese sentido.<sup>48</sup>

106. En cuanto a los efectos, se ha señalado que, para que una conducta sea considerada predatoria, basta que tenga el potencial de causar un daño real<sup>49</sup>, criterio que se encuentra en armonía con el artículo 3° de nuestro Decreto Ley N° 211, desde que solo basta poner en peligro o amenazar el bien jurídico Libre Competencia, para que el ilícito se configure.
107. Basado en la experiencia de los casos *Brooke Group* y *Matsushita*, Dan Crane<sup>50</sup> propone que, una vez que se declara al demandado culpable de precios predatorios, la prueba del monto de los daños no resulta difícil. La tendencia de las Cortes a nivel comparado ha sido estricta respecto a la prueba de la causa y del daño o perjuicio, pero mucho más indulgente en cuanto a la prueba del monto de dichos daños, una vez acreditados los primeros elementos.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Asimismo se señaló en el caso *Brooke Group v. Williamson Tobacco*, 1993, donde la Corte reconoció que incluso si una firma fijaba su precio bajo el costo, cualquiera sea el punto de comparación o *benchmark* de dicho costo, si la firma no pudiese recuperar sus pérdidas, era difícil que hubiese un caso antitrust. El aspirante a predator se dispararía a sí mismo en el pie si es que no había recuperación y las fuerzas del mercado disciplinarían a la firma.

En el fallo de la Comisión Resolutiva por la "*Denuncia de Nibsa S.A. en contra de Mosaico S.A.*" (Resolución N° 710 del 15 de octubre de 2003), la Comisión establece que el precio sea inferior al costo no implica, necesariamente, una conducta predatoria, ya que para que ella exista se requiere también que el potencial depredador sea capaz de recuperar las pérdidas incurridas durante el período de depredación.

<sup>49</sup> V. gr.: "*If a practice is to be considered predatory it must have the potential to inflict real damage. If this is found not to be true, then the behavior cannot be found to be predatory; it is instead likely to be healthy competition.*" Véase Commissioner's Decision, Fair Trading Commission, Case N° 3794, *Super Plus Food Store on Predatory Behavior*, 13 de Agosto de 2001, pág 10. <http://www.jftc.com/TheFCA/Public%20Register/PDFcdecisions/Commissioners%20Decision%203794%20SuperPlus%20Public.pdf>.

<sup>50</sup> Crane, Dan, "*The Paradox of Predatory Pricing*", working paper n° 115, Cornell L. Rev, 2005, p 12.

<sup>51</sup> En relación a este elemento la Comisión Resolutiva en la "*Denuncia de Kemifar en contra de Productos Roche*" (resolución N° 642 del 3 de abril de 2003) estableció que "*cabe señalar, además, que el o los contratos que se celebraron en virtud de la licitación a que se refiere la denunciante, surtieron efecto durante un año, plazo que por cierto se encuentra vencido, por lo que el supuesto daño que podría habersele ocasionado a los competidores en términos de ganancias extranormales no es suficiente como para catalogar esta conducta como atentatoria a la libre competencia;*"

Finalmente en la reciente sentencia N° 67 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se estableció que "en ese contexto, y respecto de la imputación de conductas predatorias, este Tribunal estima que la prueba rendida en el proceso no permite acreditar que CONAF efectivamente haya prestado el servicio de extinción de incendios con medios aéreos con el objeto de expulsar del mercado, en forma ilícita, a los operadores privados en este negocio. Ello, habida

108. A nivel nacional, existen numerosas resoluciones y dictámenes de los organismos antimonopolio, así como sentencias de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sobre la materia. El siguiente Cuadro presenta una síntesis de los criterios sostenidos por dicha jurisprudencia y las principales conclusiones sobre el tema a nivel internacional.

