

**EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO EN CONTRA DE D&S Y CENCOSUD POR RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA.**

**EN EL PRIMER OTROSI: MEDIDA PRECAUTORIA.**

**EN EL SEGUNDO OTROSI: RESERVA DE ACCIONES.**

**EN EL TERCER OTROSI: PERSONERIA, PATROCINIO Y PODER.**

## **H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO**, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 12, Santiago, en los autos sobre Operaciones de Concentración de la Industria Supermercadista por D&S y Cencosud, Rol C N° 101-06, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 39, letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y conforme lo dispuesto, además, por los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19, 25 y 26 del mismo cuerpo legal, vengo en formular requerimiento en contra de las siguientes empresas:

1. Distribución y Servicios D&S S.A., de giro comercio y supermercados, representada por su gerente general, señor Enrique Ostalé Cambiaso, ingeniero, ambos con domicilio en Avenida Del Valle N° 725, piso 5, Ciudad Empresarial, comuna de Huechuraba, de esta ciudad, en adelante "D&S", y
2. Cencosud S.A., de giro comercial, representada por su gerente general, señor Laurence Golborne Riveros, ingeniero civil industrial, ambos con domicilio en Avenida Kennedy N° 9001, piso 7, comuna de Las Condes, de esta ciudad, en adelante "Cencosud".

El requerimiento se interpone porque tanto D&S, dueña de la cadena de supermercados “Líder”, como Cencosud, dueña de la cadena de supermercados “Jumbo” y “Santa Isabel”, han ejecutado y celebrado hechos, actos y convenciones que, o bien restringen o entorpecen la competencia en la industria supermercadista, o bien tienden a producir esos efectos, siendo necesario que el H. Tribunal decrete, a su respecto, determinadas medidas preventivas, correctivas y prohibitivas, todo ello conforme lo disponen los artículos 3° y 5° del Decreto Ley N° 211.

En efecto, tanto D&S, como Cencosud, se encuentran desarrollando, desde hace varios años, agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento, que comprenden, en modo sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, con lo cual, por una parte, han eliminado competidores actuales, concentrando en su favor la industria y, por la otra, han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso, concertado o unilateral, para consumidores, competidores actuales y potenciales, y proveedores.

A la par de lo anterior, tanto D&S, como Cencosud, efectivamente han ejercido ese poder de mercado, específicamente su poder de compra, en contra de sus proveedores, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas.

En ese contexto es que se enmarcan las operaciones de concentración que, en particular, motivaron la medida prejudicial precautoria de fojas 46:

- a) Las negociaciones para tomar el control, Cencosud, de la cadena regional Supermercados Infante en la segunda región;

- b) Las noticias de eventuales negociaciones para tomar el control, D&S o Cencosud, de la cadena regional Supermercados Korlaet en la segunda región;
- c) Las negociaciones para tomar el control, D&S, de la cadena regional Supermercados Rendic en las regiones tercera y cuarta;
- d) Las negociaciones para tomar el control, Cencosud, de la cadena Supermercados Economax en la región metropolitana;
- e) Las noticias de eventuales negociaciones para tomar el control, D&S o Cencosud, de la cadena de la zona central Supermercados Montserrat; Y,
- f) La toma de control reciente, por D&S, de parte importante de la cadena regional Supermercados El Pilar, en la séptima región;

Estas operaciones han sido analizadas en el contexto estructural arriba esbozado, en su conjunto y en su mérito individual, motivando el presente requerimiento y la solicitud de medidas que se indicarán.

El siguiente es el análisis de esta Fiscalía:

## **I. LOS MERCADOS.**

La doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, confirmada por la evidencia empírica, nos permiten sostener que la industria supermercadista da origen a dos mercados, conexos entre sí, que podemos definir de la siguiente forma:

- a) El del aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados, para su distribución minorista a consumidores finales; y
- b) 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.

En el mercado del aprovisionamiento mayorista a supermercados se relacionan los proveedores mayoristas y los supermercados, en un entorno que tiende a ser nacional, pero que para un cierto tipo de proveedores es local, a lo más regional, como sucede normalmente con los proveedores de vegetales y hortalizas<sup>1</sup>.

En el mercado del aprovisionamiento de hogares, por su parte, se relacionan los supermercados y los consumidores en un entorno que, por razones prácticas, no puede sino que ser local, delimitado por el espacio geográfico dentro del cual resulta razonable que un consumidor se desplace para efectuar sus compras periódicas. Internacionalmente se indica que, para estos efectos, deben considerarse radios de aproximadamente diez minutos de conducción en automóvil<sup>2</sup>, radios que podrían incluso reducirse, por elementos particulares, tales como que una parte importante de la población no posea automóvil.

---

<sup>1</sup> Las Sentencias N° 09/2004 y N° 31/2005 de este H. Tribunal, son bastantes claras a este respecto.

<sup>2</sup> Competition Commission of the United Kingdom, Supermarkets, a report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom for the Parliament, 2000 ([www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)). También, Ronald W. Cotterill, Antitrust analysis of the supermarkets: global concerns playing out in the local markets, 2006.

## **II. CONCENTRACION EN LOS MERCADOS.**

En lo que respecta al mercado del abastecimiento mayorista a supermercados, interesa determinar la porción de las ventas de los proveedores mayoristas a la industria supermercadista.

Al respecto, desde hace varios años, se observa una tendencia al alza en la participación de la industria supermercadista en las ventas de los diversos rubros de proveedores.

Tanto es así, que el H. Tribunal, en su Sentencia N° 09/2004, estableció que la mayoría de los proveedores se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de las grandes cadenas de supermercados, D&S y Cencosud, que ostentan frente a los proveedores lo que se ha dado en llamar “Poder de Compra”.

En cuanto al mercado del aprovisionamiento de hogares, también desde hace ya unos años que es notorio y constante el aumento en los índices de concentración, especialmente en favor de D&S y Cencosud. De hecho, la referida Sentencia N° 09/2004 se dictó considerando participaciones, a nivel nacional, de 23% para Cencosud y 33% para D&S, esto es, 56% de las ventas entre las dos más grandes empresas; y resulta que hoy esas participaciones son de 29% para Cencosud y 34% para D&S, es decir, 63% entre las dos, participaciones éstas que las tomas de control de Rendic y El Pilar por D&S, y de Infante y Economax por Cencosud, elevarían a 31% para Cencosud y 38% para D&S, o sea, 69% entre las dos. El siguiente cuadro ilustra lo señalado:

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

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

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

En el cuadro precedente resalta la concentración de la industria en favor de los dos principales actores, D&S y Cencosud; la enorme distancia de D&S y Cencosud, respecto de los demás actores, todos con participaciones menores, comparadas con aquellos; las sucesivas tomas de control de esos actores menores por los líderes, D&S y Cencosud; y el incremento constante de todos estos fenómenos.

Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que, en lo que al aprovisionamiento de los hogares se refiere, los mercados son locales y, por ende, deben determinarse caso a caso, para cada zona afectada por una determinada operación de concentración o por determinadas conductas relativas a los consumidores.

