

ANT.: Investigación por sistema
CSI de D&S, Rol N° 1548-09
FNE.

MAT.: Informe.

Santiago, 30 de noviembre de 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Por medio del presente, recomendamos a Usted disponer el archivo de la Investigación del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de agosto de 2009, [REDACTED] [REDACTED] presentó una denuncia en contra de D&S S.A. ("D&S"), hoy Walmart Chile S.A. ("Walmart"), por atentar contra la libre competencia, al implementar un sistema de incentivos con sus proveedores denominado *Consumer Saving Initiative* ("CSI").
2. Señala la denunciante que el sistema CSI fue planteado por D&S como un mecanismo en virtud del cual los proveedores debían asegurarle una determinada utilidad total, efectuando una serie de pagos sin una contraprestación específica relacionada, sino tan solo el compromiso por parte de la cadena, basado en la confianza, de incrementar las ventas del respectivo proveedor. Indica la denunciante que el programa radicó en los proveedores la obligación de compensar a D&S por cualquier diferencia negativa que se generase respecto de las ganancias establecidas. Agrega que la cadena investigada habría solicitado a algunos de ellos compensar diferencias negativas respecto del año anterior, exigiéndose cobros de modo retroactivo aún cuando el programa CSI no había sido implementado.

3. En cuanto a los aspectos anticompetitivos, indica que la concentración en la industria supermercadista ha aumentado de manera preocupante el último tiempo y que además se ha observado un intercambio importante de ejecutivos desde una a otra cadena, lo que ha provocado que condiciones comerciales aplicadas por cada una de ellas sean replicadas en las otras. Así, indica, que no debiese extrañar paralelismos de precios e incluso concertaciones entre los actores. Adicionalmente, indica, se estarían estrangulando los márgenes de los proveedores.
4. A lo anterior, se sumaría que el sistema CSI podría dañar la variedad del surtido al que puede acceder el consumidor, ya que Walmart, al solicitar una cantidad de dinero y prometer sobre la base de la confianza un determinado crecimiento, deberá sacrificar a algunos en beneficio de otros, puesto que la cadena no puede aumentar las ventas de todos sus proveedores al mismo tiempo. De esta forma, triunfará no aquel que compita, sino que el que paga el sistema.
5. Con fecha 20 de agosto de 2009, el Fiscal Nacional Económico ordenó instruir investigación, dado que la implementación de este nuevo sistema podría implicar un incumplimiento al Avenimiento suscrito entre D&S y este servicio con fecha 16 de diciembre de 2006, o bien, la realización de conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.

II. SISTEMA CSI

6. De las diligencias desplegadas a lo largo del proceso investigativo, esta División ha podido constatar que el sistema CSI constituyó un programa de negociación directa entre D&S y ciertos proveedores catalogados como relevantes para la cadena, a través del cual ellos se comprometieron a efectuar determinados pagos a la investigada (premios por resultados y otros incentivos), y ésta a generar acciones orientadas estimular su crecimiento en las ventas totales.

7. Según lo informado por D&S, el programa CSI coincide con un mecanismo de negociación establecido a nivel global en los diferentes países donde la cadena opera, cuyo objetivo principal lo constituiría el incremento de los volúmenes de venta de los proveedores asociados para, en sus términos, efectuar rebajas de precios finales al consumidor¹.
8. De esta forma, el objetivo de los acuerdos CSI suscritos habría sido estimular un aumento de las ventas de los proveedores, acordando para ello metas de crecimiento y de mejora de rentabilidad que iban un paso más allá de la proyección inicial.
9. El sistema CSI estuvo asociado, de forma concreta, a dos de los pagos o descuentos contemplados en los Términos y Condiciones Generales de Abastecimiento ("TCGA")²: *premios por resultado*³ y *pagos por logro manual*⁴. Los primeros se refieren al cumplimiento de determinadas metas por resultados convenidas en cada caso, mientras que el segundo se refiere a la exhibición temporal o adicional de productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes.
10. De este modo, de acuerdo a los antecedentes recopilados por esta División, los cobros solicitados por Walmart a sus proveedores en el marco del sistema CSI sí mostraron en términos generales contraprestaciones asociadas específicas. En este contexto, el pago a todo evento por parte de los proveedores, que compensasen incluso diferencias negativas entre la utilidad esperada y real, no se habría observado en la práctica, al menos en términos significativos, pues los pagos estaban efectivamente asociados a resultados determinados. Tampoco se encontraron antecedentes que dieran cuenta de

¹ Respuesta de D&S de fecha 9 de octubre de 2009, al Ord. N° 1120 FNE, de 10 de septiembre del mismo año.

² Los TCGA son documentos públicos que dan cuenta de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación entre Walmart y sus proveedores, fruto del avenimiento suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica y D&S con fecha 15 de diciembre de 2006.

³ Definición en "Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías", Distribución y Servicio D&S S.A., mayo de 2007. Página 18.

⁴ Definición en "Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento de Mercaderías", Distribución y Servicio D&S S.A., mayo de 2007. Página 17.

pagos retroactivos por parte de proveedores a la cadena en el marco del indicado sistema.

11. En cuanto al mecanismo de selección de los actores de la industria proveedora que formaron parte del programa CSI, la cadena investigada explicó que se invitaba a participar a los proveedores que reportaron las mayores ventas, pues son ellos quienes presentaban las oportunidades de un crecimiento extra en ventas en el corto plazo. Sin perjuicio de lo anterior, también se habría extendido la invitación a proveedores con porcentajes de venta considerables en categorías relevantes⁵, según informó la empresa investigada.

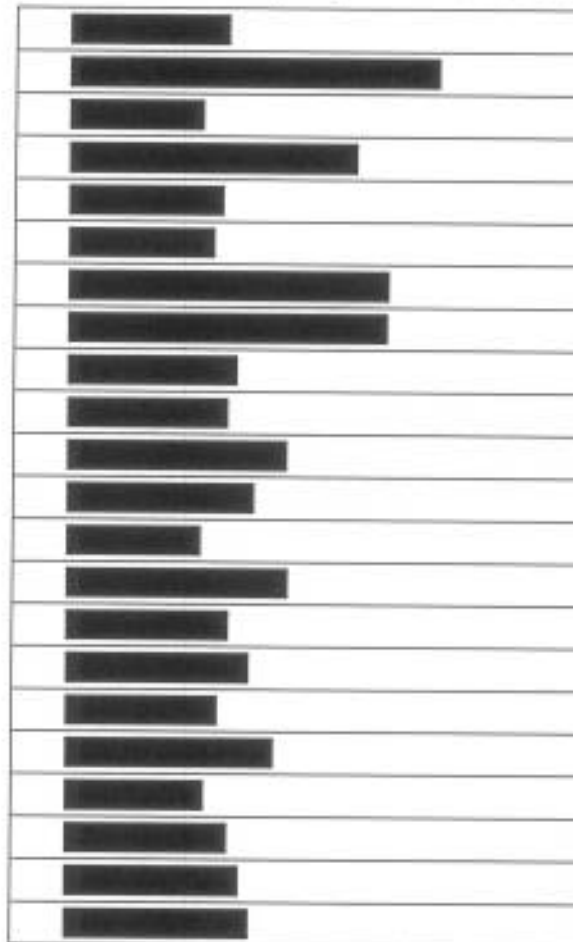
12. D&S habría invitado a participar, en primer término, a los ■ proveedores nacionales e internacionales con mayores volúmenes de ventas en sus salas, independiente de que fueran o no competidores entre sí en una o varias categorías⁶. Se agregaron ■ con menores volúmenes, pero relevantes dentro de sus respectivas categorías. De éstos, ■ firmaron acuerdos CSI al menos en alguna oportunidad entre los años 2009 y 2011⁷, tal como se aprecia en el cuadro N°1.

⁵ Respuesta de Walmart de 9 de octubre de 2009, al Ord. N° 1120 de 10 de septiembre del mismo año. Página 2 numeral 2 y página 4, numeral 7.

⁶ Como se observa en el cuadro N° 2, varios de los proveedores que firmaron acuerdo CSI eran competidores entre sí, en una o más categorías de productos.

⁷ Con los restantes 13 proveedores no se habría llegado a acuerdo en el marco del programa CSI, sin perjuicio de lo anterior, se habría mantenido la relación comercial habitual.

Cuadro N°1
Empresas con acuerdo CSI en algún periodo entre los años 2009-2011



Fuente: Elaboración propia en base a información presentada por Walmart en respuesta de 9 de octubre de 2009 al Ord. N° 1120 FNE, de 10 de septiembre del mismo año.

13. De acuerdo a la información recopilada, el sistema CSI habría operado desde finales del 2009 hasta finales del 2010, salvo contadas excepciones en las que se extendió a parte del 2011. No obstante, en la actualidad los proveedores previamente identificados pueden negociar y convenir la procedencia de cobros por *logro manual* o *premios de resultados*, toda vez que se tratarían de conceptos autorizados por los TCGA y los respectivos Acuerdos Particulares Complementarios ("APC"), marco regulatorio al que se encuentra sometida la cadena investigada.

III. WALMART EN LA INDUSTRIA SUPERMERCADISTA

14. Como es de público conocimiento, la industria supermercadista chilena presenta elevados niveles de concentración. En efecto, cuatro cadenas supermercadistas concentran más del 90% del mercado a nivel nacional. Dicha

concentración se ha acentuado aún más debido a la reciente fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur, operación en actual análisis por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

15. El siguiente cuadro muestra las participaciones de los diversos actores de la industria, en base a las ventas *food* efectuadas por cada uno⁸.

Cuadro N° 2
Participación de mercado de los supermercados en el total minorista *food* nacional.
(Cifras en base a ventas en miles de pesos, julio 2010 a junio 2011)

Cadena	Participación	HHI
Walmart	33,3%	2566
Cencosud	27,2%	
SMU	26,0%	
Tottus	5,9%	
Montserrat	1,6%	
Otros	6,0%	
Total general	100%	

Fuente: Informe FNE consulta fusión SDS-SMU, Rol 397-11 TDLC.

16. Como se observa, Walmart es el principal actor de la industria supermercadista, lo que junto a las condiciones competitivas observadas en el mercado y la relevancia de la indicada cadena como canal de distribución de cara a los proveedores, aspectos analizados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") en diversos fallos⁹, le atribuyen una privilegiada posición de mercado.
17. De esta forma, Walmart se constituye hoy en día como en un canal de distribución imprescindible para diversos proveedores tanto grandes, medianos y pequeños, debiendo por tanto, dadas las condiciones imperantes del mercado, abstenerse de incurrir en prácticas que podrían implicar el despliegue de un ilícito anticompetitivo, específicamente aquellas que importen la

⁸ Cabe señalar que el concepto *Food*, comúnmente utilizado en la industria supermercadista, incluye líneas tales como: Perecibles, Bebidas (alcohólicas y no alcohólicas), Limpieza, Farmacia, Perfumería y otros artículos de consumo corriente. Se excluyen, de esta forma, bienes que no son típicamente comercializados en el canal supermercadista, como lo son los electrodomésticos.

⁹ Considerando décimo cuarto y siguientes Sentencia 9/2004, dictada en la Consulta de AGIP A.G. sobre conducta de supermercados Líder en perjuicio de proveedores y consumidores en general, y Párrafos 75 y siguientes Resolución N° 24/2008, dictada en la Consulta por fusión entre D&S y Falabella.

exclusión de algunos proveedores a favor de otros. Bajo tal prisma es que se analizará a continuación el sistema CSI implementado por la investigada y sus efectos sobre la competencia.

IV. ANÁLISIS DEL SISTEMA CSI

18. A continuación se analiza si el sistema en comento vulnera el avenimiento suscrito entre Walmart y esta Fiscalía o tiene la aptitud para menoscabar o entorpecer la libre competencia, o tender a dichos efectos.

IV.1. EVENTUAL INCUMPLIMIENTO DEL AVENIMIENTO SUSCRITO ENTRE WALMART Y LA FNE

19. Con fecha 16 de diciembre de 2006, y en el marco de un requerimiento interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de D&S y Cencosud S.A. debido a sus estrategias de crecimiento basada en compras de competidores, Rol N° 101-2006, la FNE por una parte, y D&S por otra, celebraron un avenimiento que tuvo por objeto prevenir riesgos para la competencia, en lo que se refiere específicamente a las relaciones entre la indicada cadena y sus proveedores.
20. En virtud del indicado acuerdo, D&S se obligó a elaborar un documento (TCGA) que estableciera las condiciones de aprovisionamiento que regirían, de manera transparente, general y objetiva, las relaciones con sus proveedores. Los TCGA son públicos y Walmart los exhibe de manera permanente en su sitio web¹⁰, con el objeto que los proveedores tengan fácil acceso.
21. Señala el avenimiento que *"[l]os TCGA darán cuenta, en general, de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación entre D&S y sus Proveedores y, en particular, de las transacciones y los correspondientes cobros entre D&S y sus Proveedores, no pudiendo estipularse otras transacciones y cobros que los allí contemplados"*.

¹⁰ <http://www.dys.cl/wps/wcm/connect/dys/DyS/Proveedores/>

22. Los TCGA y los APC fueron remitidos a esta Fiscalía con fecha 27 de abril del año 2007.
23. Pues bien, como pudo constatar esta División, los acuerdos CSI han tenido por objeto potenciar la venta de determinados productos de importantes proveedores, mediante el establecimiento de cobros por visibilidad adicional, metas de crecimiento y otras similares. Dichos cobros específicos encontrarían respaldo, en términos de Walmart, en dos cobros consagrados en los TCGA: *logro manual* y *premios por resultado*.
24. Según los TCGA, *logro manual o rappel manual* es el "*cobro variable pactado libremente con los Proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permitan incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndolas destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales*"; mientras que *premios por resultados* son los cobros pactados "*libremente con los Proveedores por la obtención de objetivos particulares de crecimiento de las ventas, aumento de la participación de mercado u otras variables relacionadas con el exitoso desempeño de los Supermercados*".
25. Como se observa, los cobros efectuados por Walmart a los proveedores sujetos a CSI encontrarían respaldo, en términos generales, en los TCGA.
26. Lo anterior no implica de modo alguno que esta repartición se encuentre imposibilitada de evaluar los potenciales efectos anticompetitivos que dichos cobros puedan generar en determinados casos.
27. En efecto, si bien el sistema CSI cumpliría formalmente el tenor del avenimiento suscrito con esta Fiscalía, podría de modo eventual producir efectos nocivos sobre la libre competencia si se analiza cada producto o

categoría de producto de modo independiente. Lo anterior guarda consonancia con el avenimiento, el que manifiesta, al dar cuenta de los cobros que puede efectuar la cadena a los proveedores, que ello *"no supone una calificación a priori acerca de la legitimidad o no de los distintos conceptos por los cuales D&S cobra o podría cobrar en el futuro a sus respectivos Proveedores, o de la entidad de los montos pactados por D&S y sus Proveedores por esos conceptos"*.

28. En cuanto a la posible imposición de D&S del sistema CSI, esta División considera que no podría aseverarse que los acuerdos CSI se deban, en su generalidad, al ejercicio de poder de mercado por la indicada cadena respecto de sus proveedores, como de alguna manera ha sido planteado por la denunciante, toda vez que gran parte de ellos, como dan cuenta los antecedentes que ha tenido esta repartición a la vista, fueron celebrados con proveedores de un tamaño e importancia relevante para la industria supermercadista¹¹. En este sentido, no podría ser abusado un proveedor cuando justamente gracias al sistema aumentarán sus ventas y, por tanto, sus respectivas ganancias, por lo que él detenta los incentivos suficientes para plegarse al indicado acuerdo.
29. En efecto, los proveedores que detentaron acuerdos de CSI el año 2009 representaron en conjunto un [REDACTED] de las ventas de Walmart¹² de las categorías en las que existían proveedores asociados¹³. Por su parte, varios de ellos comercializan un importante portafolio de productos y marcas imprescindibles para las cadenas de supermercados, contando con ciertos contrapesos que les permiten negociar con Walmart de manera equilibrada las condiciones comerciales aplicables. Entre los proveedores que han celebrado acuerdos CSI con Walmart, destacan [REDACTED]

¹¹ El cuadro N° 6 de la Sentencia N° 65/2008, dictada en el marco del Requerimiento de la FNE contra D&S y Cencosud da cuenta de la importancia de los 20 principales proveedores en las ventas de Cencosud al año 2005, entre los que se encuentran la mayor parte de los que han celebrado acuerdos CSI con Walmart, como Unilever, Nestlé, Agrosuper, Soprole, CCU, Procter & Gamble, CMPC, Corpora tres montes y Colún. Los 20 proveedores participaban en cerca del 71% de las ventas de Cencosud.

¹² Respuesta de D&S de 25 de mayo de 2010, al Ord. N° 862 FNE, de 9 de mayo de 2010.

¹³ Categorías consideradas: alimentos básicos, congelados, cuidado bebe/niño, cuidado y belleza, desayunos/dulces, fiabrería, higiene, lácteos, lavado/mantenimiento, líquidos y panadería.

quienes el año 2009 representaban el [REDACTED] respectivamente de las ventas de la indicada cadena¹⁴.

30. Al respecto, el TDLC ha expresado: *"Que, considerando que los grandes proveedores suelen comercializar un conjunto de productos con valor de marca, que participan con artículos que pertenecen a distintas categorías de bienes de consumo para el hogar y que, además, participan con una fracción relevante de las ventas totales de la requerida, a juicio de este Tribunal este grupo de proveedores cuenta con adecuados contrapesos para enfrentar las negociaciones con ésta. Por lo tanto, este Tribunal considera poco probable que el ejercicio de poder de compra a su respecto, por parte de Cencosud, derive en conductas contrarias a la competencia que generen pérdidas significativas de bienestar social"*¹⁵.
31. Ahora bien, independientemente del tamaño de los proveedores y del poder de negociación involucrado, es deber de Walmart escriturar todos sus acuerdos comerciales y estipular de manera clara y precisa las condiciones comerciales aplicables, aquello en consonancia con el avenimiento suscrito con esta Fiscalía y de la claridad y transparencia ante la autoridad que debe observar un agente con una posición de dominio.
32. En definitiva, el sistema CSI, tal como se encuentra estructurado, no parece vulnerar el avenimiento suscrito entre Walmart y esta Fiscalía. Aquello, sin perjuicio de la facultad que le asiste a esta Fiscalía de impugnar, en la sede judicial correspondiente, el contenido de los cobros que consagra Walmart en los TCGA y APC, y sus potenciales efectos anticompetitivos, dadas las circunstancias en las que son aplicados.

¹⁴ Carta de D&S de fecha 25 de mayo de 2010 en respuesta a Ordinario N° 862 de esta Fiscalía de fecha 9 de mayo de 2010.

¹⁵ Considerando Centésimo décimo, sentencia N° 65/2008.

IV.2. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA DEL SISTEMA CSI

33. Como se ha dicho, el objetivo principal de los TCGA y APC fue transparentar las relaciones comerciales de Walmart con sus proveedores, de manera de especificar cada uno de los cobros que se podrían efectuar e impedir las modificaciones unilaterales de los contratos por parte de la indicada cadena. Lo anterior, teniendo en cuenta el importante poder de compra que detenta Walmart frente a proveedores medianos y pequeños, el que podría ser utilizado en perjuicio de éstos en la relación comercial.
34. No obstante, los TCGA y APC no precaven el despliegue de actos contrarios a la libre competencia, cuando los cobros y descuentos en ellos considerados, dadas ciertas circunstancias, producen un efecto anticompetitivo, o bien tienden a producirlo.
35. Al respecto, es importante destacar que los cobros contemplados en el sistema CSI consideran una contraprestación ofrecida por el distribuidor, en este caso Walmart, para potenciar el crecimiento de las ventas de los proveedores asociados. En términos generales, se trataría de un acuerdo vertical entre proveedor y distribuidor en virtud del cual el primero hace un pago al segundo con el fin de incentivarlo a desarrollar esfuerzos de comercialización que promuevan su crecimiento.
36. Este tipo de incentivos, que en general toman la forma de *premios por resultado*, se refieren básicamente a montos pagados por el proveedor una vez constatado cierto nivel de crecimientos en las compras o ventas del supermercado, conocidos también como *descuentos condicionales*¹⁶. Cabe destacar que este tipo de premios no son excepcionales y se han constituido como una práctica habitual tanto en la industria del *retail* como en otras, que persigue estimular la demanda.

¹⁶ Según la guía europea sobre "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas Dominantes" (2009/ C 45/ 02), los descuentos condicionales "se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra", es decir, son sumas de dinero que el proveedor entrega a sus clientes una vez que han superado determinado nivel de compra.

37. Ahora bien, dependiendo de cómo se estructuren dichos premios, de las características del mercado en cuestión y el agente que los aplica, podrían observarse efectos nocivos sobre la competencia. Al respecto, la Comisión Europea ha señalado que *"cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de obligaciones de compra exclusivas"*¹⁷. Ello porque el descuento incentiva al comprador a abastecer el total o gran parte de su demanda de un solo proveedor, en perjuicio de otros que se ven excluidos del mercado. Se utiliza de esta forma la parte rígida de la demanda, es decir aquella que el comprador adquirirá del proveedor que otorga el descuento, para acaparar aquella parte flexible o que puede ser disputada por otros agentes.
38. Así también, el mismo TDLC ha explicitado los riesgos a la competencia asociados a los descuentos condicionales, al señalar que *"en algunos casos podrían llevar a producir efectos anticompetitivos en la medida que reduzcan la transparencia en los precios o que excluyan a competidores del mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan una justificación económica racional"*¹⁸.
39. Para que un descuento de este tipo pudiese llegar a constituir un acto anticompetitivo de exclusión de competidores, resulta necesaria la confluencia de una serie de requisitos que dotarían al cobro de la aptitud necesaria para menoscabar la libre competencia. Entre ellos, que quien otorga el incentivo tenga una posición de dominio en el mercado y que sus competidores no estén en condiciones de competir en iguales condiciones por la totalidad de la demanda de cada consumidor, por ejemplo, porque la marca asociada a quién ofrece el premio tiene una alta valoración por el consumidor final (*"must stock item"*).
40. Por su parte, cabe destacar que para efectos de evaluar el carácter anticompetitivo de un determinado incentivo por crecimiento resulta irrelevante

¹⁷ Ibid, numeral 37.

¹⁸ Sentencia N° 90, dictada en el marco del Requerimiento de la Fiscalía en contra de la Compañía Chilena de Fósforo, Considerando centésimo sexto.

el agente que tuvo la iniciativa en otorgarlo, es decir, si quién solicitó el pago fue el distribuidor, en este caso Walmart, o si fue propuesto por el proveedor, pues en definitiva es este último el que aceptará otorgar este tipo de pagos con el fin de aumentar sus ventas y provocar, consecuentemente, la exclusión de un competidor¹⁹.

41. En cuanto al *logro manual*, que considera una serie de cobros vinculados a la exhibición de los productos y a otras variables que repercutirían en el crecimiento en las ventas del proveedor, cabe indicar que en apreciación de esta División, aquel podría llegar a vulnerar la libre competencia cuando es ofrecido por un agente con una posición dominio..
42. En efecto, dichos tipos de acuerdos han sido considerados en la Comunidad Europea como aquellos "*cuyo principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor*"²⁰.
43. Sin embargo, no se ha recabado evidencia que diera cuenta que el sistema CSI, en su totalidad, tuviera efectos perniciosos para la libre competencia, puesto que aquel contuvo una serie de premios, descuentos y exigencias que recibieron y reciben aplicación aún sin su existencia, en multiplicidad de productos y respecto de la generalidad de las cadenas de supermercados del país. Ello sin perjuicio que en categorías específicas, dadas las condiciones de mercado, los incentivos contenidos en el sistema produzcan eventualmente efectos anticompetitivos.
44. Finalmente, cabe destacar que la empresa investigada no pudo acreditar los traspasos a consumidor final de los pagos estipulados en el contexto del sistema CSI.

¹⁹ Al respecto, la Corte Europea de Justicia ha indicado que no constituye una defensa aceptable que el cliente haya aceptado voluntariamente el acuerdo, o incluso que haya solicitado la exclusividad. Revisar Richard Whish, "Competition Law", Fifth Edition, Lexis Nexis, 2003, pág. 656.

²⁰ Guía de la Unión Europea "*Directrices relativas a las restricciones verticales*", (2010/C 130/01), Párrafo 129.

V. CONCLUSIONES

45. Durante el transcurso de la investigación se pudo verificar que el sistema CSI constituyó un programa de negociación directa con proveedores relevantes que tuvo por objeto estimular su crecimiento en las ventas totales de la cadena. Incentivar tal incremento habría tenido por fin, en términos de Walmart, efectuar rebajas de precios para los consumidores, lo que no fue acreditado por la empresa, y aumentar su participación en el mercado. De esta forma, el proveedor se comprometía a efectuar un determinado pago, una vez constatado el cumplimiento de ciertas metas de crecimiento en las ventas de sus productos. Dichos descuentos específicos encontrarían respaldo en dos cobros consagrados en los TCGA: *logro manual* y *premios por resultado*.
46. Ahora bien, en cuanto al primer aspecto investigado, esto es, el eventual incumplimiento del avenimiento suscrito entre esta Fiscalía y D&S, es posible identificar que de modo general los cobros efectuados por la indicada cadena a los proveedores sujetos a CSI se encuentran contenidos en los TCGA, por lo que esta División estima que no existiría, en principio, un incumplimiento al avenimiento citado. En efecto, son los mismos TCGA los que consagran el *logro manual* y *premios por resultados*.
47. Adicionalmente, no es posible identificar que la generalidad de los acuerdos CSI sean producto del ejercicio de un poder de mercado por parte de Walmart, toda vez que ellos han sido celebrados, en general, con importantes proveedores de la industria, dotados, en su mayoría, de los contrapesos suficientes para enfrentar negociaciones de cara a los supermercados, especialmente cuando sus marcas son reconocidas por los consumidores y que por tanto deben estar presentes en un local comercial.
48. Respecto al contenido mismo de estos cobros, es posible indicar que este tipo de incentivos, que en general toman la forma de *premios por resultado*, se refieren básicamente a montos entregados por el proveedor una vez constatado determinado crecimiento en sus ventas, conocidos también como *descuentos condicionales*. Este tipo de premios no son excepcionales y se han constituido como una práctica habitual tanto en la industria del *retail*. No

obstante, ellos podrían tener la aptitud de dañar la competencia cuando quien los concede es una empresa con posición de dominio, puesto que incentivarían al distribuidor a concentrar la totalidad o gran parte de sus compras en un solo proveedor, en perjuicio del crecimiento de otros actores de aquel mercado.

49. No obstante lo anterior, sería necesario en consideración de esta División el análisis acabado de cada caso y categoría en las cuales se aplican los *premios por resultados y el logro manual* para determinar si ha existido algún efecto nocivo para la libre competencia. Ello implica caracterizar en cada caso el mercado involucrado, los actores participantes, los respectivos niveles de concentración y barreras de entrada, entre otros factores determinantes, asunto que escapa al objeto de la presente investigación, en especial si se considera que el sujeto investigado en este caso es Walmart y no otros agentes de la industria.

En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere disponer el archivo de los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

EAV