---

cuenta de lo señalado precedentemente respecto de las barreras de entrada a este mercado. Tampoco existen antecedentes en autos que permitan establecer que, incluso de producirse la salida de empresas proveedoras del servicio de extinción aérea de incendios a consecuencia de las conductas de CONAF, esta corporación hubiera podido subsecuentemente ejercer en forma abusiva un eventual poder de mercado así adquirido y compensar mediante dicho abuso la disminución de rentas asociadas a una conducta predatoria. En consecuencia, se desecharán las acusaciones de conductas predatorias imputadas a CONAF, al no haberse acreditado en este caso los elementos propios de dicha conducta”.

**Cuadro N° 7**  
**Criterios utilizados por la institucionalidad nacional e internacional de**  
**competencia en materia de precios predatorios**

| ELEMENTO   | OBSERVACIÓN   |
|--|---|
| Venta bajo el costo                                      | La medida más utilizada es el costo variable medio, aunque en lo más reciente ha habido una tendencia a utilizar los costos evitables. Es condición necesaria pero no suficiente para configurar la conducta. (ICN, <i>Report on Predatory Pricing, prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto, April 2008, página 3</i> ).  |
| Posición dominante                                       | Es condición necesaria pero no suficiente para configurar la conducta. Se ha señalado que no puede ser inferior al 50% de <i>Market Share</i> (Véase Commissioner's Decision, Fair Trading Commission, Case N° 3794, <i>Super Plus Food Store on Predatory Behavior</i> , 13 de Agosto de 2001, pág 5. <a href="http://www.jftc.com/TheFCA/Public%20Register/PDFcdecisions/Commissioners%20Decision%203794%20SuperPlus%20Public.pdf">http://www.jftc.com/TheFCA/Public%20Register/PDFcdecisions/Commissioners%20Decision%203794%20SuperPlus%20Public.pdf</a> ). De acuerdo a la Guía de Precios Predatorios de Canadá, el Bureau generalmente no considera a firmas con participaciones de mercado inferiores al 35%. |
| Barreras de entrada                                      | Es condición necesaria para la jurisprudencia nacional, pero no suficiente para configurar la conducta (Sentencia No. 39-2006, Res. No. 30.942 de la Corte Suprema, voto de minoría)  |
| Temporalidad y extensión de canasta o líneas de producto | En mercados multiproducto, lo suficientemente prolongado en el tiempo como para causar un daño material sobre los competidores, y en un rango suficiente de líneas de productos, pero varía caso a caso. Véase Commissioner's Decision, Fair Trading Commission, Case N° 3794, <i>Super Plus Food Store on Predatory Behavior</i> , 13 de Agosto de 2001.   |
| Recuperación de pérdidas                                 | Jurisprudencia chilena ha señalado que la predación requiere de este requisito (Resolución N° 710 del 15 de octubre de 2003). A nivel internacional, se le ha reconocido como elemento central, y las altas barreras a la entrada han sido frecuentemente citadas como factor a considerar al evaluar la posible recuperación de las pérdidas.  |
| Efecto   | El efecto más citado por las agencias es la exclusión actual -o probable- de competidores, o la limitación de los mismos. (ICN, <i>Report on Predatory Pricing, prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN Kyoto, April 2008, página 4</i> ). Internacionalmente, el Standard probatorio es alto, en Chile se ha exigido acreditarlo en " <i>Denuncia de Kemifar en contra de Productos Roche</i> " (resolución N° 642 del 3 de abril de 2003).  |



## VI. PUBLICIDAD COMPARATIVA ENGAÑOSA

109. Como se señaló, Comercial Arauco Ltda., demandó ante ese H. Tribunal a D&S, además, por la ejecución de actos de competencia desleal, configurados por la realización de publicidad comparativa engañosa.

110. Al tenor del punto de prueba dictado en autos en relación a dicha conducta, se informa lo siguiente:

*A. Efectividad de que la publicidad comparativa realizada por la demandada induzca a error o engaño a los consumidores.*

111. De los antecedentes tenidos a la vista, los actos de publicidad comparativa de D&S en la ciudad de Valdivia, podrían contener los elementos suficientes para ser considerados como actos de competencia desleal, que tendrían por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado.

112. En efecto, la publicidad comparativa expuesta, en base al mérito de los volantes publicitarios acompañados al proceso<sup>52</sup>, da cuenta de diversas inconsistencias:

a.1) Comparación de productos señalados en las boletas de Supermercados Unico, omitidos de las boletas de Lider Valdivia. Así ocurrió, por ejemplo, con el volante del jueves 14 de diciembre de 2006<sup>53</sup> y con el volante del miércoles 29 de noviembre de 2006.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> En la demanda se presentaron los volantes publicitarios de Lider en Valdivia correspondientes a las fechas 26 de septiembre, 12 de octubre, 25 de octubre, 10 de noviembre, 29 de noviembre y 14 de diciembre de 2006.

<sup>53</sup> En el volante del jueves 14 de diciembre de 2006, se omitieron los siguientes productos:  
*Leche Calo Semidescremada 12% Grasa en Polvo 900 gr;*  
*Leche Calo Purita Cereal Fortificada en Polvo 1 K; y,*  
*Avena Quaker Tradicional 1 K.*

<sup>54</sup> En el volante del miércoles 29 de noviembre de 2006, se omitieron los siguientes productos:  
*Margarina Next, Pan, 250 gr;*  
*Margarina Next, Pote, 125 gr;*  
*Leche Calo Semidescremada 12% Grasa en Polvo 900 gr;*  
*Leche Calo, Purita Cereal Fortif Polvo 1k;*  
*Avena Quaker Tradicional 1 kilo.*

Además, los productos omitidos en las boletas de Lider Valdivia y señalados en las de Supermercados Unico, se muestran agrupados en estas últimas.

En los volantes referidos a esta publicidad comparativa, Lider inserta una frase al final, en grandes letras, señalando "*SON EXACTAMENTE LOS MISMOS PRODUCTOS*", lo que efectivamente no se correlaciona con todos los artículos de las boletas comparadas. No se puede sino señalar que aunque Lider pueda incurrir en errores e inconsistencias, estos no devienen en excusables cuando esta cadena se encarga de remarcar a sus consumidores que se trata exactamente de los mismos productos, autoimponiéndose un nivel de cuidado mayor al momento de hacer tales comparaciones.

a.2) Comparación de productos de Lider Valdivia que son de menor calidad que los comercializados por Supermercados Unico. De acuerdo a lo señalado en la demanda, se trata básicamente de pañales desechables y un vino. A simple vista, se aprecia que no son exactamente los mismos productos y su comparación tiene un grado de dificultad no menor.

a.3) En cuanto a que la comparación no sería demostrable, cabe señalar que es efectivo que los códigos Lider están incompletos y que la identificación de los productos, en algunos casos, es difícil de determinar.

a.4) En relación con la comparación de productos de Lider Valdivia en promoción versus productos de Supermercados Unico no promocionados, en los volantes analizados, la mayoría de los productos de D&S efectivamente se encuentran en condiciones promocionales.

Es esperable que los consumidores prefieran, a una misma calidad, los productos más baratos, y por lo tanto se hace necesario conocer la existencia de promociones al efecto y su periodo de vigencia, tal como la jurisprudencia ha declarado en diversos mercados, situación que no queda clara en la publicidad efectuada por la demandada.

113. En consecuencia, y sin perjuicio de los demás antecedentes que las partes pudieren allegar al proceso, los actos de publicidad comparativa de D&S en la ciudad de Valdivia podrían ser aptos para ser considerados de competencia desleal, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado, sin que resulten razonables las inconsistencias o errores excusados por D&S, y su defensa relativa a que el punto central y lo que realmente el consumidor promedio mira es la canasta total, que es el fin de comparaciones como las analizadas.

*B. Efectos actuales o potenciales de esa publicidad en la posición de mercado de la demandada*

114. En cuanto a los potenciales efectos de la publicidad con inconsistencias o errores que ha realizado la demandada, razonablemente podría estimarse que la habitualidad y reiteración de una inconsistencia en la comparación publicitaria podría llevar a creer a los consumidores que se trata de canastas uniformes y replicables, lo que a largo plazo podría desviar clientela hacia Lider Valdivia, en desmedro de Comercial Arauco, y de esta manera, considerando otros factores constantes, podría favorecer la posición de mercado de la demandada.
115. Ahora bien, en lo que respecta a los efectos actuales de dicha publicidad en la posición de mercado de la demandada, es recomendable analizar cómo los volantes utilizados por D&S, con las inconsistencias mencionadas, afectaron las ventas del resto de los supermercados de la localidad de Valdivia. Para ello se requiere tener en cuenta, además de la respectiva publicidad y ventas de D&S en Valdivia y de Comercial Arauco, lo ocurrido en el resto de los supermercados de la localidad de Valdivia.<sup>55</sup> De esta manera, con la información disponible en el proceso, no ha sido posible constatar los efectos actuales de la publicidad de D&S en la posición de

---

<sup>55</sup> En este sentido, también debería considerarse, por ejemplo, la publicidad que realizó la cadena Bigger en Valdivia, así como también los efectos de esa publicidad sobre sus ventas y en la de otros supermercados.

mercado de esa empresa como consecuencia causal de la conducta imputada.

## VII. CONCLUSIONES

116. Con fecha 18 de abril de 2007, Comercial Arauco Limitada interpuso una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica en contra de D&S, por prácticas predatorias que en forma persistente se habrían estado ejecutando en la ciudad de Valdivia.
117. Con fecha 15 de enero de 2008, Comercial Arauco demandó ante ese H. Tribunal a Distribución y Servicio D&S S.A., por dichas prácticas y también por competencia desleal, configuradas por el establecimiento de precios de venta a público excesivamente bajos o bajo el costo y por la realización de publicidad comparativa engañosa.
118. En la localidad de Valdivia existen barreras a la entrada, que vienen dadas -principalmente- tanto por el número considerable de cadenas supermercadistas instaladas, como por la expansión de las que actualmente operan en esa ciudad, lo cual hace menos probable el ingreso de un nuevo actor que discipline a las cadenas establecidas.
119. En lo que se refiere a la expansión de las cadenas de supermercados que operan actualmente, tanto Bigger como Unico han abierto nuevos locales. Además, en lo reciente, se ha producido la adquisición de la cadena Bigger por parte del grupo Southern Cross. Como ya lo ha sostenido ese H. Tribunal, ni la observada expansión de supermercados establecidos ni el cambio de controlador de una cadena constituyen entrada efectiva de nuevos competidores que disciplinen a las empresas establecidas en la ciudad de Valdivia.
120. El análisis de esta Fiscalía se concentró en el período que va desde el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2007, para el caso de la conducta de precios predatorios. En cuanto a la conducta de competencia desleal, el

análisis se circunscribió a las fechas indicadas en los volantes que se acompañaron con la demanda.

121. Los resultados permiten confirmar que D&S ha realizado ventas bajo el costo en un porcentaje significativo de la canasta representativa y, al mismo tiempo, de manera persistente en el período analizado. En efecto, para el año 2006, se observó que el 58,8% de la canasta analizada fue vendida bajo el costo, mientras que para el 2007 resultó en un 47,1%.
122. Asimismo, las líneas de productos que se encuentran una mayor cantidad de días vendidos bajo el costo son aquellas consideradas como "gancho", es decir las que afectan directamente sobre las decisiones de los consumidores y que tienen una mayor elasticidad precio de la demanda.
123. El análisis de los precios respecto de los costos para los locales de D&S que operan en las ciudades de Temuco, Osorno y la comuna de Puente Alto, indica que también se realizaron ventas bajo el costo y de manera persistente en dichos mercados, lo que en principio podría consistir o formar parte de su política comercial.
124. Las participaciones de mercado en Valdivia se han mantenido constantes desde el año 2004, de lo que se puede inferir que no ha habido efectos exclusorios en el mercado relevante analizado.
125. En relación a la imputación por competencia desleal, los actos de publicidad comparativa de D&S en la ciudad de Valdivia podrían configurar los elementos para ser considerados como infracción a la libre competencia, de aquellas que tienen por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado.
126. En cuanto a los potenciales efectos de esa publicidad, razonablemente podría estimarse que la habitualidad y reiteración de inconsistencias en la comparación publicitaria podría llevar, en el largo plazo, a desviar clientela hacia Lider Valdivia, en desmedro de Comercial Arauco, y de esta manera,

considerando otros factores constantes, podría favorecer la posición de mercado de la demandada.

127. Sin embargo, con la información disponible en el proceso, no ha sido posible constatar -como consecuencia causal de la conducta imputada- los efectos actuales de la publicidad de D&S en Valdivia sobre la posición de mercado de esa empresa.

**POR LO TANTO,**

**A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO** tener por evacuado el informe solicitado, en los términos expuestos.

**PRIMER OTROSI:** Sírvase ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos que fundan el presente informe:

1. Acta de Declaración del Sr. Francisco Simonelli Álvarez, Gerente de Ventas de Hipermercado Valdivia Limitada, prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, de 14 de noviembre de 2007.
2. Acta de Declaración del Sr. Alberto Silva Oyarzo, y Sr. Joseph Jano, Gerente de Administración y Finanzas y accionista de Hipermercado Unico, respectivamente, prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, de 15 de noviembre de 2007.
3. Acta de Declaración del Sr. Juan Carlos Bayelle, Gerente General de Supermercados Bigger, prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, de 15 de noviembre de 2007.
4. Acta de Declaración del Sr. Gonzalo Eguiguren Correa, Gerente General de Kimberly Clark Chile S.A., prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, de 28 de noviembre de 2007.

5. CD-Rom que contiene los respaldos y bases de datos originales y las directamente utilizadas para efectuar las estimaciones y conclusiones pertinentes en los gráficos, cuadros y tablas acompañados tanto al presente informe como al que se acompaña en virtud del segundo otrosí de esta presentación.

**SEGUNDO OTROSI:** De conformidad al Auto Acordado N° 11/2008 de ese H. Tribunal y atendido a que las declaraciones y el CD-Rom acompañados en el otrosí precedente contienen información que pudiera considerarse altamente sensible por las empresas a las que se refieren, solicito a ese H. Tribunal ordenar su custodia por el Sr. Secretario y disponer el carácter de documentos confidenciales de los mismos, tomando las providencias que VS. estime procedentes.

**TERCER OTROSI:** Solicito a ese H. Tribunal tener por acompañado seis (6) anexos confidenciales, elaborados por esta Fiscalía, en que se fundamenta lo informado en el presente escrito. En conformidad al Auto Acordado N° 11 de 26 de Noviembre de 2008 de ese H. Tribunal, a la calidad de confidenciales con que fueron allegados a esta Fiscalía la mayoría de los antecedentes de que dan cuenta los referidos anexos y atendido a que contienen información que pudiera considerarse altamente sensible por las empresas a las que se refieren, solicito a ese H. Tribunal disponer su confidencialidad, ordenar su custodia por el Sr. Secretario en el cuaderno respectivo y tomando las providencias que VS. estime procedentes.

**CUARTO OTROSI:** Sírvase 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 representación de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Cristián R. Reyes Cid, doña Carolina Bawlitza Fores y don Francisco Arriagada Piña, habilitados para el ejercicio de la profesión,

REPUBLICA DE CHILE  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
AGUSTINAS 853, PISO 2  
SANTIAGO

de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.