Así, por ejemplo, si bien Rendic realiza menos del 4% de las ventas a nivel nacional, en La Serena ese porcentaje sube al 44%, guarismo éste que D&S pretendía sumar a su 42%, totalizando un 86% de las ventas de La Serena y convirtiéndose prácticamente en monopolista en determinados sectores.

### III. BARRERAS A LA ENTRADA.

En su Sentencia N° 09/2004, el H. Tribunal estableció la existencia de barreras a la entrada en la industria supermercadista. Como evidencia de ello, la Sentencia dio cuenta de la ausencia de nuevos competidores de importancia en varios años, haciéndose de paso cargo de la referencia que se hacía al ingreso de Falabella, que efectivamente ingresó, pero mediante la toma de control de un incumbente, supermercados San Francisco:

*“... es un hecho público y notorio que en el último tiempo no ha ingresado y permanecido ninguna cadena de supermercados relevante con posibilidades de amagar la posición de D&S o Jumbo. El último ingreso de una cadena relevante fue el caso de Carrefour, que abandonó el país luego de no alcanzar una participación significativa en el mercado y, de paso, fue adquirida por D&S. También es sintomático que Falabella haya ingresado a la industria de supermercados a través de la compra de una cadena existente, en vez de hacerlo creando su propia cadena.”* (Considerando decimoquinto).

Hoy en día el argumento se repite, haciendo referencia a los supermercados Tottus. No obstante, éstos también son controlados por Falabella, que a la logística adquirida con San Francisco, suma la de su multitienda y que, pese a su publicitado plan de inversiones y expansión, en los últimos dos años sólo ha incrementando su participación de mercado a nivel nacional en dos puntos porcentuales.

Por lo tanto, sigue siendo evidente la existencia de barreras a la entrada, las que, para efectos de análisis, pueden clasificarse de la siguiente manera:

### III.1. Barrera tecnológica.

#### 1. Economías de escala.

Estas economías o externalidades positivas, se consiguen con el incremento de producción y el consiguiente mejor aprovechamiento de insumos, lo cual redunda en un menor costo unitario; en otras palabras, producir grandes volúmenes genera costos medios decrecientes. En la industria de los supermercados tales economías se dan principalmente en lo relativo a frigorización, bodegaje y distribución de las mercaderías.

### III.2. Barreras estructurales.

#### 2. Inversión en infraestructura.

El considerable monto de inversión física y de experticia o “know-how” que se requiere para poner en marcha un supermercado.

#### 3. Masa crítica de tenedores de tarjetas de crédito.

En el último tiempo, siguiendo las tendencias del retail, las grandes cadenas de supermercados han incorporado, para sus clientes, la oferta de tarjetas de crédito de propia emisión. Con esto, sabemos, no sólo producen fidelización, sino incluso cautividad de parte del cliente, especialmente del de más bajos ingresos.

### III.3. Barreras estratégicas.

En su Sentencia N° 09/2004, el H. Tribunal declaró que:

*“... la evidencia disponible tiende a señalar que la magnitud de las barreras a la entrada al mercado relevante es perceptible. Si no existieran tales barreras, el poder de compra de los supermercados debiera tender a reducirse con la entrada*



*de nuevos competidores. Sin embargo, la agresiva y publicitada estrategia de crecimiento de los principales supermercados constituiría una barrera estratégica para potenciales entrantes a este mercado. Así, se podría desincentivar la entrada incluso en localidades en que no se han instalado las principales cadenas, pero en los que éstas han efectuado compras de terrenos.*

*También puede contribuir a erigir barreras a la entrada el hecho que las principales cadenas de supermercados han diversificado los formatos de sus establecimientos, tendiendo a cubrir distintos nichos del negocio...”*

El H. Tribunal, en consecuencia, constató la existencia de barreras estratégicas a la entrada de magnitud, dentro de las que destacó:

4. Las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento.

Particularmente, las de D&S y Cencosud que comprenden, en modo sustancial, como se ha señalado, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados.

5. Sobreinversión en capacidad instalada o por instalar.

La compra, por parte de las grandes cadenas, de terrenos para su instalación o expansión, bloquea directa e indirectamente el ingreso de nuevos concurrentes al mercado. Directamente, porque los terrenos idóneos son cada vez más escasos; e indirectamente, porque se trata de una capacidad ociosa presta a ser puesta en marcha y saturar el mercado. Por otra parte, la compra de terrenos incluso en comunas o ciudades donde las cadenas aún no tienen presencia, les da la ventaja de ser el primero en el mercado o al menos de haber dado el primer paso para ello, desincentivando la entrada o expansión de potenciales competidores. Y,

6. La diversificación de los formatos de los locales.

Sobretudo, los de D&S y Cencosud. Se trata del conjunto de características de un local, tales como el número de cajas registradoras de que dispone, la superficie disponible y la construida, los servicios adicionales que ofrece, el área de venta o influencia (sector de una o varias comunas), o la cantidad y variedad de productos ofrecidos. Así, mientras D&S tiene supermercados "pequeños" (Líder Express), "medianos" (Líder Vecino) y "grandes" y "muy grandes" (Líder), Cencosud mantiene supermercados "pequeños" (Santa Isabel) y "grandes" y "muy grandes" (Jumbo). Con esto se alcanzan economías de ámbito, pues se cubren diferentes nichos de mercado, inhibiendo competencia potencial.

A esas barreras estratégicas, es posible agregar las siguientes:

7. Proliferación de marcas propias, cada vez más numerosas y diversificadas.

La asimetría entre proveedores y supermercados se acentúa cuando éstos venden bienes de marca propia, sean fabricados por un proveedor de productos de marca tradicional o por un productor alternativo. Como consecuencia, no sólo se incrementa el poder de compra, sino que, además, las ventajas que obtienen las grandes cadenas en relación con las pequeñas o con un potencial entrante, que han de tomar nota de la necesidad de un tamaño mínimo para desarrollar marcas propias y, en general, permanecer o ingresar a la industria.

8. Capacidad para iniciar y mantener guerras de precios.

Ante la entrada de un competidor, el supermercado residente, seguro de su posición, puede iniciar o amenazar con una escalada de bajas de precios. Los menores precios benefician al consumidor, pero perjudican a los competidores y también a los proveedores, pues sabemos que esos menores precios provienen, en parte no menor, de presiones ejercidas por el supermercado para extraerles su excedente.

Estas barreras, especialmente las de tipo estratégico, han tenido por virtud la eliminación, por parte de D&S y Cencosud, de competidores actuales, concentrando en su favor la industria y, por la otra, la inhibición de nuevos competidores, generando con todo ello, para sí, un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso, concertado o unilateral, para consumidores, competidores y proveedores.

#### **IV. PODER DE MERCADO.**

Se ha definido el poder de mercado como la capacidad de una empresa de actuar independientemente de sus competidores, proveedores o consumidores, esto es, la facultad de alzar precios, disminuir la calidad de sus productos o restringir las posibilidades de elección del consumidor, sin que ello signifique una baja correlativa en las ventas<sup>3</sup>.

