

ANT.: Denuncia contra
Inmobiliaria Paseo Lo
Campino S.A. Rol N° 2247-
13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 14 ENE 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando archivarla, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 4 de septiembre de 2013, se presentó una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") en contra del Centro Comercial Valle Lo Campino¹ ("Centro Comercial"), de propiedad de la sociedad Inmobiliaria Paseo Lo Campino S.A. ("Inmobiliaria Lo Campino"), por eventuales conductas contrarias a la libre competencia en relación a la política de arrendamiento de sus establecimientos y, consecuentemente, en los efectos de dicha política respecto del mercado de venta de pan al consumidor final.
2. El denunciante señala que solicitó información a la Administradora del Centro Comercial para arrendar un local disponible en éste. La citada Administradora le habría enviado los precios y demás condiciones del arriendo y, asimismo, le habría preguntado el giro del negocio que pretendía desarrollar. Según el denunciante, luego de haber señalado que deseaba instalar una panadería, la Administradora le habría respondido que, en virtud de la cláusula novena del contrato de arrendamiento suscrito por su antecesora legal, Inmobiliaria Maipú

¹ Éste se encuentra ubicado en Avenida Las Torres N° 450, comuna de Quilicura, Santiago.

S.A. (“**Inmobiliaria Maipú**”), con Cencosud Supermercados S.A. (“**Cencosud**”) para la instalación del supermercado de la cadena Santa Isabel -actualmente en operación en el Centro Comercial- la denunciada se encontraría impedida de suscribir contratos de arrendamientos con terceros para desarrollar ese giro comercial.

3. Dado lo anterior, el denunciante solicita a esta Fiscalía que revise si la conducta descrita constituiría un atentado a la libre competencia.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y ANÁLISIS DEL MERCADO

4. Considerando que, en último término, la denuncia dice relación con posibles efectos anticompetitivos en la venta de pan al consumidor final, resulta útil efectuar un análisis general de esta industria². En Chile, la disposición que presentan los consumidores hacia este alimento se ha mantenido relativamente constante en el tiempo. Lo anterior, a pesar de que en los últimos 20 años, el pan ha ido perdiendo participación en la dieta nacional, pasando de 98 a 85,6 kilos per cápita al año 2010³. Sin embargo, el pan sigue constituyendo un producto básico en la canasta de alimentos familiar del país⁴. De

² Con el nombre de pan sin otra denominación, se entiende el “*producto de la cocción de la masa resultante de una mezcla de harina de trigo, levadura de panificación, agua potable y sal comestible, con o sin adición de mejoradores de panificación y/o enriquecedores, tales como: leche, azúcares, materias grasas u otros autorizados por este reglamento*”. Artículo 356 del Reglamento Sanitario de los Alimentos, que consta en el Decreto N° 977/96 del Ministerio de Salud.

³ Véase Estudio de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias. “Consumo Aparente de Principales Alimentos en Chile”, de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/publicaciones/doc/7004.pdf>> [última visita: 20 de noviembre de 2013]. Adicionalmente, el Estudio muestra que este alimento ha tenido una variación entre los años 1928 y 2008 de 8,9% a 2% en la participación de la canasta del Índice de Precios al Consumidor. Es decir, ha ido perdiendo cierto protagonismo en el consumo total de los hogares.

⁴ El Instituto Nacional de Estadísticas establece una lista de productos habituales de consumo en los hogares, donde las ponderaciones mayores las tendría el pan. En el 2007 el pan ocupó el primer lugar entre los alimentos. Para más detalle véase: <<http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/publicaciones/doc/2254.pdf>> [última visita: 6 de diciembre de 2013].

ahí que Chile se sitúe como el segundo consumidor mundial de pan⁵, con un promedio anual de 85,6 kilos por persona, entre los años 2001 y 2010⁶.

5. En consecuencia, en Chile, el pan es un producto que presenta una alta penetración de mercado y frecuencia diaria de compra. Asimismo, su consumo se concentra particularmente en los sectores socioeconómicos más bajos⁷.
6. Según la Federación Chilena de Industriales Panaderos (“Fechipan”), la industria panificadora se caracteriza por su gran atomización. En efecto, a nivel nacional, existen cerca de 5.500 panaderías con un nivel de facturación total que supera los US\$2.000 millones⁸. Alrededor del 95% de estos actores son pequeñas y medianas empresas. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas, el 53% de las panaderías están localizadas en la Región Metropolitana, mientras que el 47% se distribuye en el resto de las regiones⁹.
7. En los últimos años, esta industria ha sufrido una importante transformación. En primer lugar, se ha ampliado la oferta del producto, existiendo actualmente una importante variedad de panes disponibles. En segundo lugar, se han registrado cambios en los hábitos de consumo por parte de la población. Por último, el canal

⁵ Chile es el país de América con un mayor consumo *per cápita* de pan, seguido por México (60 kilos), y el segundo a nivel mundial por detrás de Alemania (106 kilos). Fuente: Estudios de Mercado: El mercado alimentario en Chile 2010. Disponible en: <<http://www.eurocarne.com/informes/pdf/sector-alimentario-chile.pdf>> [última visita: 20 de noviembre de 2013]. En este sentido, véase: <<http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/10/786123/Chile-es-el-segundo-consumidor-de-pan-en-el-mundo-tras-Alemania>> [última visita: 20 de noviembre de 2013].

⁶ Fuente: Estudio de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias sobre Consumo aparente de principales alimentos en Chile, de agosto 2012.

⁷ “El 53% del pan se consume en el segmento D-E, seguido por el estrato C3, con 27% (...) En el otro extremo se ubican los consumidores ABC1, quienes representan sólo 5%”. Reseña del sector productivo de la panadería tradicional. Disponible en web de Fechipan: <http://www.fechipan.cl/resena_sector_produc.html> [última visita: 4 de diciembre de 2013].

⁸ *Ibid.*

⁹ Para más detalle véase: <www.ine.cl> [última visita: 12 de diciembre de 2013].

supermercadista ha incrementado su participación en este mercado en relación a las panaderías tradicionales.

8. Así, en cuanto al nivel de diversificación del producto, como se ha dicho, actualmente existe una gran diversidad de panes, tanto en su composición, tipo y precios¹⁰.
9. Respecto al rol de los supermercados en esta industria, según lo detalló en su oportunidad el Informe de Admisibilidad Rol N° 1682-10 de esta FNE, “[e]l 21% del mercado del pan es producido por los supermercados, mientras que el resto corresponde a la venta de panaderías, negocios tradicionales o almacenes y otros canales”¹¹. Es decir, los supermercados constituirían un canal de comercialización relevante de este producto.
10. De acuerdo a un boletín de la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias del Ministerio de Agricultura (“ODEPA”), de fines de 2009, el precio de este producto en panaderías *“presenta una diferencia cercana al 7% sobre el valor promedio estimado en supermercados (...) Sin embargo, se puede destacar que, de acuerdo a la percepción de los consumidores, independientemente del punto de compra y del grupo socioeconómico, éstos concuerdan en que la calidad del pan en panaderías es mejor que en supermercados”*¹².
11. Ahora bien, para determinar si la conducta denunciada constituye o no una infracción a la normativa de libre competencia, corresponde

¹⁰ Informe de Admisibilidad, de fecha 31 de mayo de 2010, sobre la denuncia de la Cámara de Comercio de San Vicente de Tagua-Tagua, por presuntos precios predatorios en el rubro panificador.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Disponible en: <<http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/publicaciones/doc/2254.pdf>> [última visita: 6 de diciembre de 2013]. Cabe destacar en todo caso que, durante la semana 48 del año 2013, el precio promedio del pan en panaderías sería de \$ 1.173 pesos el kilo. En supermercados, éste alcanzaría los \$1.210 pesos. Para más detalle véase: <<http://www.odepa.cl/precios/PreciosConsumidorResult.action;jsessionid=55BB0BFA375FE22496CE2AA54A415EBF>>

identificar el mercado en el cual ésta incidiría¹³. Desde la perspectiva del producto, y en vista de que, como se ha indicado *supra*, la conducta descrita incidiría en la posibilidad de comercializar pan en el Centro Comercial de modo alternativo al Supermercado Santa Isabel, se estima que, en la especie, el mercado relevante del producto estaría dado por la venta de pan al consumidor final¹⁴.

12. En cuanto al mercado relevante geográfico, al tratarse de un abastecimiento de naturaleza periódica similar a la de otros productos propios de la venta al detalle, en principio es esperable que los consumidores compren el pan cerca a su domicilio o camino a éste. Asimismo, teniendo en cuenta que el pan tiene características que lo hacen un producto perecible y que, en consecuencia, con posterioridad a su elaboración, éste debe ser vendido dentro de un lapso breve, se considerará como mercado relevante geográfico uno de ámbito local. En virtud de lo anterior, en este caso, se considerará como mercado geográfico el área de influencia del Centro Comercial.

13. Lo anterior es consistente con lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de Libre Competencia (“TDLC”) en su Resolución N° 43/2012 relativa a una operación de concentración entre supermercados: “[e]n cuanto al mercado geográfico, se considera que desde el punto de vista de los consumidores éste es fundamentalmente local, ya que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados, en ella insertos, serán considerados por los consumidores como sustitutos cercanos. El área comprendida en cada mercado geográfico varía según las características de la zona (...) pero

¹³ La FNE entiende por mercado relevante el de: “[u]n producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”. Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales de la Fiscalía Nacional Económica, Octubre, 2012. Disponible en la página de la FNE.

¹⁴ Es relevante destacar que este análisis no debiera ser extrapolado a la sustituibilidad de almacenes u otros establecimientos respecto de los supermercados, en lo que se refiere a la venta global de productos al detalle. Véase, en este sentido, a modo de ejemplo, la Sentencia N° 65/2008 del TDLC, en sus Considerandos Quincuagésimo Octavo y siguientes. Adicionalmente, En vista de que, en principio, resultaría esperable que los comercios vendan tanto pan a granel como envasado, en este caso se ha estimado innecesario profundizar en los factores de sustituibilidad de este tipo de panes.

*en general se delimita por isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 minutos*¹⁵⁻¹⁶.

14. Dado que es posible que el ámbito geográfico sea incluso más restringido para comprar un producto como el pan que otros bienes propios de la oferta del supermercado Santa Isabel, se estima preliminarmente que, en este caso, las isócronas de viaje que delimitan el área de influencia del Centro Comercial debieran circunscribirse a un rango de 5 a 10 minutos caminando.

15. Con respecto a las condiciones de entrada en este mercado, cabe destacar que, en términos generales, para comercializar alimentos se requiere la inscripción en ciertos registros y la obtención de algunas certificaciones por parte de la autoridad sanitaria, las que se encuentran vinculadas a objetivos de protección de la salud pública. Así, en primer término, se debe cumplir con la normativa que regula esta materia, esto es, entre otros, con el Reglamento Sanitario de los Alimentos, contenido en el Decreto N° 977 de 1996 del Ministerio de Salud ("**Reglamento**")¹⁷. Para el caso del pan, el Reglamento señala en su artículo 357, que: *"el pan deberá presentar las características siguientes:*
 - a. *olor y sabor característico;*
 - b. *cocción y panificación normales;*
 - c. *limpio y sin cuerpos extraños;*

¹⁵ Parte considerativa de la Resolución N° 43/2012 del TDLC, párrafo 9.2.

¹⁶ De igual modo, el TDLC en el Considerando septuagésimo cuarto de su Sentencia N° 65/2008 afirmó que *"existen costos de búsqueda y de desplazamiento en los que deben incurrir los consumidores y, por lo tanto, para efectos de determinar el mercado geográfico relevante para la distribución minorista del supermercado, sólo es posible considerar la oferta disponible a una distancia razonable de desplazamiento. En términos generales, los costos de transacción y, por lo tanto, el ámbito geográfico relevante de un supermercado, varían en función de la distancia, las vías de acceso, las características geográficas, los medios de transporte y las características socioeconómicas de los consumidores"*.

¹⁷ Entre otros factores, el Reglamento establece: a) los requisitos de higiene que se deben cumplir (tanto para el personal que elabora los alimentos, como las instalaciones y las materias primas); b) la composición microbiológica permitida en la elaboración de los alimentos; y c) los requisitos en la distribución, envasado y rotulación de alimentos.

- d. *agua, no más de 36% en muestra tomada 1 hora después de salida del horno, y*
- e. *acidez, no más de 0,25% expresada en ácido sulfúrico y calculada sobre la base de 30,0% de agua*¹⁸.

16. En cuanto a la venta de pan, el artículo tercero del Reglamento establece la necesidad de obtener la autorización sanitaria del Servicio de Salud correspondiente¹⁹. Aunque esta División no dispone de información acerca del costo asociado a la obtención del registro sanitario previsto en dicho cuerpo normativo, se considera que éste no debiera constituir una barrera de entrada infranqueable para potenciales entrantes²⁰, pues constituye un requisito común a cualquier industria que elabora alimentos. En consecuencia, a juicio de esta División, no constituiría en sí mismo una barrera a la entrada. Prueba de lo anterior, como se ha señalado *supra*, es la alta atonicidad en la oferta de este producto a nivel nacional.

17. Adicionalmente, en este mercado no se aprecian otras barreras legales que potencialmente puedan impedir la entrada de nuevos actores. En efecto, para instalar una panadería, en principio bastaría con arrendar o comprar un local, el cual no requeriría de mayores exigencias técnicas o inversiones especiales exigidas por la regulación vigente. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que por tratarse de una actividad comercial, es necesario que el instrumento de planificación aplicable a la zona geográfica en que se instale un local de venta de pan permita el

¹⁸ Disponible en:

<http://historico.sag.gob.cl/common/asp/pagAtachadorVisualizador.asp?argCryptedData=G P1TkTXdhRJAS2Wp3v88hF089xymtADFR6XKPmjAB0k%3D&argModo=&argOrigen=BD&argFlagYaGrabados=&argArchivold=17111> [última visita: 4 de diciembre de 2013].

¹⁹ El artículo noveno del Reglamento agrega que: "*La autorización sólo podrá emitirse previa inspección del establecimiento y la solicitud de autorización deberá ser resuelta por el Servicio de Salud correspondiente dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde que el requirente complete los antecedentes exigidos para ello*".

²⁰ La FNE entiende por barreras a la entrada "*aquellas características del mercado que otorgan ventaja a las empresas incumbentes respecto de sus competidores potenciales, retardando o haciendo más costoso el ingreso de estos últimos, y permitiendo a las primeras el ejercicio de poder de mercado durante un período de tiempo determinado*". Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales de la Fiscalía Nacional Económica, Octubre, 2012. Disponible en la página de la FNE.

uso del suelo para dicho fin. En caso contrario, lo que se debe solicitar es el cambio de destino en la Dirección de Obras Municipales respectiva, trámite que no conllevaría una demora sustancial. Según informó a este Servicio el asesor urbanístico de la I. Municipalidad de Quilicura, si se cumple con las condiciones del suelo, no habría motivo fundado para impedir el cambio de destino en lo que se refiere al mercado relevante en análisis²¹.

18. Desde el punto de vista económico, la venta de pan al consumidor final no enfrentaría mayores restricciones, puesto que los equipos y maquinarias necesarias para operar una panadería no implicarían desembolsar grandes sumas de dinero que desincentiven dicho ingreso o expansión. Por otra parte, las panaderías no enfrentarían mayores costos hundidos, toda vez que existe un mercado dinámico de venta y arriendo de hornos de segunda mano. En consecuencia, dado que este mercado se caracterizaría por tener un bajo nivel de obsolescencia tecnológica, si no se desea proseguir esta actividad comercial, se podrían enajenar las maquinarias en el mercado secundario, sin incurrir en grandes pérdidas. Por otro lado, dada la característica de ser un mercado relativamente local y ofrecer un producto homogéneo, las panaderías no requieren invertir grandes sumas en publicidad o investigación de mercado. Debido a lo anterior, no se detectan costos hundidos importantes en este mercado.
19. En cuanto al tiempo de entrada, el importante número de panaderías categorizadas como pequeñas y medianas empresas, permite inferir que los agentes participantes en la venta de pan presentan un tamaño mínimo eficiente reducido. Por lo anterior, en principio no se vislumbra la posibilidad de que agentes incumbentes, en este caso el Supermercado Santa Isabel, puedan bloquear en forma efectiva la entrada de nuevos actores, o la expansión de aquellos existentes. Además es usual que las panaderías o sus equivalentes se

²¹ Lo anterior, en reunión sostenida con una funcionaria de esta Fiscalía, con fecha 24 de septiembre de 2013, en el contexto de la recopilación de antecedentes para el presente caso.

establezcan a una distancia relativamente reducida entre éstas, en aquellas zonas donde se concentra una mayor densidad de consumidores. Por lo tanto, en caso que una panadería cobre un precio superior al competitivo, existiría una alta probabilidad que nuevos competidores entren en forma oportuna y suficiente al mercado, circunstancia que podría disciplinar *ex ante* ese eventual comportamiento anticompetitivo o que, al menos, podría disciplinarlo con posterioridad al ingreso o expansión de ese agente.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

20. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que pudieran impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“**DL 211**”).

21. La conducta denunciada consistiría principalmente en la restricción accesoria contenida en el contrato de arrendamiento celebrado entre Cencosud e Inmobiliaria Maipú, con fecha 3 de octubre de 2007 (“**Contrato de Arrendamiento**”). La cláusula novena de dicho contrato señala textualmente que: *“Inmobiliaria Paseo Maipú S.A., en su calidad de arrendador y propietaria del inmueble objeto de este contrato, se obliga, durante el plazo de [1] de vigencia del contrato, a no arrendar, subarrendar o ceder en ninguna otra forma legal, locales comerciales del Centro Comercial (...) a terceros, relacionados o no, y a cualquier tipo de personas que ejerzan en forma directa o indirecta el giro de supermercado o hipermercado, y especialmente los de carnicería, fiambrería, panadería (...)”*.

22. Posteriormente, con fecha 29 de octubre de 2007, Inmobiliaria Maipú cedió los derechos del Contrato de Arrendamiento a Inmobiliaria Lo

Campino, con lo cual esta última pasó a ser la titular de los derechos y las obligaciones que emanan del referido contrato.

23. En primer lugar, cabe destacar que esta División considera que este tipo de restricciones accesorias pueden tener un fundamento económico razonable y consistente con los fines de nuestro régimen de protección de la libre competencia. En particular, se estima que las mismas pueden ser pactadas por arrendador y arrendatario en el contexto de proyectos de inversión relevantes por parte de este último, con el objeto de resguardar comportamientos oportunistas del arrendador, una vez efectuada la inversión estipulada. Es decir, en ausencia de esos compromisos por parte del arrendador, el temor a tal comportamiento oportunista podría evitar que dicha inversión se realice, circunstancia que no necesariamente sería deseable desde la perspectiva de libre competencia²².
24. Sin perjuicio de lo anterior, restricciones accesorias como la pactada en el Contrato de Arrendamiento también podrían ser contrarias al DL 211, en la medida que tengan aptitud para producir algún resultado exclusorio que permitan a un actor económico alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. En otros términos, el acuerdo de este tipo de cláusulas podría ser contrario a la libre competencia en la medida que afecte el legítimo ejercicio de un tercero a emprender una actividad económica y perjudique al mismo tiempo el escenario competitivo que debiese imperar en el mercado. Esto ha sido ratificado por la jurisprudencia del TDLC²³.
25. En consecuencia, en la especie lo que correspondería analizar es si existen riesgos de que la cláusula produzca efectos anticompetitivos,

²² En el contexto de las denominadas restricciones verticales, un símil a lo anterior es el problema del *hold up*. Véase, a modo de ejemplo, Williamson, Oliver. "The Economics Institutions of Capitalism: Firms, Markets Relational Contracting". *The Free Press*, 1985; y, Williamson, Oliver. "Transaction Cost Economics," *Handbook of Industrial Organization (Vol. 1)*, North-Holland, 1989.

²³ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia N° 126/2012 (Caso *Coches de Bebé*), relacionada con restricciones verticales, que fue ratificada por la Excm. Corte Suprema mediante su sentencia de primero de julio de 2013, en causa Rol N° 9427-2012.

en términos de afectar el bienestar de los consumidores; y, si tal es el caso, si tales riesgos superan los beneficios que esa misma cláusula pudiera tener para favorecer inversiones como las del Centro Comercial²⁴.

26. Siguiendo la doctrina asentada por el TDLC y la Excm. Corte Suprema, el DL 211 tiene su fuente en la garantía fundamental contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República²⁵. Por lo anterior, si bien en principio todo agente económico posee autonomía para celebrar aquellos actos o contratos que estime convenientes, ello debe hacer siempre procurando que los mismos no infrinjan el régimen de protección de la libre competencia que forma parte de nuestro orden público económico. En consecuencia, a juicio de esta División y siguiendo a la doctrina comparada, para analizar este tipo de restricciones accesorias es necesario considerar algunos criterios para determinar cuándo una cláusula de esta naturaleza podría contravenir la libre competencia. Al respecto, se estima que, para ser consistentes con el DL 211, las restricciones de ese tipo debiesen cumplir con:

- a. Ser razonables, esto es, encontrarse justificadas económicamente en relación con el negocio principal;

²⁴ Véase, entre otros, *Sullivan, Lawrence y Grimes, Warren. "The Law of Antitrust: An Integrated Handbook"*. Segunda Edición, Thomson West, 2006; p.704: "[u]n Tribunal debe determinar, en primer término, que en su esencia (esto es, en ausencia de la restricción accesoria), el negocio principal tiene beneficios competitivos así como [potenciales] efectos anticompetitivos y que, en consecuencia, podría ser lícita bajo la regla de la razón si los beneficios superan los perjuicios. A continuación, el tribunal debe encontrar que la restricción accesoria tiene por intención disipar algún efecto que las partes pueden haber anticipado que surgiría con ocasión del negocio, y que esa disipación es esencial (o razonablemente necesaria) para mitigar la resistencia de alguna de las partes a concretar el negocio. Finalmente, debe concluir que no existe un medio alternativo que sea significativamente menos restrictivo y al mismo tiempo igualmente (o similarmente) eficaz para prevenir el efecto de impedir la concreción del negocio principal". Traducción libre.

²⁵ Véase, entre otras, la Sentencia N° 105/2010 del TDLC (Caso Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones). Considerando Décimo Octavo; y, la Sentencia Rol N° 2578-2012 de la Excm. Corte Suprema (Caso Farmacias). Considerando Octogésimo Cuarto.

- b. Haberse pactado en un contexto en el cual la competencia entre infraestructuras, actual o potencial, resulte posible²⁶; y,
- c. Ser proporcionales a la naturaleza de lo pactado en el acto o contrato principal, principalmente en cuanto al plazo de vigencia de las mismas²⁷⁻²⁸.

27. Cabe destacar que el cumplimiento de alguno de tales requisitos podría en principio hacer innecesario un análisis de los restantes, salvo que por la naturaleza misma de la restricción ello aparezca como recomendable.

28. En cuanto a su razonabilidad económica, la citada cláusula novena podría encontrar justificación en la necesidad de evitar comportamientos oportunistas por parte de la Inmobiliaria Lo Campino en perjuicio de Cencosud, en los términos descritos *supra*. Tal sería el caso, por ejemplo si, en ausencia de una posición dominante, una vez suscrito el contrato por Cencosud -y habiendo efectuado éste las

²⁶ En este caso, la competencia entre infraestructuras debe entenderse como la competencia que actualmente existe en el mercado relevante, así como la posibilidad de que otro competidor de Santa Isabel, en la especie en el mercado del pan, pueda instalarse dentro del área de influencia del Centro Comercial. En el mismo sentido, véase la Guía de la Office of Fair Trading (OFT). "*Land Agreements. The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order*", de marzo de 2011; p.6. Este criterio se relaciona con la ausencia de poder de mercado, desde que, como lo indica la OFT: "*Es improbable que surja poder de mercado en presencia de suficiente competencia en el mercado o que existan otros inmuebles disponibles para su uso por competidores*".

²⁷ En el mismo sentido, en la jurisprudencia comparada, véase el fallo de la *United States District Court* (New York), en el caso *Optivisión, Inc. v. Syracuse Shopping Center Associations*, de 31 de mayo de 1979: "[a]ll courts considering this matter have indicated that a rule of reason approach should be applied. *Harold Friedman Inc. v. Thorofare Markets Inc.*, *supra*; *Borman's, Inc. v. Great Scott Super Markets, Inc.*, 433 F. Supp. 343 (E.D.Mich.1975); *Dart Drug Corp. v. Peoples Drug Stores, Inc.*, 1977-1 Trade Cases P 61,281 (D.D.C.1977); *Pay Less Drug Stores Northwest, Inc. v. City Products Corp.*, *supra*. See also *Savon Gas Stations No. 6, Inc. v. Shell Oil Co.*, 309 F.2d 306 (4th Cir. 1962), *Cert. denied*, 372 U.S. 911, 83 S. Ct. 725, 9 L. Ed. 2d 719 (1963); *Dalmo Sales Co. v. Tysons Corner Regional Shopping Center*, 308 F. Supp. 988, 995 (D.D.C.), *Aff'd*, 139 U.S.App.D.C. 22, 429 F.2d 206 (1970)". Véase también, Office of Fair Trading, Op. Cit.; p. 30.

²⁸ Este análisis resulta similar a aquel que esta Fiscalía ha utilizado para evaluar los posibles riesgos anticompetitivos de las denominadas cláusulas de no competir. Es decir, los requisitos antes señalados en la presente minuta tienden a ser equiparables al análisis sobre el ámbito material, espacial y temporal de ese tipo de cláusulas. Al respecto, véase el Informe de la FNE, de 24 de enero de 2007, en la Causa Rol C N° 116-06 seguida ante el TDLC (Caso *Shopping Centers*). Justamente, en su Resolución de Término N° 48/2007, el TDLC consideró pertinente el análisis efectuado por la FNE al momento de aprobar la conciliación entre las partes de dicho proceso.

inversiones correspondientes-, el Centro Comercial permite la instalación de competidores en el mismo lugar.

29. En el caso en análisis, las partes no impiden que la Inmobiliaria Lo Campino arriende los locales disponibles, sino que establece que, por un lapso determinado, éstos no podrán desarrollar las actividades económicas que realiza el Supermercado Santa Isabel. En consecuencia, *a priori*, la cláusula podría haber sido acordada para prevenir comportamientos oportunistas posteriores a la suscripción del Contrato de Arrendamiento.

30. Junto con lo anterior, la razonabilidad de la cláusula podría encontrarse también en el interés del titular del Centro Comercial por maximizar la diversidad de su oferta de cara a los consumidores. En efecto, para una infraestructura del tipo *mall* o *strip center* puede resultar poco atractivo tener una oferta limitada a determinados giros comerciales, desde que con ello podría ser incapaz de captar la demanda de los consumidores por distintos servicios. A su turno, esa menor demanda podría traducirse en un valor de mercado inferior para los contratos de arrendamiento (que constituyen el ingreso del arrendador) dado el menor ingreso que, a su vez, los arrendatarios pueden razonablemente esperar según el flujo de clientes. De ahí que, en principio, una restricción accesoria como la contenida en la cláusula novena sea acorde al interés de ambas partes del Contrato de Arrendamiento y pueda, al mismo tiempo, maximizar la oferta de bienes o servicios disponibles a los consumidores²⁹.

31. Respecto a la existencia de una suficiente competencia entre infraestructuras que permitan albergar panaderías, corresponde analizar si dentro del área o radio de influencia del Centro Comercial,

²⁹ Prueba de lo anterior, las partes en la cláusula quinta del citado contrato pactaron que *"la Arrendataria, por sí ni por medio de terceras personas, no podrá comercializar en el Local Arrendado productos farmacéuticos, ni arrendar películas, videos o DVD, gimnasio, peluquería y banco, ni podrá desarrollar directa o indirectamente en frente del área cajas del supermercados, los siguientes rubros: lavaseco, peluquería, centro de fotocopiado, de revelado fotográfico y de Internet, tabaquería, juegos de azar y revistas, reparadora de ropa, calzados y computadores, cordonería y regalos y florería."*

existen o no competidores actuales o potenciales que pudieran disciplinar eventuales comportamientos anticompetitivos que éste pudiera ejercer respecto de los consumidores. Dentro de esa competencia potencial, corresponde también evaluar si es posible que una panadería se instale en algún territorio ubicado dentro de la referida área de influencia, la que, según se ha indicado *supra*, debiese fijarse dentro del rango de 5 a 10 minutos caminando desde el Centro Comercial.

32. Dentro del mercado geográfico relevante existirían otros locales dedicados a la venta de pan que, a juicio de esta División, podrían disciplinar cualquier intento de abuso por parte del Supermercado Santa Isabel. Es decir, incluso si se analizara el mercado de manera restringida habría, a lo menos, un competidor actual. En efecto, a dos cuadras caminando del Centro Comercial, existiría un local que, entre otros productos, comercializa pan³⁰.
33. Adicionalmente, existiría la posibilidad de que un competidor potencial instale su panadería en otro inmueble del sector sin mayores inconvenientes. Lo anterior pues, tal como se verificó en una diligencia de visita efectuada a la zona, en el área de influencia existen inmuebles disponibles para arrendar, según se muestra a continuación:



Fotografía tomada por funcionaria de la FNE, en visita a la zona, el 24 de septiembre de 2013

³⁰ Asimismo, a quince minutos caminando (en la Calle Pedro Riveros N° 1583) se encontraría otro local que vende pan, aunque el mismo no formaría parte del mercado relevante más restringido que se ha caracterizado en esta minuta.

34. Vinculado a lo anterior, en una reunión sostenida por una funcionaria de la FNE con el asesor urbanístico de la I. Municipalidad de Quilicura, en el marco de las diligencias efectuadas en la fase de admisibilidad, se constató que la zona de Valle Lo Campino, en la cual se emplaza el Centro Comercial, corresponde al subsector geográfico Z 36. Es decir, se trataría de una zona que, de acuerdo al Plan Regulador Metropolitano de Santiago, permitiría el uso de suelo para instalar una panadería o un local de venta de pan en inmuebles construidos originalmente para una finalidad residencial. Prueba de lo anterior es que en una visita a la zona, se pudo constatar que existían un conjunto de establecimientos comerciales instalados en ese tipo de infraestructuras (por ejemplo veterinarias y jardines infantiles).
35. En consecuencia, se concluye que dentro del área de influencia del Centro Comercial existirían competidores actuales o potenciales del supermercado Santa Isabel que pudieran impedir comportamientos abusivos, ejercidos contra los consumidores, por parte de dicho actor. Como indicio de lo anterior, se pudo constatar además que, en el referido supermercado, el precio del kilo de pan es similar a aquel que se cobra en otros establecimientos similares dentro de la Región Metropolitana.
36. En cuanto al último elemento, relacionado con la proporcionalidad de la restricción accesoria, esta División estima que no resulta necesario su análisis para este caso concreto. Ello, teniendo en consideración que la restricción en análisis estaría justificada económicamente y, más importante aun, se daría en un contexto de mercado: (i) en potencial crecimiento, que permitiría la instalación de otros oferentes en el sector -por oposición a lo que pudiera ocurrir en un sector urbano más consolidado-; y, (ii) cuya regulación urbanística justamente permitiría la instalación de panaderías en otros sectores aledaños al Centro Comercial actualmente existente. Lo anterior no obsta a que, en el futuro, pueda resultar recomendable efectuar un

análisis de este tipo en caso que las circunstancias de hecho y económicas así lo justifiquen.

37. En suma, los antecedentes que ha tenido a la vista esta División, en esta etapa de admisibilidad, no permiten aseverar de modo concluyente que la denunciada ha ejecutado actos contrarios a la libre competencia.

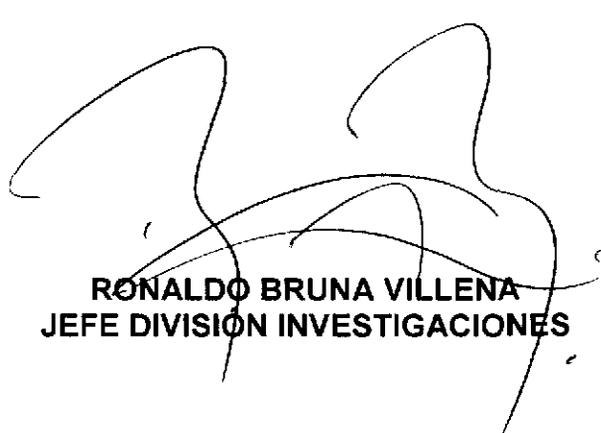
IV. CONCLUSIONES

38. Analizados los antecedentes recopilados y expuestos en esta Minuta, esto es, las características del mercado local de venta de pan al consumidor final, las condiciones de entrada existente en el mismo, el instrumento de planificación territorial vigente, la restricción accesoria denunciada y la normativa que regula la materia, esta División estima que el conjunto de las conductas denunciadas no ameritan la ejecución de otras diligencias por parte de esta Fiscalía.

39. En virtud de lo anterior, se sugiere archivar la presente investigación, sin perjuicio del deber de la FNE de fiscalizar este y otros mercados, de manera de prevenir la comisión de posibles atentados a la libre competencia.

Saluda atentamente a usted,

MCC


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES