

ANT.: Investigación Rol N° 2212-13
FNE, Investigación en contra
de CENCOSUD por abuso
de cara a proveedores.

MAT.: Informe.

Santiago, 11 JUL 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
DE : JEFE DE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)

Por medio del presente, informamos los resultados de la investigación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de noviembre de 2009, la Fiscalía resolvió iniciar investigación referida al cumplimiento de lo establecido en el Avenimiento suscrito con Cencosud S.A. ("**Cencosud**") en el marco del procedimiento Rol C- 101-06 ("**Avenimiento**") seguido ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**"), caratulado "Requerimiento de la FNE contra D&S y Cencosud S.A", aprobado por la Excm. Corte Suprema el 24 de julio de 2008, en lo relativo a (i) los plazos de pago de facturas a proveedores pequeños y (ii) a la existencia de cobros no contemplados en los contratos celebrados entre Cencosud y sus proveedores.
2. Dicha investigación terminó por resolución de 4 de octubre de 2011 con el archivo de la misma y el establecimiento del plazo de 60 días a contar de esa resolución para que la investigada modificara las "Condiciones Generales y Objetivas de Abastecimiento para Proveedores de Cencosud Supermercados" y las "Condiciones Generales de Acuerdo Comercial" y reemplazar -dentro del plazo de dos años- la totalidad de los acuerdos comerciales con proveedores para dar cumplimiento al Avenimiento.

3. Con fecha 22 de marzo de 2013, esta Fiscalía Nacional Económica abrió de oficio una investigación en relación con Cencosud, considerando para ello los siguientes elementos: **(i)** el Avenimiento; y, **(ii)** la existencia de diversas notas de prensa en que se reproducirían declaraciones del Sr. Horst Paulmann, director de Cencosud, según las cuales la empresa no estaría respetando los plazos de pago a los proveedores, pagándoseles en un tiempo superior a 120 días¹.
4. En el Avenimiento, las partes acordaron, entre otros elementos, que *“Cencosud se compromete a pagar las facturas de venta de mercaderías de los Proveedores Pequeños, a más tardar, en la primera fecha de pago de Cencosud siguiente al transcurso del plazo de treinta (30) días corridos, contados desde la fecha de su recepción conforme”*².
5. En las declaraciones prestadas por el director de Cencosud, Sr. Horst Paulmann, se señaló que *“aquí nosotros no podemos pagarles a 120 ó 150 días a los proveedores como dice el ministro de Economía”,* y que *“eso es un sueño, no es una realidad”*³. Ante estas declaraciones, el conglomerado posteriormente aclaró que su plazo de pago promedio a todo tipo de proveedores sería de 59 días y que *“es evidente que cuando el presidente de la empresa dice que ‘nosotros no podemos pagarles a 120 ó 150 días a los proveedores’, se refiere a que esos plazos, al menos en Cencosud, no son una política ni menos una realidad”*⁴.

¹ A modo de ejemplo, véase las siguientes páginas web:

<http://www.lanacion.cl/conapyme-y-paulmann-protagonizan-polemica-por-pago-a-proveedores/noticias/2013-03-21/144722.html>;

<http://www.biobiochile.cl/2013/03/22/cencosud-se-contradice-en-2008-firmo-advenimiento-para-pagar-en-30-dias-a-pequenos-proveedores.shtml>

<http://www.emol.com/noticias/economia/2013/03/22/589855/cencosud-responde-a-ministros-que-criticaron-dichos-de-horst-paulmann.html>

² Cláusula tercera del Avenimiento.

³ Fuente: <http://www.lanacion.cl/conapyme-y-paulmann-protagonizan-polemica-por-pago-a-proveedores/noticias/2013-03-21/144722.html>.

⁴ Fuente: <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/03/22/589855/cencosud-responde-a-ministros-que-criticaron-dichos-de-horst-paulmann.html>

6. La concurrencia de estos elementos hizo necesario el inicio de una investigación respecto al cumplimiento de Cencosud de los términos acordados en los puntos Segundo, Tercero y Cuarto del Avenimiento, según autoriza a esta Fiscalía el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”).
7. En el marco de la investigación, esta División obtuvo antecedentes relativos a conductas de Cencosud que redundarían en eventuales impedimentos a los Proveedores de recurrir al *factoring* para el financiamiento de sus operaciones y en el cobro de cargos realizado a estos por parte del supermercado con anterioridad al pago correspondiente al aprovisionamiento.
8. En consecuencia, esta investigación se centró en tres puntos: (i) el cumplimiento de los plazos de pago por parte de Cencosud, (ii) el cumplimiento de los plazos de cobro por parte del supermercado a sus Proveedores, y (iii) la posibilidad de los proveedores de realizar *factoring*.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y MERCADO RELEVANTE

9. La industria supermercadista ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o el “Tribunal”) y sus antecesoras legales. En ellos se ha manifestado preocupación por los elevados índices de concentración de la industria y los eventuales riesgos para la competencia que se derivan de ello⁵.
10. En lo relativo al mercado relevante, el H. Tribunal ha identificado la existencia de tres tipos de agentes, dando ocasión al surgimiento de dos tipos de relaciones. Así, definió la existencia de una relación de los supermercados de cara a los consumidores y otro de cara a proveedores⁶. Esta División se concentrará en este último tipo de relación en este informe, por lo que el mercado relevante está constituido por el “*aprovisionamiento mayorista de*

⁵ Sentencia N°9/2004 (*Caso Supermercados I*); Resolución N°24 (*Fusión SMU-SDS*); Sentencia N°65/2008 (*Caso Supermercados II*).

⁶ Considerandos Quinto a Duodécimo, *Caso Supermercados I*.

*supermercados de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar*⁷.

11. En cuanto al alcance geográfico, *"el mercado geográfico relevante del aprovisionamiento mayorista es el territorio de la República de Chile. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que el mercado geográfico relevante puede ser regional o local en relación con determinados productos que, por sus características, se comercialicen sólo en dichos ámbitos"*⁸.
12. El siguiente cuadro muestra las participaciones de los diversos actores de la industria supermercadista al 30 de septiembre del año 2013:

CUADRO N° 1

[1]

13. Puede observarse que Cencosud alcanza la segunda mayor participación de mercado medida ésta en términos de ventas y queda algo por debajo de SMU respecto al total de metros cuadrados. Tal situación, junto a las características de la industria que se expondrán, le otorga una posición privilegiada respecto de sus proveedores, especialmente los de menor tamaño.
14. Dicha posición privilegiada o poder de mercado ha sido denominado por el H. Tribunal respecto de los proveedores como *"poder de compra"*, es decir, aquel que permite al comprador beneficiarse con menores precios, que incluyen descuentos no relacionados con costos y que no prevalecerían en una situación competitiva⁹.
15. Este poder de compra se explicaría por las condiciones desfavorables a la entrada que el TDLC ha identificado en la industria. Así, ha indicado que *"las barreras a la entrada en este sector se relacionan con, a lo menos, los*

⁷ Considerando Quincuagésimo tercero, *Caso Supermercados II*.

⁸ Considerando Quincuagésimo cuarto, *Caso Supermercados II*.

⁹ Puntos 10.11. y 11.6 y siguientes de la Resolución N°43/2012 del TDLC de la causa caratulada "Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A." (*Fusión SMU - SDS*).

*siguientes factores: (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas por economías de escala, ámbito y densidad y (ii) la posibilidad que tienen las empresas incumbentes de adoptar estrategias que, en los hechos, limitan la entrada de empresas rivales*¹⁰. Asimismo, “este Tribunal estima que existen barreras de entrada en la industria supermercadista en Chile que resultan de la relación entre el tamaño mínimo eficiente de cada empresa, en relación al tamaño del mercado total, la amplia cobertura de las empresas incumbentes en los diversos nichos en los mercados conexos y la escasez de sitios aptos en las zonas urbanas de mayor densidad de demanda”¹¹.

16. Este poder de compra le permitiría a la empresa obtener mejores condiciones de aprovisionamiento, así como efectuar una serie de cobros a sus proveedores y alterar plazos de pago, situaciones que, de mediar un escenario competitivo, no se observarían o serían de menor entidad¹².
17. Adicionalmente ha indicado que, este poder “se acentúa cuando: (i) los proveedores realizan inversiones que se transforman en costos hundidos o que son específicos a una determinada cadena de supermercados; y (ii) las marcas propias aumentan su participación en las ventas de las grandes cadenas de supermercados”¹³.
18. El TDLC ha indicado que los abusos o ejercicio de poder de compra respecto de proveedores pueden ser de dos tipos: *ex-post* y *ex-ante*. Las primeras se refieren a modificaciones unilaterales a las condiciones de contratación, como serían, por ejemplo, los plazos de pago; reiteradas en el tiempo, dejan de ser *ex-post* y se transforman en conductas *ex-ante*. Las conductas *ex-ante* se refieren a condiciones contractuales impuestas por los supermercados, que deben ser aceptadas por el proveedor sin posibilidad de negociación. El TDLC

¹⁰ *Fusión SMU-SDS*, Párrafo 9.20.

¹¹ *Fusión SMU-SDS*, Párrafo 9.32.

¹² *Caso Supermercados II*, Considerando Centésimo tercero.

¹³ Ver considerando Octogésimo sexto del *Caso Supermercados II*

entrega como ejemplo de este tipo de prácticas la “*extensión en el tiempo promedio de pago de los productos entregados por los proveedores*”¹⁴.

19. Para evitar este tipo de conductas abusivas, la Fiscalía se ha esforzado por promover términos y condiciones generales de contratación entre proveedores y grandes cadenas de supermercados, como ocurrió en el caso de autos. Tal regulación fue considerada por el TDLC como suficiente para precaver cierto tipo de abusos, aunque no todos¹⁵.

III. PROCESO DE INVESTIGACIÓN

20. Para comprobar el cumplimiento de lo establecido en el Avenimiento y de la posibilidad de realizar *factoring* se realizaron una serie de diligencias, como citaciones a declarar y solicitud de antecedentes por medio de oficios.
21. Concordando con los pronunciamientos del TDLC sobre la materia, esta División estima que Cencosud goza de un poder de compra del cual podría abusar. En efecto, la elevada participación de mercado que actualmente muestra -alrededor de un [2]%- la constituye en un canal importante de la industria supermercadista del país. Adicionalmente, se debe considerar que existen importantes barreras a la entrada que el TDLC ha identificado en la industria supermercadista. De esta forma, proveedores no podrían prescindir de comercializar sus productos a través de Cencosud, aun cuando este impusiere condiciones desfavorables, en consonancia con la Resolución N° 43/2012 y la Sentencia N°65/2008, ya citadas.
22. Respecto al grupo de proveedores que podrían verse afectadas, esta Fiscalía comparte el criterio del TDLC en el sentido que los grandes proveedores - número limitado y parte importante de las ventas de la cadena- tienen los

¹⁴ Considerando sexto, Sentencia N° 9/2004, *Caso Supermercados I*

¹⁵ Ha indicado el TDLC que en cuanto al poder de compra “*se han logrado paliativos parciales en la forma de términos y condiciones generales de aprovisionamiento de mercaderías, comprometidos tanto por D&S (hoy Walmart Chile) como por Cencosud. Estos términos básicamente entregan un marco general para regular las relaciones entre las principales cadenas supermercadistas y sus proveedores, para reducir la incertidumbre y proteger en cierto grado a los proveedores más débiles*”. Resolución N° 43/2012, *Fusión SMU - SDS*, párrafo 11.7.

contrapesos suficientes, mientras que los medianos y pequeños son los más expuestos. De esta forma, en el presente informe se hace un análisis respecto de este último grupo de proveedores.

23. De acuerdo a los antecedentes recabados, como se observa en el cuadro N°2 siguiente, a diciembre de 2013 el [3] % de la deuda total de Cencosud se encontraba vencida. Este porcentaje casi se duplica, llegando a un [4] %, cuando se consideran sólo proveedores de menor tamaño. Es decir, alrededor de un cuarto de la deuda que Cencosud mantenía con proveedores tipo *Food* de menor tamaño se encontraba impaga¹⁶.

CUADRO N°2

[5]

IV. ANÁLISIS DEL NIVEL DE CUMPLIMIENTO DE CENCOSUD

IV.1. Cumplimiento de los plazos de pago a Pequeños Proveedores.

24. El punto tercero del Avenimiento señala que *“Cencosud se compromete a pagar las facturas de venta de mercaderías de los Proveedores Pequeños, a más tardar, en la primera fecha de pago de Cencosud siguiente al transcurso de treinta (30) días corridos, contado desde la fecha de su recepción conforme.”*¹⁷
25. La información que esta División ha tenido a la vista es la siguiente:
- a. Entre octubre y diciembre de 2008, el pago a pequeños proveedores se realizaba en un promedio de 64,4 días¹⁸;

¹⁶ Según información entregada por Cencosud a marzo de 2013 un [6] % de la deuda total se encontraba vencida. Al considerar sólo los proveedores de menor tamaño este porcentaje es de un [7] %. Así, se observa una leve reducción en el porcentaje de deuda vencida respecto al total, al comparar con diciembre 2013.

¹⁷ Avenimiento.

¹⁸ Información obtenida por esta Fiscalía en la causa rol 1611-09 FNE.

- b. En el período comprendido enero y marzo de 2009, el plazo promedio de pago a pequeños proveedores era de 43 días¹⁹;
 - c. Entre los años 2009 y 2010, ese plazo se redujo a 38 días²⁰;
 - d. A marzo de 2013, el plazo promedio de pago a pequeños proveedores era de 25 días²¹; y,
 - e. Finalmente, a diciembre de 2013, el plazo de pago a los pequeños proveedores era de 21 días.
26. Sin embargo, según datos obtenidos de proveedores pequeños oficiados al efecto, se observa que en un porcentaje cercano al 8%²² de los encuestados existiría incumplimiento respecto al plazo.
27. Respecto a la totalidad de proveedores tipo *Food*, los plazos de pago serían superiores a los indicados, por cuanto promedian un plazo de 39 días²³. Este promedio también ha disminuido en el tiempo, ya que a marzo de 2013, el promedio era de 42 días.
28. De esta manera, se observa que en términos generales Cencosud ha mantenido una conducta que revela una clara tendencia a dar cumplimiento a lo establecido en el Avenimiento, llevando a cabo las medidas necesarias para lograrlo.
29. Cabe notar que el número de proveedores calificados como pequeños ha aumentado, pasando de cerca de 80 a diciembre de 2009, a 160 a septiembre de 2011²⁴ y 205 a abril de 2013²⁵.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

²¹ Respuesta al Ord. N° 0114.

²² Se obtuvo información de [8] Pequeños Proveedores, [9] de los cuales señalaron que existe retraso en los pagos por parte de Cencosud.

²³ Respuesta al Ord. N° 0114.

²⁴ Información obtenida por esta Fiscalía en la causa rol 1611-09 FNE.

30. En lo relativo a los procesos de pago a los proveedores, la empresa indicó que existe un procedimiento establecido para el caso en que ocurra una disconformidad entre lo contemplado en la orden de compra, lo recibido en dependencias de Cencosud y las facturas. En efecto, se indicó que puede ocurrir que la factura emitida por un proveedor no corresponda con la información de "Recepción de Mercadería"²⁶. En este caso, el Portal de Ingreso Centralizado de Facturas muestra un mensaje al proveedor para que este: (i) genere una nota de crédito por la diferencia, cuando el monto facturado es mayor al registrado; o (ii) emita una nueva factura, cuando el monto es inferior. En ambos casos, el proveedor debe subir el documento al portal. Este proceso podría ocasionar las demoras existentes en los pagos, por lo que se establece un plazo interno para la solución, que tiene un promedio de 5 días²⁷.
31. De este modo, se observa que la empresa ha tomado medidas tendientes al cumplimiento de las obligaciones contraídas relativas a este punto, lo que se demuestra por la disminución en la cantidad de días promedio de pago.

IV.2. Cumplimiento de los plazos de cobro a proveedores.

32. Por otra parte, la cláusula cuarta del Avenimiento indica, que *"Los cobros que efectúe Cencosud a los Proveedores Pequeños serán exigibles en el mismo o mayor plazo que aquel en que Cencosud pague las facturas por venta de mercadería que los Proveedores Pequeños emitan a Cencosud"*.
33. De este modo, en lo relativo a los cobros realizados por Cencosud a los proveedores, debe existir un desfase en los plazos. La empresa debe pagar la mercadería recibida y con posterioridad puede cobrar lo correspondiente a esa mercadería, de manera de que no cobre antes de pagar.

²⁵ Declaración del Gerente General de Cencosud prestada en dependencias de esta Fiscalía en abril de 2013.

²⁶ Registro en Cencosud de la recepción física de la mercadería, que puede ser impreso o electrónico. Respuesta de Cencosud al Ord. N°0549 de mayo de 2013.

²⁷ Declaración del Gerente de Control de Gestión de Cencosud, de septiembre de 2013.

34. Al respecto, la empresa indicó que se usa como base la Recepción de Mercadería descrita *supra*, cuando la facturación es por sistema, o para cobros puntuales – como apertura de local-, se utiliza un sistema manual de cobro²⁸ con el propósito de evitar errores.
35. El proceso de cobro, según detalló la empresa, consta de dos partes: una automatizada y la otra manual. Así, primero Cencosud ingresa en el sistema automático los plazos de cobro a los pequeños proveedores con un desfase de 10 días respecto al plazo para el pago, de manera de asegurar que se respete lo señalado en las condiciones generales y en el acuerdo comercial, por lo que se genera el pago y posteriormente Cencosud factura lo correspondiente. Adicionalmente, el proceso de cobro es revisado por el área de finanzas para reducir al mínimo los errores.²⁹
36. Esta División solicitó información respecto a los plazos de cobro a una serie de pequeños proveedores. De los que respondieron, cerca de un 6%³⁰ indicó que el compromiso referido no era cumplido por Cencosud.
37. Atendida la magnitud del porcentaje indicado, esta División considera apropiado otorgar un plazo a Cencosud para enmendar los errores que deriven en el incumplimiento de la cláusula cuarta ya citada. Una vez transcurrido ese plazo, se recomienda iniciar una investigación para comprobar el mejoramiento del sistema, de manera de que Cencosud dé cumplimiento íntegro al Avenimiento.

IV. 3 Posibilidad de los proveedores de realizar *Factoring*.

38. Se han constatado³¹ por parte de Cencosud ciertas prácticas respecto de los proveedores para la realización de *factoring* como (i) la cuarta copia de la

²⁸ Respuesta de Cencosud al Ord. N°0549 de mayo de 2013.

²⁹ Declaración de don Alejandro Zamora prestada en dependencias de esta Fiscalía el 12 de septiembre de 2013.

³⁰ Se obtuvo información de [10] Pequeños Proveedores, [11] de los cuales señalaron que existe retraso en los cobros por parte de Cencosud.

³¹ Declaración de 5 de febrero de 2014.

factura se mantenía en poder del supermercado, en el Centro de Contabilización de Facturas, lo que, sin embargo, se modificó de manera voluntaria, con antelación al fin de esta investigación; y, (ii) se favorecía un proveedor particular del servicio de *factoring* por cuanto Cencosud, de manera interna, hacía llegar la factura a esa empresa. Evidentemente, este proceso puede ser visto como un impedimento a hacer *factoring*.

39. Asimismo, en declaración prestada ante esta Fiscalía, el Gerente General Corporativo de Cencosud reconoció que, en caso de que exista una inconsistencia relevante entre la orden de compra y la entrega, la factura se “bloquea”, lo que sucedería en pocas ocasiones, ya que la política de la empresa es realizar recepciones parciales³².
40. Durante el transcurso de la investigación, cabe señalar que el 9 de abril de 2014, Cencosud presentó una carta a la FNE en la que se compromete a:
- a. Que en el evento hipotético de suscribir en el futuro un contrato con alguna entidad financiera que quiera proceder a efectuar *factoring* de las facturas de los proveedores de supermercados Cencosud, Cencosud no obligará a sus proveedores de supermercados a efectuar el *factoring* de sus facturas a través de dicha entidad financiera, en forma única y exclusiva, respetando en todo momento la libertad de sus proveedores de supermercados para factorizar sus facturas con la institución financiera que, libre y voluntariamente, estimasen del caso;
 - b. Que, consistentemente con lo que ocurriría actualmente, Cencosud no exigirá en el futuro a los proveedores de supermercados Cencosud la entrega de la cuarta copia cedible de las facturas de manera previa a la realización del pago efectivo de las mismas.
 - c. Que, para asegurar en la medida de lo posible y razonable el cumplimiento de estos compromisos de Cencosud, ésta volverá a

³² Declaración de 4 de enero de 2013.

capacitar a los ejecutivos del “Área de Pago a Proveedores” de Cencosud³³.

41. Esta División considera que la efectiva implementación de lo comprometido podría eliminar los obstáculos encontrados a la utilización del *factoring* por parte de los proveedores de la cadena.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

42. Según los datos tenidos a la vista por esta División, Cencosud ha disminuido en el tiempo los plazos de pago a los pequeños proveedores. Adicionalmente, acorde a los antecedentes de esta Fiscalía, no se han presentado denuncias generalizadas por los proveedores de la empresa denunciando algún tipo de incumplimiento.
43. Es por lo anterior que en este momento resulta prudente y proporcional al nivel de incumplimiento, conceder un plazo para que Cencosud tome todas las medidas tendientes al efectivo cumplimiento del Avenimiento.
44. De esta forma, se recomienda, luego de un tiempo prudencial, investigar la variación en los porcentajes de cumplimiento por parte de la empresa a los puntos pertinentes del Avenimiento, como resultado del deber de esta Fiscalía de velar por el cumplimiento de lo resuelto por los tribunales de justicia y de velar constantemente por la libre competencia.
45. Respecto a las eventuales conductas que desincentivan el uso del *factoring* por parte de los proveedores, esta División considera que los compromisos asumidos por la empresa son suficientes para evitar que se produzcan en el futuro.

En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere archivar los antecedentes, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en

³³ Carta presentada el 9 de abril de 2014.

los mercados y de abrir nuevas investigaciones si existieren antecedentes que así lo justificaren.



GASTÓN PALMUCCI

JEFE DIVISIÓN DE ABUSOS UNILATERALES (S)


DSH