En consecuencia, una empresa puede tener Poder de Mercado respecto de sus *competidores*, como sucedería si éstos no pueden acceder a la infraestructura o a insumos esenciales, o no pueden expandirse o instalarse, o pueden hacer unas u otras cosas en condiciones menos ventajosas; respecto de sus *proveedores*, caso en el cual hablamos de Poder de Compra, que existe si los proveedores realizan buena parte de sus ventas a la empresa, sin poder sustituirla o pudiendo hacerlo sólo en condiciones desventajosas; y respecto de los *consumidores*, como sucedería si éstos realizan buena parte de sus compras a la empresa, sin poder sustituirla o pudiendo hacerlo sólo en condiciones desventajosas.

Ahora bien, podría sostenerse que una empresa puede tener Poder de Mercado respecto de unos agentes y no de otros, por ejemplo, respecto de los competidores, pero no respecto de los proveedores y los consumidores, o incluso respecto de competidores y proveedores, pero no respecto de los consumidores.

---

<sup>3</sup> W. Landes y R. Posner. Market power in antitrust cases. Harvard Law Review 94 (1981), p. 937.

Sin embargo, es difícil imaginar que una empresa tenga poder de mercado respecto, por ejemplo, de sus competidores, sin que a su vez lo tenga respecto de proveedores o consumidores, o incluso de ambos: Si esa empresa mantiene a sus competidores a raya, al menos los consumidores verán limitadas sus posibilidades de elección. Similares situaciones suceden con las demás combinaciones posibles.

Además, se comprenderá que el ejercicio de Poder de Mercado respecto de una clase de actores genera Poder de Mercado respecto de los otros o bien, al menos, que afecta negativamente a esos otros, como lo estableció el H. Tribunal en su Sentencia N° 09/2004, al señalar que *“... el utilizar el poder de mercado para reducir los pagos a proveedores tiene los mismos efectos que utilizar una posición dominante para aumentar el precio de venta. En este sentido, la utilización abusiva de la posición dominante puede llevar a alterar los precios reduciendo la cantidad producida y el bienestar de la sociedad como un todo.”* (considerando décimo noveno).

Por ende, la exacerbación del Poder de Mercado respecto de una clase de actores es preocupante aún cuando respecto de los otros no parezca haber tal Poder o no se produzca un incremento equivalente, como podría suceder si una determinada operación de concentración incrementa el Poder Compra, pero no provoca el mismo efecto en el Poder de Mercado de cara a los consumidores de mercados específicos.

Lo anterior es más válido aún si, como en la especie, existe evidencia de que aquella empresa efectivamente ha ejercido Poder de Mercado respecto de una clase de actores, caso en el cual cualquier incremento del Poder de Mercado del que se ha abusado, por marginal que parezca, es preocupante para los organismos pro competencia.

Más aún, la situación será todavía más preocupante en industrias que, como la que se analiza, se concentran en favor de dos actores con Poder de Mercado y que prácticamente no tienen otros contrapesos, pues cada una de esas empresas, por separado, tendrá incentivos para incurrir en los abusos en que incurra la otra, equilibrando las ventajas obtenidas, imitándose mutuamente, comportándose en forma paralela y hasta, eventualmente, concertándose, redoblando así el Poder de Mercado que ostentan y la intensidad de los abusos, y eventualmente también, extendiendo esos abusos a los actores aparentemente aún no afectados.

Por estas consideraciones, es que es necesario analizar el Poder de Mercado de D&S y Cencosud en la industria supermercadista:

#### IV.1. Poder de Mercado respecto de Competidores.

En el acápite anterior establecimos la existencia de una serie de barreras a la entrada de la industria y cómo, tanto D&S, como Cencosud, han contribuido a ello, cuestión que también constató el H. Tribunal en su Sentencia N° 09/2004.

En efecto, tanto D&S, como Cencosud, se encuentran desarrollando, desde hace varios años, agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento que comprenden, en modo sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, con lo cual, por una parte, han eliminado competidores actuales, concentrando en su favor la industria y, por la otra, han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores.

Como resultado de esas estrategias, D&S y Cencosud, en la actualidad, enfrentan a competidores más bien marginales, según se desprende del cuadro n° 1, siendo dificultoso que un tercer actor de importancia les dispute sus posiciones en un plazo razonable, situación ésta que las operaciones de concentración que, en particular, motivan este requerimiento, agudizan.

Si a ello se unen, entre otros elementos, las economías de escala y de ámbito, y las ventajas obtenidas de proveedores mediante el ejercicio del Poder de Compra, se refuerzan aún más las inhibiciones de los competidores potenciales y se une a ello el desaliento de los actuales, que ven limitadas sus posibilidades de competir, al punto que a la fecha de la dictación de la medida prejudicial de fojas 46 varios incumbentes deslizaban su interés por ser adquiridos por D&S o Cencosud.

Por ende, cualquier operación que tenga por efecto aumentar, incluso de manera no sustancial, los índices de concentración de la industria en favor de D&S o de Cencosud, representa un riesgo para la competencia actual y potencial entre supermercados.

#### IV.2. Poder de Compra.

El creciente porcentaje que, en las ventas del conjunto de los proveedores mayoristas, representan las efectuadas a supermercados, unido a la también creciente concentración de la industria y a las barreras a la entrada existentes, determinan un poder de mercado cada vez mayor para los supermercados, en relación con sus proveedores, el llamado “Poder de Compra”.

Nuevamente citaremos al H. Tribunal, porque en su Sentencia N° 09/2004 fue particularmente claro al establecer la existencia de Poder de Compra en manos, naturalmente, de D&S y Cencosud:

*“... el aumento en la importancia y concentración del canal de distribución de supermercados, junto con las barreras a la entrada perceptibles, resultan en una alta dependencia de muchos proveedores en su relación con las mayores cadenas de supermercados, que puede denominarse “Poder de compra”.*

*El poder de compra permite al comprador beneficiarse con menores precios, que incluyen descuentos no relacionados con costos y que no prevalecerían en una situación competitiva.”* (Considerando décimo sexto).

El H. Tribunal también constató que ese Poder de Compra, predicable respecto de la generalidad de los proveedores, es naturalmente mayor respecto de los proveedores de menor tamaño y, añadiría en otra sentencia, de los proveedores locales (Sentencia N° 31/2005), como suelen ser los que surten de vegetales y hortalizas.

Ahora bien, en su Sentencia N° 09/2004, el H. Tribunal estableció que, además, el Poder de Compra de las requeridas había sido ejercido, abusando de los proveedores mediante una serie de conductas que allí se describieron y, en general, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas.

Esta Fiscalía ha podido constatar que esos abusos no cesaron con la Sentencia N° 09/2004, sino que continúan realizándose, como se explicará.

Más todavía, el escenario del que damos cuenta es, además, propicio para que los dos actores con Poder de Mercado en la industria imiten sus conductas, tengan comportamientos paralelos abusivos y hasta se coordinen para ello. Así lo previno ya el H. Tribunal en aquella Sentencia:

*“... las prácticas instauradas por una cadena suelen ser imitadas por otras para mantener su posición en el mercado, agravándose los posibles efectos de tales conductas ...”* (Considerando vigésimo segundo).

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

#### IV.3. Poder de Mercado respecto de Consumidores.

Los índices de concentración de la industria alcanzaron, hace ya tiempo, niveles preocupantes y su tendencia es al alza, concentrándose, por lo demás, en favor de D&S y Cencosud, que en la actualidad no enfrentan competidores de importancia, reduciendo las posibilidades de elección de los consumidores, como se estableció en el acápite II.

Sin perjuicio de ello, los indicadores de concentración deben aplicarse a la realidad de los diversos mercados de abastecimiento a hogares que se determinen como geográficamente relevantes.

Así, entonces, habrá sectores en que el dominante no sea ni D&S ni Cencosud, sino que Rendic o Economax, pudiendo aumentar o no la concentración una determinada operación, según si el adquirente tiene o no presencia actual.

De todos modos, establecido que es riesgosa para competidores y proveedores, la concentración de la industria en favor de D&S o Cencosud, se comprenderá que, aún cuando en un determinado mercado local no aumente la concentración de cara a los consumidores, podrían igualmente existir riesgos para ellos, especialmente en aquellos mercados locales en que se sustituya al dominante por D&S o Cencosud, pues éstos tienen mayores posibilidades de ejercer su poder de mercado, por ejemplo, discriminando en precios respecto de los mercados en que enfrentan mayor competencia.

En síntesis, en el escenario actual, cualquier operación de concentración de la industria en favor de D&S o Cencosud incrementa su Poder de Mercado y genera riesgos para los competidores, los proveedores y los consumidores, especialmente considerando que han existido abusos a proveedores, lo que tiene efectos negativos no sólo para éstos, sino que para todos los actores.



## **V. ABUSOS DEL PODER DE MERCADO.**

Atendido el Poder de Mercado de las requeridas respecto de los demás actores de la industria, resulta pertinente determinar si ese poder se ha ejercido, pues ello tornaría aún más preocupantes sus operaciones de concentración.

Al efecto, es pertinente tener presente que un somero análisis de los estados financieros de las requeridas, evidencia el constante aumento de la rentabilidad del negocio supermercadista y el crecimiento de la contribución a ello de los cobros a proveedores. Esta Fiscalía ahondará en este punto en el curso del proceso.

Sin perjuicio de ello, a continuación se analizan eventuales abusos de poder de mercado.

### **V.1. Abusos contra Competidores.**

Las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento de D&S y Cencosud, que comprenden, en parte importante, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, han eliminado competidores, concentrando en su favor la industria, y han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores.

Esta Fiscalía estima que, si bien las tomas de control de competidores, en sí mismas, no son censurables, sí podría serlo el levantamiento de barreras a la entrada por la vía de adquirir terrenos y no desarrollarlos en un plazo razonable, cuestión respecto de la cual la Fiscalía estará especialmente atenta.

Además, una estrategia basada en esas dos conductas está naturalmente destinada a levantar barreras y a concentrar la industria a favor de los dominantes, reforzando su Poder de Mercado y posibilitando abusos, unilaterales o, eventualmente, coordinados.

Por otra parte, como se expondrá, los abusos en contra de los proveedores otorgan a D&S y Cencosud ventajas competitivas que también contribuyen a inhibir la competencia potencial y a desalentar a los incumbentes. Junto a ello, el poder que poseen respecto de los proveedores les posibilita prácticas que, no siendo necesariamente abusivas, producen estos mismos efectos inhibitorios, como las ventas bajo el costo.

## V.2. Abusos contra Proveedores.

Como ya se señaló, es sintomático el constante aumento de la importancia de los cobros a proveedores en los ingresos de las requeridas y el notorio aumento de la rentabilidad del negocio supermercadista. Volveremos sobre este punto en el curso del proceso.

En cuanto a conductas se refiere, la Sentencia N° 09/2004 dio por establecidas, en general, una serie de abusos de las requeridas en contra de los proveedores, todos los cuales tendrían en común la imposición de condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y la alteración ex post y unilateral de las ya acordadas, cuestión que ordenó subsanar, lo que no ha acontecido.

En efecto, son públicos y notorios los infructuosos esfuerzos de los proveedores, cuyos representantes presumiblemente menos vulnerables actúan a través de la Agrupación de Industrias Proveedoras A.G., en adelante "AGIP", para alcanzar un acuerdo general con los supermercados, principalmente D&S y Cencosud, en torno a las condiciones bajo las cuales se debieran relacionar, de acuerdo a lo ordenado por aquella Sentencia de este H. Tribunal. Como es posible suponer, esta dificultad es mucho mayor para los proveedores de menor tamaño, más dependientes aún de los supermercados y, por ende, más gravemente afectados por las operaciones de concentración.

Tan infructuosos han sido esos esfuerzos, que por estos días la AGIP ha demandado a D&S, concediendo el H. Tribunal una medida cautelar, por la supuesta imposición de un “servicio de reposición” de productos, deslizando de paso actos que podrían ser constitutivos de competencia desleal explotativa, vinculados a marcas propias de D&S (Rol C N° 104-2006).

Ahora bien, la Sentencia N° 09/2004 analizó, en particular, las siguientes conductas abusivas:

1. Conductas Unilaterales Ex Post: Cobros y Descuentos No Pactados.

Al efecto, la referida sentencia señaló:

*“... parece ser usual que el proveedor, después de entregar su producto al supermercado, se encuentre con cobros y descuentos no acordados o con un tratamiento de su mercadería inferior al pactado ....*

*... estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos.*

*Con ello se podría limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes en la producción del bien.”*

Esta Fiscalía ha constatado que las requeridas realizan cobros y descuentos no pactados y, en ocasiones, por prestaciones inexistentes. Por ejemplo, hay casos en que se devuelven mercaderías ya requeridas, otros en que se imponen precios inferiores al acordado, una vez recepcionada la mercadería, otros en que se cobra por promociones en que no se ha incluido al producto del proveedor y otros, los más preocupantes, en que se realizan descuentos por haber

detectado un precio inferior en otro supermercado, lo que podría constituir conductas paralelas e incentivar la coordinación.

Incluso, cuando el cobro es reconocido como improcedente, las requeridas suelen proceder a la devolución en numerosos pagos parciales, en circunstancias que el descuento, por el cobro improcedente, les significó un ingreso inmediato.

## 2. Conductas Unilaterales Ex Ante: Empeoramiento constante de los términos de la relación.

Al efecto, la Sentencia N° 09/2004 ya había señalado que:

*“... un buen ejemplo de este tipo de conductas es la extensión en el tiempo promedio de pago de los productos entregados por los proveedores. De acuerdo a lo constatado por la FNE en su informe ..., este lapso aumentó de 44 a 80 días en sólo dos años. Otras conductas fijadas unilateralmente, pero conocidas – en general – por los proveedores al momento de despachar sus productos son el rappel (entendiendo por tal una especie de comisión, calculada como un porcentaje del precio de venta a público, por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja), inversiones, costo de reponedores, entre otras.”*  
(Considerando vigésimo sexto).

Los proveedores han continuado viendo constantemente desmejorados los términos de sus relaciones con las requeridas, sea porque cada vez les imponen acuerdos menos ventajosos, aumentando los servicios y los cobros a los proveedores, como el cobro por despacho centralizado; sea porque, de hecho, las requeridas incumplen lo acordado, especialmente en lo referente a los plazos de pago.

### 3. Asignación ineficiente de riesgos.

La Sentencia N° 09/2004 estableció que:

*“... existen una serie de conductas que imponen los supermercados con el efecto de asignar riesgos del negocio de la distribución a los proveedores, no siendo estos riesgos realmente controlables por ellos. En este grupo se encuentran por ejemplo, los descuentos por mermas.*

*Estas conductas, además de reducir la competitividad de los proveedores y tener por ello los mismos efectos en el mercado de los productores que aquellas descritas precedentemente, pueden producir ineficiencias puesto que el que paga los costos de una acción no siempre es quien las lleva a cabo y podría disminuirlos. Así, los supermercados no tienen el incentivo para reducir las mermas si pueden cobrar íntegramente su costo a los proveedores, que poco o nada pueden hacer para evitarlas.*

*Este tipo de prácticas no sobreviviría en un mercado en que los compradores no tuviesen poder de compra, ya que la competencia llevaría a adoptar los incentivos para que la producción sea eficiente en toda la cadena”.*

Esta Fiscalía ha constatado que este tipo de conductas se mantienen de parte de las requeridas, particularmente en cuanto a los cobros por mermas, pues es habitual que se cobre un monto fijo que no guarda relación alguna con el historial de mermas y, más aún, sin que le sea permitido al proveedor verificar las efectivamente acaecidas y menos retirarlas. Algo similar sucede con los cobros por mercaderías obsoletas.

También se ha hecho frecuente que se cobre una suerte de comisión en base a una escala por “crecimiento en ventas”, esto es, el supermercado cobra por las mayores ventas de un determinado producto, desincentivando la innovación y la competencia entre proveedores. Similar cobro se aplica a la introducción de un

nuevo producto, considerándose que es nuevo incluso aquél al que sólo se le ha cambiado el diseño del envase.

4. Conductas que aumentan el Poder de Mercado de las Requeridas:  
Ventas Bajo el Costo y Marcas Propias.

Al efecto, la Sentencia N° 09/2004 del H. Tribunal estableció que:

*“... 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 cuales obtienen 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 puede aplicar subsidios cruzados, tuviera efectos negativos en el largo plazo... Si bien esta práctica puede beneficiar a algún consumidor en particular, podría afectar a la libre competencia si causa una mayor concentración en el mercado al destruir a los minoristas más pequeños, quienes no pueden utilizar estos subsidios cruzados.*

*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 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.”* (Considerando vigésimo octavo).

Esta Fiscalía concuerda en plenitud con las apreciaciones del H. Tribunal pero, además, hace presente que no ha encontrado evidencia suficiente respecto de la utilización de las ventas bajo el costo como herramienta anticompetitiva.

En cuanto a las marcas propias, el H. Tribunal expresó que:

*“... la sola presencia de marcas propias no es en sí contraria a la libre competencia, pero si éstas se exhiben en forma tal que confundan a los consumidores, ello podría constituir un acto de competencia desleal y, en el caso de los supermercados que cuentan con poder de mercado, podría tener el efecto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado ...”*

Al igual que en el caso anterior, esta Fiscalía concuerda con las apreciaciones del H. Tribunal, pero hace presente que las requeridas han aumentando constantemente su oferta de marcas propias, las que eventualmente podrían privilegiar por sobre las de sus proveedores, con prácticas como la imposición de un servicios de reponedores como el que motiva la demanda de la AGIP en contra de D&S, Rol C N° 104-2006, en actual sustanciación ante ese H. Tribunal.

En este escenario, se comprende, cualquier operación que tenga por efecto aumentar, aún en términos aparentemente menores, los índices de concentración de la industria en favor de D&S o de Cencosud, representa un riesgo de mayores abusos de su Poder de Compra respecto de los proveedores.

Ahora bien, sin perjuicio de que la Fiscalía, como se ha señalado, cuenta con antecedentes de abusos en contra de proveedores por parte de ambas requeridas, estima necesario hacer presente al H. Tribunal que la frecuencia y entidad de esos abusos es mayor en el caso de D&S, que en el de Cencosud, según se acreditará.

### V.3. Abusos contra Consumidores.

Suele señalarse que la concentración de la industria y hasta las prácticas relacionadas no han traído aparejados abusos contra los consumidores, sino que, por el contrario, menores precios, pues los grandes supermercados traspasarían sus mayores eficiencias, compitiendo entre sí.

Sin perjuicio de que esta Fiscalía demostrará en el curso del proceso que esto es, al menos, discutible, además es probable que los cambios tecnológicos que han permitido el crecimiento de las empresas del sector y que podrían justificar la existencia de empresas de mayor tamaño, unidos a las mejores condiciones que se obtienen frente a los proveedores, generasen, de existir competencia, precios menores a los que se observan.

En tal sentido, los márgenes de ventas de los supermercados han estado en alza, aún sin considerar el efecto de los cobros a proveedores, lo que podría estar sugiriendo que las ganancias de eficiencia ya se habrían agotado, caso en el cual los niveles de concentración conllevarían efectos negativos sobre el consumidor.

Por lo demás, ya el H. Tribunal estableció que el ejercicio del Poder de Compra también va en perjuicio de los consumidores porque “... *podría reducir la oferta de bienes y el bienestar de los consumidores y la probabilidad de supervivencia del comercio más pequeño que no tiene el poder de mercado necesario para imponer descuentos adicionales a sus proveedores, lo que a su vez puede aumentar el poder de compra de los supermercados.*” (Sentencia N° 09/2004, considerando décimo sexto) y, naturalmente, su poder de mercado respecto de los consumidores, que enfrentarían una oferta menor de bienes, cada vez más concentrada en los supermercados, con el consiguiente riesgo de abuso, unilateral o concertado.



En consecuencia, los resguardos que se establezcan al ejercicio del Poder de Compra van también en resguardo de los consumidores, frente al creciente poder de mercado de las requeridas.

Por último, la labor de los organismos pro competencia no puede limitarse a constatar los abusos de poder de mercado una vez acaecidos sino, en lo posible, prevenirlos, identificando sus riesgos y estableciendo remedios. Así lo ordenan, por lo demás, los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 26, 31 y 39 del Decreto Ley N° 211, entre otros.

## **VI. CONTRAPESOS AL PODER DE MERCADO.**

Hemos establecido que la estructura actual del mercado y las estrategias de crecimiento de D&S y Cencosud en base a la adquisición de competidores y de terrenos aptos para supermercados, conllevan riesgos de abusos, unilaterales, paralelos y, eventualmente concertados, del Poder de Mercado que ostentan, tanto respecto de competidores, actuales y potenciales, como de los proveedores y hasta de los consumidores.

Esos riesgos se incrementan con las operaciones de concentración que, en particular, motivan este requerimiento, especialmente respecto de los proveedores, pues se acrecienta el Poder de Compra de las requeridas, del que además existen antecedentes de su ejercicio.

Ahora bien, el alto riesgo que este escenario implica para los proveedores no exime de peligro, como se ha señalado, a los competidores, actuales y potenciales y a los consumidores.

No obstante, no escapa a esta Fiscalía que el establecimiento de resguardos o contrapesos al Poder de Compra debería además tener efectos sobre las posibilidades de D&S y Cencosud de continuar levantando barreras a la entrada y desalentando la competencia actual, al dejar de obtener ventajas

excesivas de su particular relación con los proveedores, equilibrando las posibilidades competitivas de los actores.

Ese ciclo debiera también moderar el Poder de Mercado de D&S y Cencosud frente a los consumidores, respecto de los cuales, si bien es discutible que efectivamente se hayan beneficiado de la concentración de la industria y de los términos de la relación de las requeridas con los proveedores, no existe evidencia de abusos.

En consecuencia, esta Fiscalía es de opinión que, frente al escenario que se ha descrito, debiesen bastar, por el momento y en general, resguardos frente al Poder de Compra de las requeridas y no, necesariamente, especiales medidas para proteger la competencia potencial y actual o a los consumidores.

Esto es sin perjuicio de lo que pudiese desprenderse del análisis de los mercados locales específicos pues, pasados ciertos umbrales, el riesgo de abuso a esos consumidores sí podría ameritar la adopción de medidas adicionales<sup>4</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere, entonces, a los resguardos necesarios frente al Poder de Compra de las requeridas, en atención a que éste se ha incrementado y está en proceso de continuar en esa línea, a que existe evidencia de su ejercicio abusivo y a que ello conlleva riesgos para los demás actores, estos resguardos debiesen ser mayores a los previstos por la Sentencia N° 09/2004, debiendo adoptarse evitando externalidades negativas, como sería restringir la competencia entre los proveedores y, en lo posible, resguardando además la competencia actual y potencial entre supermercados.

---

<sup>4</sup> Véase la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, Fiscalía Nacional Económica, 2006, Documento Provisorio.

Por todo lo expuesto, esta Fiscalía solicitará al H. Tribunal que imponga a las requeridas, D&S y Cencosud, que establezcan un contrato marco que rija sus relaciones con todos sus proveedores, con el siguiente contenido mínimo:

- i. La definición de las transacciones y servicios, con sus precios y tarifas, en términos generales, que son susceptibles de pactarse entre el supermercado y sus proveedores y los criterios objetivos y no discriminatorios para su concreción. No podrán pactarse más transacciones y servicios que los previstos en el contrato marco.
- ii. El contrato marco no podrá incluir ni permitir, el establecimiento de las siguientes transacciones y servicios:
  - a. Servicios y cobros a proveedores que no tengan una contraprestación clara y verificable, como cobros a suma alzada por mermas u obsolescencias que no digan relación con el historial del proveedor o no permitan su verificación y retiro;
  - b. Servicios y cobros vinculados a riesgos propios del supermercado, como premios o resarcimientos por logros o fracaso de las metas de ventas de las mercancías;
  - c. Cobros que impliquen barreras a la entrada o a la salida para los proveedores, como ingreso del proveedor a la cadena, “deslite” o salida de la lista de proveedores o “escala de ventas” o comisiones en función de las mayores ventas de productos del proveedor dentro del rubro.
  - d. Cobros relativos a inversiones y costos asociados a la expansión o crecimiento de la cadena de supermercados, como renovación o inauguración de locales. Y,

- e. Cobros relativos a la relación de los proveedores con competidores del supermercado, como “igualación de precio en caja”.
  
- iii. El compromiso de pago del precio de las mercancías por el supermercado al proveedor en un plazo máximo de treinta días, sin perjuicio del plazo menor que se pacte en cada caso en particular, en atención a la rotación de las mercaderías. Los plazos que en el caso concreto se pacten serán también aplicables para los pagos que deba realizar el proveedor al supermercado.
  
- iv. Las facilidades que entregará el supermercado a los proveedores que decidan mantener sus propios reponedores, sin perjuicio de la facultad del supermercado de emplear los suyos.
  
- v. La negociación, en períodos preestablecidos y acotados en el tiempo, de los términos de la relación entre el supermercado y cada uno de sus proveedores, por un determinado período, debiendo constar por escrito los acuerdos alcanzados. En lo no expresamente previsto, deberá regir el contrato marco. En caso de no requerir, ninguna de las partes, en el período habilitado para ello, la referida negociación, regirán los acuerdos alcanzados para el período anterior;
  
- vi. La inmutabilidad de las condiciones pactadas en el período previsto para su vigencia, la que será de un mínimo de un año, de manera que no podrán imponerse, con posterioridad al pacto, menores precios, descuentos, cobros no previstos a proveedores, etc.; Y,
  
- vii. Un mecanismo de solución de controversias que garantice imparcialidad, celeridad y compensaciones adecuadas a los incumplimientos, sin perjuicio del reconocimiento expreso del derecho de los proveedores a recurrir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o a la Fiscalía Nacional Económica.

Por otra parte, en atención a lo expuesto hasta el momento, esta Fiscalía solicitará al H. Tribunal que disponga que, en adelante, toda operación de concentración de la industria supermercadista en que sean parte D&S o Cencosud o personas relacionadas con ellas, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, sea consultada previamente al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211.

## **VII. LAS OPERACIONES DE CONCENTRACION EN PARTICULAR: PODER DE MERCADO RESPECTO DE LOS CONSUMIDORES.**

Como se ha señalado, los resguardos descritos en el acápite anterior, son sin perjuicio de las eventuales medidas especiales que pudiese ameritar una operación en particular, atendidos los efectos que provoque, de cara a los consumidores, en los mercados locales específicos.

### VII.1. Antofagasta y Calama: Infante-Cencosud y Korlaet-D&S o Cencosud.

Desde hace ya unos años que en Antofagasta se disputan el liderazgo en ventas la cadena regional Korlaet y la nacional Líder, de D&S, seguidas a cierta distancia por Supermercados Infante y, recientemente, Cencosud, que adquirió presencia al tomar el control de Santa Isabel, pero que mantuvo una participación más bien marginal, hasta que en febrero de este año inauguró un supermercado Jumbo, con un formato, como sabemos, mayor que el de Santa Isabel. Rápidamente ese supermercado Jumbo se posicionó, al punto que estaría por alcanzar una cuota de mercado local cercana al 11%.

En efecto, los antecedentes más recientes recopilados por esta Fiscalía, sitúan al frente, en ventas, a Supermercados Korlaet (35%) y Supermercados Líder (33%), seguidos por Supermercados Infante (18%) y Cencosud (15%, Santa Isabel y Jumbo)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> A junio de este año. Datos propios.

Como se aprecia, la toma de control de Supermercados Infante por Cencosud le daría éste un 33% de participación, aún debajo de Supermercados Korlaet (35%) e igualando a Supermercados Líder (33%).

Ahora bien, analizados los mercados locales que pueden identificarse en la ciudad de Antofagasta, el único sector en que actualmente compiten Cencosud y Supermercados Infante es el sector centro sur de la ciudad (al centro, calles José Santos Ossa y Maipú), donde la suma de las ventas de Cencosud (18%) y Supermercados Infante (20%) alcanzarían un 38%, todavía debajo de Líder (41%) y por sobre Korlaet (21%).

En consecuencia, si bien Cencosud superaría el umbral del 35%<sup>6</sup>, en principio preocupante para esta Fiscalía, no sería el dominante en ese sector, pues lo continuaría siendo Líder (41%) y seguiría enfrentado a éste y a otro actor de relieve, Korlaet.

Debe sumarse a lo señalado, que Cencosud sólo muy recientemente ha cobrado fuerza (en el primer trimestre de este año realizaba el 6,5% de las ventas), de modo que la adquisición por éste de Supermercados Infante podría considerarse equivalente a la sustitución del tercer actor de relieve, frente a Líder y Korlaet, por lo que las posibilidades de elección de los consumidores se mantendrían.

Por estas razones, esta Fiscalía no objetará esta operación.

---

<sup>6</sup> Guía Interna para Análisis de Operaciones de Concentración, Fiscalía Nacional Económica, 2006. Documento Provisorio.

En cuanto a la eventual toma de control de Supermercados Korlaet por D&S o Cencosud, ésta requeriría de un análisis más detallado, porque aumenta de modo importante la concentración en mercados locales: Si el adquirente fuese Cencosud, controlaría, sin contrapeso, el norte y el sur de la ciudad, y si el adquirente fuese D&S, incrementaría en modo importante su participación en el centro de la ciudad y prácticamente monopolizaría Calama. Por ende, esta operación debería ser consultada previamente al H. Tribunal.

El siguiente cuadro ilustra la situación en Calama:

**Cuadro n° 3**  
**Participación en Calama, por cadena**  
(como % de las ventas)

<b>CADENA</b>	<b>2004</b>	<b>Ene-marzo 2005</b>
D&S	76,8	76,9
KORLAET	12,3	12,7
EL OSO	7,1	6,9
SUP ECONOMICO	3	3,1
HORMIGUERO	0,8	0,6
<b>C2</b>	<b>89,1</b>	<b>89,6</b>
<b>C4</b>	<b>99,2</b>	<b>99,6</b>
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

Fuente: elaborado FNE en base a información de AGIP

## VII.2. Tercera y Cuarta Regiones: Rendic-D&S.

Esta operación ha sido descartada por las partes, según da cuenta el comunicado de hecho esencial enviado por D&S a la Superintendencia de Valores y Seguros, con fecha 8 de agosto recién pasado.

De todos modos, esta Fiscalía hace presente al H. Tribunal que la toma de control de Supermercados Rendic, por D&S o Cencosud, como toda operación de concentración que, en esta industria, tenga por adquirentes a cualquiera de las requeridas, debiese ser previamente consultada de conformidad al artículo 31 del Decreto Ley N° 211.

Sólo a modo de ejemplo, si D&S hubiese tomado el control de Supermercados Rendic, habría incrementado su poder de mercado de manera altamente preocupante en Copiapó (75%), La Serena (86%) y Coquimbo (84%).

VII.3. Región Metropolitana: Economax-Cencosud y Montserrat-D&S o Cencosud.

Cencosud realiza el 32% de las ventas de la región, mientras que D&S realiza un 43%. Les siguen en importancia San Francisco (Falabella), con un 7%, Montserrat con un 6%, Unimarc con un 4% y Economax con un 3%. El siguiente cuadro ilustra la situación:

**Cuadro n° 4**  
**Supermercados: participación en Reg. Metropolitana, por cadena**  
 (como % de las ventas)

CADENA	2004	Ene-mar 2005	Ex post
1. D&S	44,1	43,1	43,1
2. Cencosud	30,4	32,2	35,1
3. San Francisco	6,7	6,9	6,9
4. Monserrat	6,2	5,9	5,9
5. Unimarc	4,5	3,9	3,9
6. Economax	2,9	2,9	
7. Puerto Cristo	1,4	1,4	1,4
8. Ribeiro	0,6	0,7	0,7
9. La Estrella	0,4	0,5	0,5
10. La Bandera Azul	0,4	0,4	0,4
Otros 20 supermerc.	2,3	1,9	1,9
Total	99,9	99,8	99,8
<b>C2</b>	<b>74,5</b>	<b>75,3</b>	<b>78,2</b>
<b>C4</b>	<b>87,5</b>	<b>88,1</b>	<b>91</b>

Fuente: FNE, en base a información propia y de las empresas.

La operación en cuestión involucra doce Supermercados Economax, de los cuales, de acuerdo a la información recopilada por esta Fiscalía, podrían considerarse competidores directos de supermercados de Cencosud, los siguientes:



Supermercado Economax de Puente Alto, ubicado en el extremo sur de la comuna que, sólo si se aplicase un criterio más bien conservador (un radio relativamente amplio), enfrentaría la competencia de un supermercado Santa Isabel (Cencosud) y, con tal criterio, también un Monteserrat, un Tottus, un Puerto Cristo y un Líder, siendo Santa Isabel uno de los competidores con menores participaciones, a todo lo cual se une la posibilidad de instalación de, al menos, un nuevo local de uno de los incumbentes. En consecuencia, la operación que se analiza no reduciría de un modo significativo las opciones de los consumidores.

Supermercado Economax, ubicado al extremo norte de Maipú, que realiza ventas más bien menores para el sector y que, nuevamente aplicando un criterio conservador, podría considerarse que enfrenta la competencia de Jumbo, enfrentaría entonces también a tres supermercados Líder y a un Montserrat. Con esta operación, Cencosud se acercaría a las ventas de D&S, quedando rezagado Montserrat con ventas menores. Si bien Cencosud, al igual que D&S, posee aquí un poder de mercado considerable, la adquisición de Economax lo incrementa de modo más bien marginal. Por esto, la Fiscalía considera que la operación no incrementa los riesgos ya existentes para los consumidores.

Los supermercados Economax, ubicados en el sector céntrico de Santiago, unidos a los de Cencosud, realizarían una porción más o menos importante de las ventas, pero enfrentarían la competencia de Líder y Unimarc, además de otros, como Bandera Azul. Por tales razones, esta operación no debiese afectar de modo significativo a los consumidores.

El supermercado Economax, del sector de Los Dominicos, en Las Condes, si bien compite directamente con un supermercado Santa Isabel, realiza ventas más bien menores para el sector, al igual que Santa Isabel, enfrentando ambos competidores fuertes, como son varios supermercados Líder. En este caso, hemos considerado un radio geográfico más amplio que en otros, atendidas las características del sector.

En consecuencia, esta Fiscalía no objetará la adquisición de Economax por Cencosud.

En cuanto a la eventual toma de control de Supermercados Montserrat por D&S o Cencosud, podría generar un poder de mercado de importancia frente al consumidor en varios mercados locales.

Por ejemplo, si Montserrat fuese adquirido por D&S, la situación sería preocupante en el sector norte de la comuna de Puente Alto, en el sector sur de la comuna de Conchalí y en el sector poniente de la comuna de Estación Central, sin perjuicio de otros sectores; y si adquiriese Cencosud, la situación podría conllevar riesgos en el sector surponiente de la comuna de La Florida y en el sector oriente de la comuna de Renca, sumando a ello la situación de la comuna de Los Andes, en la quinta región.

Por estas razones, esta eventual operación requeriría de un análisis mayor, propio de una consulta en forma ante el H. Tribunal.

#### VII.4. Séptima Región: D&S-El Pilar.

En las localidades de San Javier y Parral, D&S sustituye al dominante El Pilar, razón por la cual la Fiscalía no objetará, en esta parte, la operación.

Distinta es la situación en Linares, donde El Pilar domina el mercado con un 57% de las ventas, seguido por D&S con un 21% y Cencosud (Santa Isabel) con un 15%<sup>7</sup>, razón por la cual D&S podría incrementar de modo sustancial su poder de mercado, lo que exige el análisis de la situación de los mercados locales.

Al respecto, es posible distinguir en Linares dos mercados geográficamente relevantes, el sector norponiente, alrededor del camino a Panimávida, y el sector céntrico, determinado por la Plaza de Armas.

En el sector norponiente, donde El Pilar realizaría el 62% de las ventas, seguido por Supermercados Bascuñán (20%) y Santa Isabel (18%)<sup>8</sup>, D&S no tiene presencia, de modo que sustituiría al dominante, sin incrementar la concentración, razón por la cual, en esta parte, la Fiscalía no objetará esta operación.

En el sector céntrico de Linares, lidera las ventas El Pilar, con sus establecimientos Super 10, 19% y su local principal, El Pilar, 35%, esto es, un total de 54%, al que le sigue Líder con un 33% y Santa Isabel (Cencosud) con un 13%.

Ahora bien, hasta la fecha D&S ha tomado el control de todos los establecimientos de El Pilar, con excepción del principal, ubicado en la calle Maipú, alcanzando un 52% de las ventas en este sector, seguido de El Pilar Maipú con un 35% y Santa Isabel (Cencosud) con 13%.

Atendido que subsisten tres actores de cierta importancia, esta Fiscalía no objetará, en esta parte, la operación, pero solicitará al H. Tribunal que prohíba a D&S la toma de control del Supermercado El Pilar de calle Maipú, puesto que concentrará el 87% de las ventas de dicho sector.

En lo que a la ciudad de Talca se refiere, lideran la industria D&S con el 39% de las ventas y El Pilar con un 37%, seguidos de Diproc con un 11% y Santa Isabel (Cencosud) con un 7% y otros menores con el restante 6%<sup>9</sup>. Con la operación que se analiza, D&S está alcanzando el 76% de las ventas de Talca, lo que es preocupante, salvo que el análisis de los mercados locales indique lo contrario.

---

<sup>7</sup> Datos propios y de las empresas, al segundo trimestre de 2006, en atención al reciente ingreso de D&S.

<sup>8</sup> Al segundo trimestre de 2006. Estas cifras han sido proporcionadas por las empresas, encontrándose aún en proceso de validación por esta Fiscalía.

<sup>9</sup> Primer semestre de 2006. Datos propios y de las empresas.

Al efecto, D&S suma a sus ventas las del El Pilar del sector céntrico que rodea al Terminal de Buses, denominado "Pilar 3". En dicho sector El Pilar realiza el 25% de las ventas, Líder el 48%, Santa Isabel el 12% y dos locales Diproc el 9%, con lo que D&S se convertiría en dominante con el 73% de las ventas, lo que conlleva un alto riesgo de abuso para los consumidores.

En este escenario, la Fiscalía debería objetar la operación en lo referente a dicho sector de la ciudad de Talca, pero en consideración a que ello, atendida la consumación de la operación, podría amenazar la viabilidad del negocio de El Pilar, provocando probablemente peores efectos para la competencia que la actual situación, no lo hará, sin perjuicio de lo cual solicitará al H. Tribunal que prohíba a D&S que tome el control de cualquier nuevo supermercado en la ciudad de Talca.

### **POR LO TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL SOLICITO**, con el mérito de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 19, 26 y 39 del D.L. N° 211 y demás normas aplicables, tener por interpuesto requerimiento en contra de Distribución y Servicios D&S S.A., y Cencosud S.A., ya individualizadas, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, declarando que las estrategias de crecimiento de las requeridas, fundadas de modo sustancial en la toma de control de competidores y de terrenos aptos para instalar supermercados, restringen o entorpecen la competencia o tienden a producir esos efectos, por incrementar de manera sustancial el Poder de Mercado de las requeridas, razón por la cual se resuelve:

1. Que las requeridas deben sujetarse a un contrato marco que rija sus relaciones con todos sus proveedores en los términos consignados en el acápite VI de lo principal de esta presentación, el que deberá ser aprobado por este H. Tribunal.

2. Que se prohíbe a D&S la toma de control del Supermercado El Pilar de la calle Maipú de la ciudad de Linares y de todo nuevo supermercado en la ciudad de Talca.
3. Que las requeridas deberán consultar en forma previa al H. Tribunal, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración que involucren a Supermercados Korlaet, Supermercados Rendic y Supermercados Montserrat y, en general, cualquier operación de concentración de la industria supermercadista en su favor, sea que la operación la realicen D&S o Cencosud o personas relacionadas con ellas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercados de Valores.

Sírvase el H. Tribunal acceder a lo solicitado, con expresa condena en costas.

**PRIMER OTROSI:** Conforme al mérito de lo expuesto, especialmente lo señalado en el capítulo VII de lo principal de esta presentación, y de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley N° 211, sírvase el H. Tribunal mantener, como precautoria, la medida prejudicial decretada a fojas 46, salvo respecto de la toma de control de Supermercados Infante por Cencosud en la segunda región, de la toma de control de Supermercados Economax por la misma Cencosud en la región metropolitana y de la toma de control de Supermercados El Pilar, de la séptima región, por D&S, con excepción del Supermercado El Pilar de calle Maipú en la ciudad de Linares, respecto del cual solicito se mantenga la medida preventiva.

Sírvase el H. Tribunal acceder a lo solicitado.

**SEGUNDO OTROSI:** Como se desprende de lo expuesto en lo principal, esta Fiscalía cuenta con antecedentes que, a su juicio, podrían constituir abusos de poder de mercado de D&S y Cencosud, de manera que efectúa, a su respecto, expresa reserva de las acciones que procedan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3°, 18, 19 y 39 del Decreto Ley N° 211. Igualmente, la Fiscalía

Nacional Económica se reserva el derecho a impetrar del H. Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N° 3, 31 y 39 del Decreto Ley N° 211, la dictación de instrucciones generales para la industria supermercadista.

Sírvase el H. Tribunal tenerlo presente.

**TERCER OTROSÍ:** Tenga presente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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 la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual delego poder en el abogado de la Fiscalía señor Boris Santander Cepeda, habilitado para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quien podrá actuar conjunta, separada e indistintamente y que firma junto a mí en señal de aceptación.

**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO**