

En lo principal: interpone asunto no contencioso que indica; **en el primer otrosí:** da cumplimiento a lo dispuesto en Auto Acordado N°7/2006; **en el segundo otrosí:** acompaña documentos; **en el tercer otrosí:** acredita personería; **en el cuarto otrosí:** indica direcciones de correos electrónicos; **en el quinto otrosí:** confiere patrocinio y poder.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo González Novoa, en representación de **Cencosud S.A.** (en adelante también “Cencosud”), domiciliado en Avenida Kennedy 9.001, Las Condes, a este Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“HTDLC”) respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2020, en causa Rol 44.266–2017, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), Cencosud cumple lo ordenado, sometiendo a consulta para su aprobación por parte de este H. Tribunal, el contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A, en aquella parte que se refiere al Local Comercial Supermercado (el “Contrato de Arrendamiento”)¹.

En base a los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que se exponen a continuación, solicitamos a este H. Tribunal iniciar el procedimiento de conformidad al artículo 31 del DL 211. Lo anterior con el fin de aprobar el Contrato de Arrendamiento respecto del área destinada a la operación supermercadista (el “Local Comercial Supermercado”) en forma pura y simple, y modificar parcialmente la medida de mitigación establecida en la Condición Primera Numeral 1. Letra l) de la Resolución N°43/2012 (“Resolución 43”)².

1. La Resolución 43, confirmada por la Corte Suprema el 30 de septiembre de 2013 (Rol NC 346–2013), aprobó la fusión de SMU/SDS, sujeto a seis condiciones. La Condición Primera obligó a SMU a enajenar como unidad económica un conjunto de activos –entre otros, 18 locales comerciales (dentro de los cuales se encontraba el supermercado que operaba SDS en la ciudad de Valdivia (el “Local Valdivia”))–. Todo lo anterior a un mismo adquirente no relacionado a SMU, y que no tuviese una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional.
2. La unidad económica –incluyendo el Local Valdivia– fue adquirida el año 2014 por Network Retail SpA (Bigger), empresa que el año 2015 salió del mercado, producto de su solicitud de reorganización judicial y luego su liquidación voluntaria. Como consecuencia de lo anterior,

¹ El Contrato de Arrendamiento, en su cláusula 1.2., especifica lo siguiente: “*En el Inmueble singularizado en la cláusula anterior, la Arrendadora construyó un centro comercial, de aproximadamente veintiocho mil cuatrocientos diez coma ochenta y uno.- metros cuadrados construidos de acuerdo a certificado de Recepción Final número noventa y siete guion dos mil uno, dicho centro comercial está compuesto de veintiocho locales comerciales en adelante los “Locales Comerciales” cuya superficie total aproximada es de cinco mil setecientos treinta y dos metros cuadrados, un local destinado a la operación de un Supermercado en adelante el “Local Comercial Supermercado” de una superficie aproximada de doce mil trescientos noventa y siete.- metros cuadrados, y trescientos setenta estacionamientos en adelante los “Estacionamientos” cuya superficie total aproximada es de diez mil ciento veinte.- metros cuadrados, lo anterior de conformidad a los planos que firmados por ambas partes se entienden formar parte del presente Contrato como Anexo A, en adelante dichas construcciones y sus áreas comunes se denominarán conjuntamente el Centro Comercial. (...)*”. El contrato de arrendamiento se acompaña en el N° 1 del Segundo Otrosí.

² La Excma. Corte Suprema ordenó iniciar un procedimiento de consulta que “*permita dilucidar su situación actual en el mercado y analice la pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas*”. Corte Suprema, rol N° 44.266-2017. C. 17°

en agosto de 2015 el Local Valdivia dejó de operar y salió de mercado. En ese contexto, un año después del cierre del Local Valdivia, Cencosud Shopping Centers S.A. celebró el Contrato de Arrendamiento, con fecha 5 de agosto de 2016.

3. El Contrato de Arrendamiento –en lo que interesa a este procedimiento el local de amplias superficies denominado “Local Comercial Supermercado”– le dio derecho a Cencosud a recibir un inmueble vacío, para posteriormente hacer una serie de inversiones y así inaugurar un local Jumbo en la ciudad de Valdivia en enero de 2017 (“Jumbo Valdivia”).
4. Como se explicará en detalle, existen una serie de antecedentes que –al tenor del artículo 32 del DL 211– justifican la aprobación pura y simple del Contrato de Arrendamiento, así como la revisión y modificación de la Condición Primera de la Resolución 43.
5. Por una parte, se deben considerar los beneficios a la competencia que produjo el ingreso de Jumbo Valdivia a dicha ciudad (**Sección I**). Por otra parte, existen una serie de antecedentes jurídicos, fácticos y económicos que hacen necesario re-evaluar la pertinencia de mantener –luego de más de 8 años desde su dictación– la vigencia de la Condición Primera de la Resolución 43 (**Sección II**).
6. También cambió sustancialmente el escenario competitivo e institucional que tuvo a la vista este H. Tribunal el año 2012 (**Sección III**). La Condición Primera y las condiciones de su enajenación –por hechos sobrevinientes– también perdieron vigencia, y, por lo tanto, eficacia. En efecto, si bien SMU dio cumplimiento a dichas condiciones, en el año 2015 se produjo la liquidación concursal del adquirente del conjunto de activos enajenados por SMU. Esto implicó que se desmembrara el conjunto de activos que comprendía la unidad económica y que –al menos el Local Valdivia– dejara de operar y saliera del mercado (**Sección IV**).
7. En primer lugar, debe considerarse que la apertura de Jumbo Valdivia ha sido beneficiosa desde una perspectiva de competencia. Como se acreditará, Jumbo Valdivia ha aumentado la presión competitiva en la ciudad de Valdivia. De acuerdo a la FNE, el HHI antes de la fusión entre SMU S.A. (“SMU”) y Supermercados del Sur (“SDS”) en el año 2011 era de 2.944, y el HHI post operación correspondía a 4.580.
8. Hoy el mercado de Valdivia es sustancialmente más competitivo que el que analizó este H. Tribunal en el contexto de la fusión de SMU/SDS. Actualmente, el HHI en la comuna de Valdivia –utilizando isócronas de 15 minutos y calculado según los m² de cada local– es de 2.569 puntos. Es decir, el HHI se encuentra incluso por debajo del que se observó en forma previa a la fusión SMU/SDS. Y por supuesto sustancialmente inferior a cualquiera de los escenarios observados post fusión.
9. Hasta la inauguración de Jumbo Valdivia, la participación de Cencosud en dicha comuna era más bien marginal: contaba con un 8% de participación aproximada, con dos locales de menor tamaño de bandera Santa Isabel. En este sentido, la apertura de Jumbo Valdivia le permitió a Cencosud ejercer presión competitiva en la comuna, pues –como concluyó correctamente este H. Tribunal– Santa Isabel no tendría ni metraje ni nivel de ventas como para ejercer una presión competitiva suficiente a los incumbentes en dicha zona.
10. Por lo tanto, y a objeto de obtener la aprobación pura y simple del Contrato de Arrendamiento, acreditaremos que la entrada orgánica de Cencosud mediante la apertura de

Jumbo Valdivia generó mayor presión competitiva en la zona, asegurando mayor oferta y surtido de productos.

11. Lo anterior, ha sido el resultado de una serie de factores. Entre otros, las inversiones realizadas por Cencosud para habilitar Jumbo Valdivia a fines de 2016 y principios de 2017, para satisfacer así las necesidades de sus nuevos consumidores en la zona. También, ha sido el resultado del esfuerzo constante de los más de 400 colaboradores actuales internos y externos de Jumbo Valdivia, los que con su constancia han logrado mantener una operación eficiente y brindar un servicio de calidad a los consumidores de dicha ciudad.
12. Junto con los beneficios a la competencia que trajo el Contrato de Arrendamiento y la entrada de Jumbo Valdivia, hay un **primer conjunto de circunstancias**, todas posteriores a la dictación de la Resolución 43, que deben ser consideradas para el análisis de este H. Tribunal y que justifican también la modificación de la Condición Primera de la Resolución 43. Entre éstas se encuentra: **(i)** la evolución que ha tenido la industria supermercadista desde el año 2012, tanto a nivel local en la ciudad de Valdivia como a nivel nacional; **(ii)** la irrupción del *e-commerce*; y **(iii)** la entrada en vigencia del sistema de control de operaciones de concentración, mediante la dictación de la Ley 20.945.
13. Hay un **segundo conjunto de circunstancias** que justifican también la modificación de la Resolución 43. Por un lado, ya se produjo el cumplimiento efectivo por parte de SMU de dicha condición –así fue confirmado tanto por este HTDLC³ como por la Excm. Corte Suprema⁴–. Y por otro lado, existen antecedentes sobrevinientes que implicaron que la medida impuesta sea inidónea para conseguir tanto su propósito principal como su objetivo accesorio⁵.
14. Lo anterior, considerando que la Resolución 43 estableció respecto de la Condición Primera que: **(i)** la venta se realizara en forma conjunta como una sola unidad económica –incluyendo locales, activos, contratos relevantes, centros de distribución y marca–; y **(ii)** la unidad económica se vendiera en pleno funcionamiento, o como exigió la Resolución 43 en la Condición Segunda, que los locales comerciales/supermercados se mantuvieran en “operación”.

³ Este H. TDLC sostuvo que: “*las dificultades objetivas que tuvo SMU para efectuar la enajenación ordenada dentro de dicho plazo, el hecho de que dio cumplimiento a la Condición Primera aunque con retraso y la circunstancia de que el Contrato de Operación Transitoria fue exigido por el comprador, son hechos que serán considerados por este Tribunal al momento de establecer el grado de responsabilidad del infractor y, por ende, el tipo y la magnitud de las sanciones a aplicar*”. H. TDLC, Sentencia N° 147/2015, C. 51° (énfasis agregado).

⁴ La Excm. Corte Suprema sostuvo respecto de la Condición Primera que: “*a la fecha del requerimiento ella ya se encontraba cumplida, sin que se haya acreditado por parte de la FNE que se haya producido en el intertanto algún perjuicio al mercado, de aquellos que se pretendía evitar con la imposición de la condición primera*”. Excm. Corte Suprema, sentencia de 14 de septiembre de 2016 en causa Rol 821-2016, C. 16° (énfasis agregado).

⁵ “*Por cierto, al imponer medidas es preciso determinar la procedencia de las mismas conforme a parámetros de eficacia y proporcionalidad. En relación a la primera, una medida será eficaz cuando sea apta para satisfacer el interés público protegido de modo idóneo, acertado, oportuno y suficiente. Por tanto, ante la posibilidad de escoger distintos instrumentos de protección de la libre competencia, el Tribunal debe seleccionar únicamente aquellos eficaces de acuerdo a las circunstancias del caso. El análisis de proporcionalidad, por su parte, surge en general ante la existencia de dos o más medidas igualmente eficaces, en cuyo caso se deberá optar por la alternativa menos lesiva. En consecuencia, el análisis de proporcionalidad de una medida discrecional sólo se produce respecto de aquellas que resulten eficaces*”. H. TDLC, Resolución N° 51/2018, párr. 50.

15. Esto es relevante H. Tribunal, pues mediante la enajenación de una unidad económica en pleno funcionamiento podía lograrse el objetivo principal de la Condición Primera: restablecer las condiciones de competencia previas a la fusión SMU/SDS⁶⁻⁷. Y mediante una enajenación de tales características podía al menos intentar lograrse el objetivo accesorio de la Condición Primera: potenciar la entrada o fortalecimiento de un competidor⁸. Mediante el diseño de la Condición Primera, y la gran cantidad de locales que conformaban la unidad económica, se buscaba que quien adquiriera la unidad económica en operación tuviese la escala suficiente para operar de manera eficiente.
16. Sin embargo, por hechos sobrevinientes la Condición Primera y las condiciones de su enajenación perdieron vigencia, y por lo tanto eficacia. En efecto, si bien SMU dio efectivo cumplimiento a dichas condiciones, en el año 2015 se produjo la liquidación concursal del adquirente de dicha unidad económica.
17. Esto implicó que: **(i)** el conjunto de activos fuese desmembrado, es decir, dejó de configurar un conjunto de locales y sus activos relevantes –centro de distribución, marcas, etc. que constituían la “unidad económica”– según exigió la Resolución 43; y **(ii)** al menos respecto del Local Valdivia, éste dejó de estar en funcionamiento, o como señalaba la Condición Segunda, en “operación”.
18. Como consta en procedimiento contencioso del HTDLC, Rol C-315-2016, Cencosud celebró en el año 2016 el Contrato de Arrendamiento sobre un inmueble vacío y cerrado. Dicho local no sólo ya no formaba parte del conjunto de activos, de la unidad económica, que debía enajenar SMU, sino que además, el Local Valdivia se encontraba sin operar por hacía ya varios meses. Atendido este cambio de circunstancias, de la esencia de lo dispuesto en la Resolución 43, resulta jurídica y económicamente improcedente mantener la prohibición establecida en la Condición Primera de la Resolución 43 respecto del Local Valdivia y respecto, por lo tanto, del Contrato de Arrendamiento en aquella parte que se refiere al Local Comercial Supermercado.
19. En conclusión H. Tribunal, existen una serie antecedentes que justifican la aprobación pura y simple del Contrato de Arrendamiento, así como la revisión y modificación de la Condición Primera de la Resolución 43 respecto del Local Valdivia.

⁶ H. TDLC, Sentencia N° 147/2014, C. 33°. “Que, en definitiva, la finalidad directa de la medida de desinversión impuesta mediante la Condición Primera era que, al cabo de los ocho meses fijados para su cumplimiento, existieran en las respectivas localidades empresas económicamente independientes, mitigando así los incentivos unilaterales a subir los precios después de la fusión entre SMU y SdS;”. “En efecto, debe considerarse que la medida de desinversión que se establece en la condición primera - estrechamente vinculada con la condición segunda - tiene que ver con que, producto de la fusión, se generó un aumento de la participación que SMU tendría en el mercado supermercadista de ciertas localidades, la cual generaría condiciones no competitivas. Es por ello que se dispuso que en estos sectores la empresa debía desinvertir, por cuanto sólo de esa forma se lograría la entrada de un nuevo competidor y, por tanto, el restablecimiento de la competencia.” Corte Suprema, Rol N° 821-2016, C. 12° y 28°.

⁷ H. TDLC, Sentencia N° 147/2014, C. 33°. “Que, en definitiva, la finalidad directa de la medida de desinversión impuesta mediante la Condición Primera era que, al cabo de los ocho meses fijados para su cumplimiento, existieran en las respectivas localidades empresas económicamente independientes, mitigando así los incentivos unilaterales a subir los precios después de la fusión entre SMU y SdS”.

⁸ “Sin embargo, ello no es correcto, pues si bien entre los objetivos que se tuvo en vista al imponer la Condición Primera se encontraba el de potenciar efectivamente la entrada de un nuevo competidor, es manifiesto que tal finalidad sólo tenía un carácter accesorio frente al objetivo principal, consistente en restablecer las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión entre SMU y SdS”. Ibidem, C. 34°. En el mismo sentido, Sentencia N° 159/2017, C. 19°.

I.	LA ENTRADA DE JUMBO VALDIVIA NO HA AFECTADO NEGATIVAMENTE LA COMPETENCIA: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEBE SER APROBADO EN FORMA PURA Y SIMPLE.	6
1.1.	Mercado relevante: el HHI actual es menor al índice previo a la fusión de SMU/SDS.....	6
1.2.	Presión competitiva de Jumbo Valdivia en su área de influencia y también en la zona céntrica de Valdivia.	7
II.	CAMBIOS DE CIRCUNSTANCIAS E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN 43.	11
III.	PRIMER CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS: CAMBIOS RELEVANTES DE CIRCUNSTANCIAS EN EL ESCENARIO COMPETITIVO, EN EL MERCADO SUPERMERCADISTA Y EN LA INSTITUCIONALIDAD VIGENTE.	12
1.1.	Evolución del mercado supermercadista en Valdivia (2012–2020).....	12
1.2.	El comportamiento actual de los consumidores de Valdivia da cuenta de una definición amplia de mercado relevante geográfico.	17
2.	La evolución de operadores supermercadistas tanto a nivel local como nacional.	17
3.	Evolución del <i>e-commerce</i>	18
4.	Modificación de la institucionalidad: control por parte de la FNE de las operaciones de concentración.....	21
IV.	SEGUNDO CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS: PÉRDIDA DE OBJETIVO Y EFICACIA DE LA CONDICIÓN PRIMERA DE LA RESOLUCIÓN 43.....	21
1.	Condición Primera de la Resolución 43: conjunto de activos enajenados como unidad económica en funcionamiento.....	22
2.	Salida de Bigger del mercado supermercadista.....	24
3.	Pérdida de vigencia y eficacia de la Condición Primera: primera razón – desmembramiento del conjunto de activos con ocasión de la salida de Bigger del mercado.	26
4.	Pérdida de vigencia y eficacia de la Condición Primera: segunda razón – cese de la operación del Local Valdivia y entrada orgánica de Cencosud mediante la apertura de Jumbo Valdivia.....	27
4.1.	Arriendo de un Inmueble/casco vacío en Valdivia sin activos para operar.	27
4.2.	Cencosud tuvo que realizar inversiones para habilitar el Centro Comercial y construir un nuevo supermercado en el Inmueble arrendado.....	29
4.3.	Ciudad de Valdivia y paños alternativos.....	30
V.	CONCLUSIONES.....	31

I. LA ENTRADA DE JUMBO VALDIVIA NO HA AFECTADO NEGATIVAMENTE LA COMPETENCIA: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEBE SER APROBADO EN FORMA PURA Y SIMPLE.

20. La entrada de Jumbo Valdivia no afectó negativamente la competencia en la ciudad de Valdivia. Por el contrario, su ingreso aumentó la presión competitiva en dicha ciudad. Es por tal razón que el Contrato de Arrendamiento debe ser aprobado pura y simplemente.
21. Para fundamentar lo anterior, se explicará brevemente el análisis realizado por este H. Tribunal en el año 2012 (Resolución 43) y las condiciones de competencia que existían en esa época, para así contrastar la situación de ese entonces, con la realidad actual. Lo anterior, sin perjuicio de que esta parte presentará antecedentes económicos adicionales una vez iniciado este procedimiento.

1.1. Mercado relevante: el HHI actual es menor al índice previo a la fusión de SMU/SDS.

22. En la Resolución 43, confirmada por la Excma. Corte Suprema⁹, el HTDLC definió el mercado relevante del producto de los supermercados como *“el de 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”*¹⁰⁻¹¹.
23. Respecto a la extensión geográfica, si bien este HTDLC analizó su dimensión nacional, consideró específicamente su dimensión local, concluyendo que: *“[e]l área comprendida en cada mercado geográfico varía según las características de la zona, por ejemplo si es urbana o rural, pero en general se delimita por isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 minuto”*.
24. Para el caso de Valdivia, el mercado relevante geográfico –o zona de presión competitiva– quedó restringida a la zona céntrica de la ciudad, delimitada por isócronas de 5 minutos contadas desde los locales céntricos de la entidad fusionada. Sin embargo, la FNE, en su aporte de antecedentes, consideró que –con excepción de la Región Metropolitana– cada comuna constituía un mercado relevante independiente¹².
25. La definición de mercado relevante –y el respectivo análisis de cambios en HHI– fue utilizado como una primera aproximación a los posibles efectos de la fusión entre SMU y SDS. Por una parte, el Informe Económico *“La Fusión de Supermercados del Sur y SMU. Un análisis de competencia”*, preparado por Claudio Agostini y Eduardo Saavedra, acompañado por SMU¹³, estimó HHI post fusión a nivel de comuna, concluyendo que el HHI

⁹ Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2013 en causa Rol 346-2013, C. 12°.

¹⁰ H. TDLC, Resolución N° 43/2012, párr. 9.1.

¹¹ En este sentido, la FNE recientemente adoptó la misma definición de mercado relevante. FNE, Informe de aprobación, *Adquisición de control sobre Delivery Technologies SpA por parte de Walmart Chile*, Rol FNE F161-2018, párr. 40.

¹² *“Dado lo anterior, en esta presentación, como en otras oportunidades, se considerará cada comuna como un mercado relevante independiente, con excepción de la Región Metropolitana, en donde el mercado relevante se definirá a través de isócronas de 10 minutos”*. FNE, aporte de antecedentes en causa Rol NC-397-2011, Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., a fojas 1625.

¹³ Rol NC-397-2011, Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., Documento N° 2 del escrito presentado a fojas 1994.

antes de la operación en Valdivia era de 2.708 y el HHI post operación correspondía 4.182 (*i.e.* un cambio de 1.474).

26. De modo similar, la FNE –en su aporte de antecedentes– estimó que en la comuna de Valdivia el HHI antes de la operación era de 2.944 y el HHI post operación correspondía a 4.580 (*i.e.* un cambio de 1.636).
27. Esto, junto a los antecedentes aportados por SMU y el análisis de UPPI, fueron los primeros indicios utilizados por este H. Tribunal para determinar qué comunas, como la de Valdivia, eran riesgosas para la libre competencia y, por ende, en qué comunas debían ordenarse medidas estructurales.
28. Sin embargo, H. Tribunal, en la actualidad el mercado de Valdivia es sustancialmente más competitivo que el que se analizó en la Resolución 43. A la fecha, **el HHI en la comuna de Valdivia –utilizando isócronas de 15 minutos y calculado según estimaciones en base a los m² de cada local– es de 2.569¹⁴ puntos.**
29. Es decir, el índice actual es incluso menor que el HHI que se observó en forma previa a la fusión entre SMU/SDS; y por supuesto considerablemente inferior a cualquiera de los escenarios observados post fusión.
30. Lo anterior no es casualidad. La posición de Cencosud en Valdivia antes de su entrada orgánica mediante Jumbo Valdivia era más bien marginal. En efecto, la FNE señaló que las participaciones de mercado en Valdivia, entre los meses de julio de 2010 a junio de 2011, eran las siguientes: SDS 34%, SMU 24% y Walmart 34%, mientras que la participación de Cencosud ascendía sólo al 8%. Es decir, los actores relevantes, SMU/SDS y Walmart, concentraban más del 80% del mercado en dicha zona.
31. La apertura de Jumbo Valdivia en enero de 2017 aumentó considerablemente la competencia en la ciudad de Valdivia. Si bien Cencosud, con posterioridad a la entrada en 2017, fue progresivamente aumentando su participación de mercado, dicho crecimiento se explica precisamente por la presión competitiva que comenzó a ejercer Jumbo Valdivia.
32. Como se acreditará, la apertura de Jumbo Valdivia le permitió a Cencosud acceder a consumidores diferentes de aquellos que acudían a sus locales Santa Isabel. Un reflejo de lo anterior es que, de acuerdo a las encuestas encargadas por Cencosud, solo un 3% de los clientes de Jumbo Valdivia compraban habitualmente en el local Santa Isabel, ubicado en Chacabuco 555.
33. Basta analizar las participaciones de mercado actuales para concluir que la situación de competencia cambió positivamente con la entrada de Jumbo Valdivia, en beneficio del mercado y de los consumidores de dicha ciudad.

1.2. Presión competitiva de Jumbo Valdivia en su área de influencia y también en la zona céntrica de Valdivia.

¹⁴ Los detalles de este cálculo pueden verse en la Sección III, capítulo 1.1.

34. Como aproximación adicional a los HHI, la Resolución 43 analizó también los incentivos de SMU/SDS a subir los precios. Se utilizó el indicador conocido como UPPI –por su sigla en inglés: *Upward Pricing Pressure Index*–¹⁵. El H. Tribunal calculó los UPPI para el listado de comunas del Informe Económico preparado por Claudio Agostini y Eduardo Saavedra. Se definieron como comunas riesgosas aquellas en las que, en al menos una de las isócronas incluidas en ella, se obtuvo un UPPI mayor a cero. Valdivia fue una de dichas comunas.
35. Los UPPI, junto con los análisis presentados por SMU/SDS y la FNE¹⁶, fueron considerados como una primera aproximación para determinar qué comunas presentaban riesgos de libre competencia. El HTDLC realizó un análisis detallado por comuna, considerando tanto la distribución geográfica de los locales de supermercados de la fusionada y de la competencia, así como las participaciones de mercado y superficie de venta¹⁷. Para aquellas comunas densamente habitadas, como el caso de Valdivia, se realizó un análisis a nivel de isócronas, centrándose el análisis de competencia post fusión en zonas específicas dentro de cada comuna¹⁸.
36. Respecto a la comuna de Valdivia, el HTDLC concluyó que *“la zona céntrica de la ciudad constituiría un mercado en el cual, dentro de la isócrona de 5 minutos de los distintos locales que posee la fusionada, existiría una baja presión competitiva, (...)”*¹⁹⁻²⁰.
37. En específico, el HTDLC consideró *“(...) que [la presión competitiva] sería ejercida únicamente por el local Santa Isabel de Chacabuco 555 que, en opinión de este Tribunal, no poseería el metraje ni el nivel de ventas suficientes como para evitar eventuales efectos unilaterales indeseados para la libre competencia en dicha zona”*. Asimismo, el HTDLC excluyó de las opciones para enajenar el local ubicado en la calle Yungay 420 precisamente debido a su menor tamaño.
38. Es decir, de acuerdo a la situación competitiva vigente en forma previa al año 2012, este H. Tribunal estimó que no existía presión competitiva en la zona céntrica de Valdivia. Jumbo Valdivia ha cumplido precisamente ese rol, no sólo en su área de influencia, la que excede –según se acreditará en este procedimiento– isócronas de 5 minutos, sino que también ejerce presión competitiva sobre diferentes actores ubicados en la zona céntrica de la ciudad.

¹⁵ H. TDLC, Resolución N° 43/2012, párr. 14.11 y ss. La magnitud de los incentivos a subir los precios quedará determinada por: (i) las razones de desvío (*i.e.* la proporción de las ventas que se van a la firma adquirida cuando la firma adquirente sube sus precios; en este caso las razones de desvío fueron calculadas en base a las participaciones de mercado); (ii) los márgenes de las firmas que se fusionan; y (iii) las eficiencias inherentes a la operación.

¹⁶ En concreto, el H. TDLC consideró: (i) el análisis contenido en la consulta de SMU; (ii) los antecedentes aportados por la FNE; (iii) el Informe Económico de Agosini y Saavedra; y (iv) el propio cálculo de UPPI de este H. TDLC.

¹⁷ El índice UPPI es sólo uno de los elementos tomados en consideración por el TDLC para establecer las medidas de mitigación, y en específico, la Condición Primera de la Resolución 43. En efecto, una vez precisado el índice UPPI y aplicado a las localidades involucradas en la operación, se determina aquellas donde existe una presión al alza en los precios, realizándose además un análisis particular de cada uno de los mercados tomando en consideración aspectos específicos de cada uno de ellos para efectos de establecer si es o no necesaria la desinversión. Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2013 en causa Rol 346-2013, C. 24°.

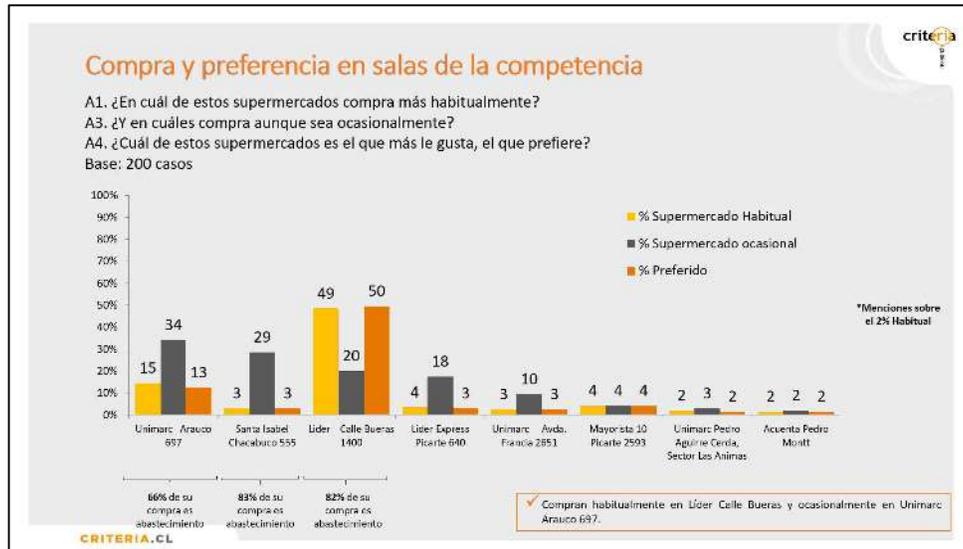
¹⁸ H. TDLC, Resolución N° 43/2012, párr. 14.17.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 14.18.12.

²⁰ La que sería ejercida únicamente por el local Santa Isabel de Chacabuco 555 que, en opinión de este Tribunal, no poseería el metraje ni el nivel de ventas suficientes como para evitar eventuales efectos unilaterales indeseados para la libre competencia en dicha zona. Es por esto que se impuso a SMU la condición de enajenar un local cualquiera, a su elección, entre aquellos ubicados en Arauco 697 (Unimarc) y en Errázuriz 1040 (Bigger). Se excluye de las opciones para enajenar el local Bigger ubicado en la calle Yungay 420 debido a su menor tamaño.

39. En la siguiente lámina, correspondiente a la encuesta desarrollada por Critería, un 15% de los consumidores que asisten a Jumbo Valdivia declaran que compran habitualmente en el local Unimarc ubicado en Arauco 697, un 34% indica que lo hace ocasionalmente y un 13% indica que dicho local de Unimarc es su supermercado preferido.

Estudio 'Apertura Sala JUMBO Valdivia' – Critería Research



Fuente: Critería Research, febrero 2017.

40. Confirma lo anterior el “Estudio Jumbo Valdivia”, realizado por Ipsos en agosto de 2018²¹. En esta encuesta es posible identificar que un 21% de los consumidores antes de la llegada de Jumbo Valdivia compraban frecuentemente en el local de Unimarc ubicado en Arauco. Asimismo, respecto de ambas encuestas cabe señalar que ciertos consumidores también respondieron espontáneamente que acudían a los supermercados El Trébol, Teja Market y Puritán. El nuevo supermercado Eltit no había sido inaugurado aún.

Estudio Ipsos – ‘Estudio Jumbo Valdivia’.



Fuente: Ipsos, agosto 2018.

41. Como puede verse en las láminas anteriores, la apertura de Jumbo Valdivia atrajo a un número importante de consumidores desde locales de SMU (Unimarc) ubicados en la zona

²¹ Acompañada por Cencosud con fecha 2 de febrero de 2019 en los autos rol n° 44266-2017, seguidos ante la Excma. Corte Suprema.

céntrica de la ciudad de Valdivia. Este era el propósito de la desinversión ordenada a SMU: que sus locales ubicados en la zona céntrica de la ciudad –luego de la desinversión– enfrentaran un mayor grado de presión competitiva.

42. La llegada de Jumbo Valdivia trajo múltiples beneficios a los consumidores de Valdivia, aumentó la competencia y la variedad de oferta, ofreciendo servicios de calidad.
43. En línea con lo anterior, el reciente “Estudio Jumbo Valdivia” realizado por Ipsos, más del 50% de los encuestados manifestó que la apertura del supermercado Jumbo tuvo un impacto positivo en la variedad y surtido de productos disponibles en la ciudad de Valdivia, mientras que el 11% manifestó expresamente que produjo “*más competencia*”, lo que se tradujo en menores precios –más ofertas–, mayor variedad y mejor calidad de productos. Esto también se confirma en la encuesta de Criterias, en que los consumidores destacan que Jumbo Valdivia ofrece mejores servicios que sus principales competidores²².
44. A modo ejemplar, ante la pregunta ¿Cuál ha sido el impacto de la apertura Jumbo en la ciudad?, algunos clientes manifestaron que: “[es] *Bueno para todos, mientras más supermercados abren hay más competencia, y así bajan los precios*”; “*Yo creo que sirve para aumentar la competitividad, mayor variedad de productos y ofertas*”; “*Dio más variedad porque estaba el monopolio de Unimarc y Líder*”; “*Muy bueno, hay más productos, hay cosas que en los otros supermercados no hay y ofertas de fin de semana*”, “*Bueno, hay más opciones, más locales, más oferta*”²³.
45. De la misma manera, ante la pregunta ¿Cuál sería el impacto en caso de que Jumbo cerrara?, el 11% de los encuestados manifestó la pérdida de competencia: “*Perderíamos competitividad entre los supermercados, perjudica a clientes*”; “*Volvería a ser como antes, habría menos competencia para el resto de los supermercados*”; “*Menos ofertas de servicio y limita a comprar sólo en un solo lado*”²⁴. En este sentido, el 54% de los encuestados sugirió alguna de las siguientes consecuencias negativas: disminución de la variedad, disminución de competencia, aumento de precios, disminución de ofertas o indisponibilidad de productos de calidad.
46. En conclusión, y sin perjuicio que durante este procedimiento esta parte presentará antecedentes adicionales, la aprobación del Contrato de Arrendamiento se encuentra plenamente justificada. La entrada de Jumbo Valdivia aumentó la competencia tanto en su área de influencia como en la zona céntrica de Valdivia, aumentando la presión competitiva a niveles aun mejores que aquellos analizados por este H. Tribunal en el escenario previo a la fusión de SMU/SDS.
47. Adicionalmente, y como se profundiza en la siguiente sección, los nuevos antecedentes que se presentan en esta consulta acreditan que el mercado se ha tornado más competitivo y ha cambiado favorablemente desde el año 2012. Lo anterior, también producto de la apertura de nuevos supermercados: el año 2018 la cadena independiente Eltit inauguró un local con una sala de venta de 2.500 m² aprox. y el año 2013 Walmart inauguró un nuevo Líder Express de 1.680 m² aprox. Ambos supermercados en pleno centro de Valdivia.

²² En la diapositiva 27 de la encuesta de Criterias, 76% de los que responden dicen que Jumbo Valdivia es mejor que el local de Unimarc ubicado en Arauco y sólo 5,5% dice que es peor. Asimismo, 57% de los que responden dicen que Jumbo Valdivia es mejor que el local de Líder ubicado calle Bueras y sólo 5,5% dice que es peor.

²³ Páginas 6, 7 y 8 de la Encuesta Ipsos.

²⁴ Página 11 de la Encuesta Ipsos.

48. Asimismo, el proyecto Mall Paseo Valdivia también ubicado en la zona céntrica de la ciudad, cuya inauguración se proyecta para el año 2021, contempla la instalación de un supermercado adicional para Valdivia con una sala de venta de 5.000 m² aproximados.
49. En conclusión, a la fecha, este mercado es sustancialmente más competitivo y menos concentrado que en forma previa al año 2012. Estas condiciones se reflejan en el índice HHI que, en la comuna de Valdivia –utilizando isócronas de 15 minutos y calculado según estimaciones en base a los m² de cada local– es de 2.569 puntos. Es decir, el índice actual es incluso menor que el HHI que en el escenario pre-fusión.
50. Estos antecedentes deben ser ponderados en conjunto con los cambios de circunstancias ocurridos con posterioridad a la dictación de la Resolución 43, los cuales serán expuestos a continuación.

II. CAMBIOS DE CIRCUNSTANCIAS E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN 43.

51. Este H. Tribunal ha resuelto que en base a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211 se puede modificar una o más condiciones contenidas en una resolución. Lo anterior, sobre la base nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de dictar una resolución²⁵, específicamente mediante un nuevo procedimiento de consulta²⁶. Asimismo, este HTDLC ha sostenido que otra forma para que las condiciones dejen de surtir sus efectos es que se les declare extinguidas²⁷.
52. La imposición de condiciones se justifica en la medida que permite mitigar o prevenir un riesgo concreto, previamente determinado. Las medidas se justifican siempre que sean eficaces en la consecución de los fines buscados con su establecimiento²⁸. Es por tal razón

25 “(...) sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción, la cuestión puede renovarse por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N°211 para dar inicio a un procedimiento ante este Tribunal”. H. TDLC, Resolución N°18/2006, C. 3°.

26 “La modificación de una o más Condiciones de aquellas interpuestas por una Resolución, es el procedimiento de Consulta contemplado por el artículo 18 N°2 del D.L. 211”. H. TDLC, resolución de 5 de octubre de 2011 en causa Rol NC-380-10 “Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación”.

27 “Se trata, en definitiva, de condiciones que, en cuanto tales, son permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: (i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31”. H. TDLC, Sentencia N° 117/2011, C. 23°.

28 Agüero V., Francisco. Informe en derecho “Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC”, elaborado para la FNE y acompañado en los autos Rol C-279-2014 de este HTDLC. En el mismo sentido, H. TDLC, Resolución N° 53/2018, párr. 122: “En relación a esto mismo, y para efectos de dar mayor certeza a los agentes del mercado respecto de los criterios procedimentales que sigue este Tribunal, resulta pertinente señalar que, dado que el TDLC tiene como una de sus misiones defender el interés público en libre competencia mediante actos regulatorios o de policía bajo una perspectiva estrictamente funcional o finalista, para distinguirlos de su naturaleza orgánica y procedimental, sus potestades sólo pueden tener por objeto la protección del interés público de modo prospectivo, esto es, ante una lesión presente o futura del mismo”.

que son esencialmente revocables. El H. Tribunal reconoce que producen únicamente cosa juzgada formal²⁹.

53. Así, entendiendo que la Condición Primera de la Resolución 43 es esencialmente mutable o modificable –ya que produce cosa juzgada formal– esta puede: **(i)** extinguirse por su cumplimiento dentro del plazo establecido; o **(ii)** sufrir modificaciones en virtud de un procedimiento de consulta ante este H. Tribunal, producto de un cambio de circunstancias que la hagan inidónea para el objetivo que se persiguió al momento de su imposición, como se expone a continuación³⁰.
54. Respecto de la Resolución 43, deben considerarse una serie de antecedentes que dan cuenta que ha existido una modificación del escenario competitivo e institucional que tuvo a la vista este H. Tribunal el año 2012 (**Sección III**). Asimismo, la Condición Primera y las condiciones de su enajenación perdieron vigencia, y por lo tanto eficacia, por hechos sobrevinientes. En efecto, si bien SMU dio efectivo cumplimiento a dichas condiciones, en el año 2015 se produjo la liquidación concursal del adquirente del conjunto de activos enajenados por SMU, y por lo tanto su desmembramiento como una unidad económica de un conjunto de activos en funcionamiento u operación (**Sección IV**).

III. PRIMER CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS: CAMBIOS RELEVANTES DE CIRCUNSTANCIAS EN EL ESCENARIO COMPETITIVO, EN EL MERCADO SUPERMERCADISTA Y EN LA INSTITUCIONALIDAD VIGENTE.

55. Los últimos años han demostrado que el mercado supermercadista ha tenido una evolución dinámica desde el año 2012 en Valdivia, teniendo en consideración el ingreso de nuevos actores relevantes y la incipiente pero rápida entrada del *e-commerce*. También hay que considerar que desde el año 2012, la institucionalidad en materia de libre competencia ha sufrido cambios relevantes.

1.1. Evolución del mercado supermercadista en Valdivia (2012–2020).

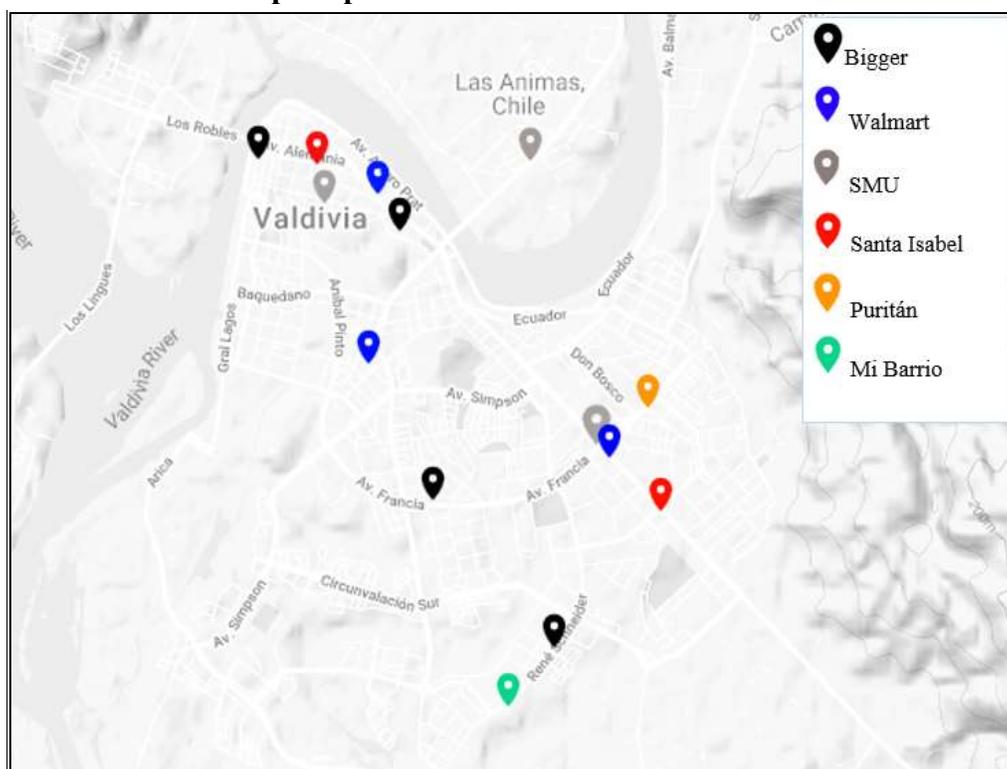
56. En primer lugar, analizar el Contrato de Arrendamiento implica analizar la evolución de la industria supermercadista en la ciudad de Valdivia desde el 2012 a la fecha. De una comparación entre la cantidad de supermercados presentes en Valdivia al año 2012, y la cantidad de supermercados activos a la fecha de esta consulta, se ve un aumento sostenido.

²⁹ H. TDLC., Resolución N° 8/2005. C. 3°.

³⁰ H. TDLC, Resolución N° 18/2006, C. 3°: “*Por consiguiente, sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción, la cuestión puede renovarse por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el DL 211 para dar inicio a un procedimiento ante este Tribunal. Así, es legítimo y necesario, atendida la naturaleza esencialmente dinámica de los mercados en los que se desarrollan los hechos que se someten a su conocimiento, que este Tribunal pueda y deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado, o a como lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que, en apariencia, son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada*”; H. TDLC, Sentencia N° 117/2011, C. 21°: “*Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción solo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad. Mientras ello no ocurra, las condiciones establecidas en esas resoluciones permanecen vigentes y su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3 del DL 211*”.

57. El siguiente mapa describe la oferta supermercadista al año 2012:

Mapa supermercados Valdivia – Año 2012

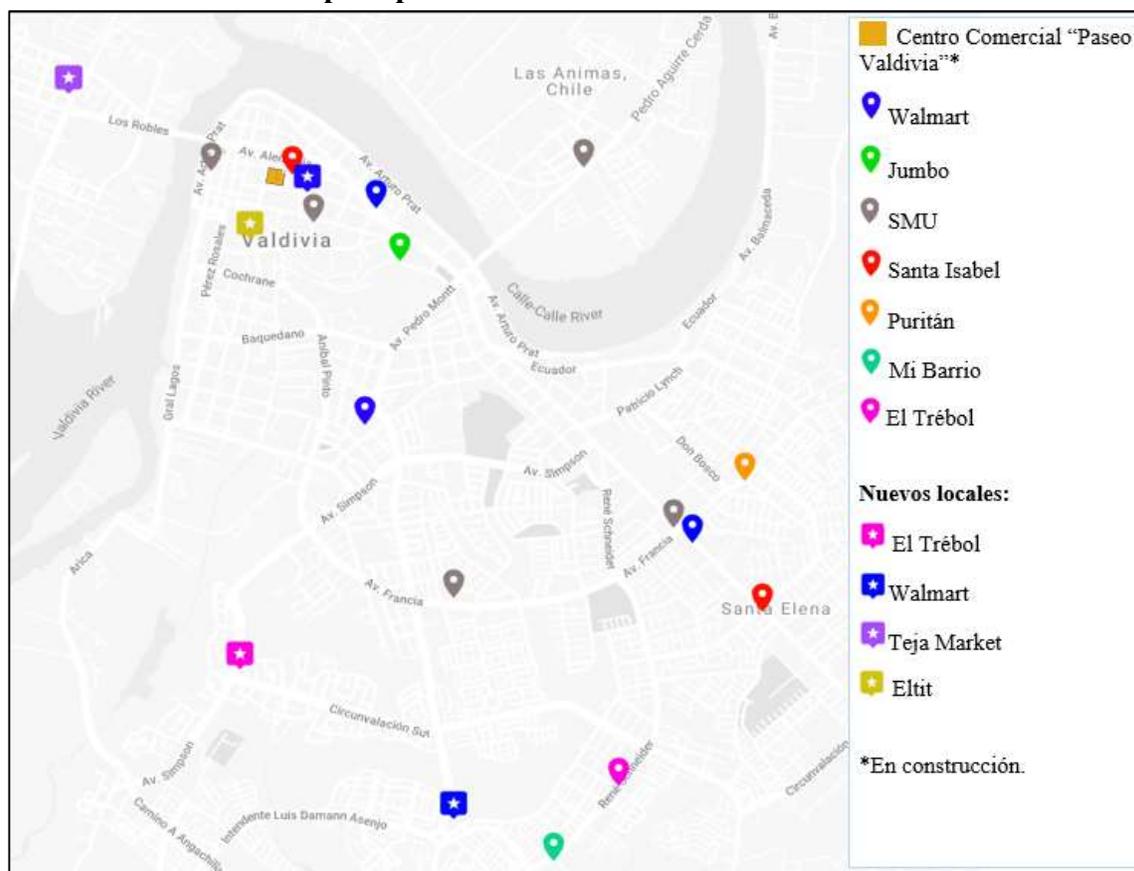


Fuente: elaboración propia en base a Google Maps, información pública y Resolución 43.

58. Desde el año 2012 a la fecha, se han instalado a lo menos cinco nuevos supermercados, en diferentes zonas geográficas de la ciudad de Valdivia. Entre ellos, además de la inauguración de dos nuevos locales de Walmart, destacan diferentes locales de cadenas independientes: el supermercado Eltit, ubicado en la zona céntrica de la ciudad y con una sala de venta de 2.500 m² aprox., el supermercado El Trébol que ha inaugurado dos locales (de 928 y 810 m² aprox.)³¹ y el supermercado Teja Market inaugurado el año 2014 (de 900 m² aprox.).
59. Luego de más de ocho años desde el análisis de la fusión SMU/SDS, la entrada de nuevos operadores independientes en la ciudad de Valdivia, debe ser considerado para el análisis de la situación competitiva actual. En el siguiente mapa se aprecia la ampliada oferta de locales supermercadistas que operan actualmente en la ciudad de Valdivia:

³¹ Debe considerarse que el local de 928 m², ubicado en Rene Schneider 3722, pertenecía a SDS.

Mapa supermercados Valdivia – Actualidad



Fuente: elaboración propia en base a Google Maps e información pública.

60. Comparando ambos mapas, se concluye que la situación competitiva y las condiciones de mercado que este H. Tribunal analizó al dictar la Resolución 43, han cambiado considerablemente. En específico, la ampliación de la oferta se produjo –y producirá– por el ingreso sobreviniente a Valdivia de los siguientes locales:

Entrada de supermercados en Valdivia con posterioridad al año 2012

Bandera (cadena)	Año	m ² aprox.	Dirección
Eltit	2018	2.500	Camilo Henríquez, 773.
SuperBodega aCuenta (Walmart)	2017	2.113	Av. Pedro Montt, 4300.
Líder Express (Walmart)	2013	1.681	Av. Ramón Picarte, 640.
El Trébol	2014	810	Av. Simpson, 499.
Teja Market	2014	900	Los Helechos 500
Supermercado de Mall Paseo Valdivia	Supuestamente en el año 2021	5.000	Entre Av. Ramón Picarte y Caupolicán.

Fuente: elaboración propia en base a información pública e información proveída por Nielsen.

61. Debe considerarse también la salida de Bigger y la posterior apertura de Jumbo Valdivia (después de aproximadamente 16 meses de haber cesado sus operaciones). Asimismo, debe considerarse la entrada del local de El Trébol ubicado en René Schneider 3722 –donde se emplazaba un local de SDS–, de 928 m² aprox., inaugurado el año 2015.

62. Hay que considerar que en la Resolución 43, este H. Tribunal estimó que la escasez de terrenos sería una barrera a la entrada en la industria supermercadista³². Sin embargo, el importante número de entradas con posterioridad al año 2012, da cuenta de un mercado dinámico y en constante crecimiento, producto de las bajas barreras a la entrada y la cantidad de terrenos disponibles, al menos en la ciudad de Valdivia. Particularmente ilustrativo de esto, es la reciente inauguración de cuatro supermercados de cadenas independientes.
63. El resultado de lo anterior es que, a diferencia del escenario pre-fusión SMU/SDS, actualmente nos encontramos en Valdivia con un mercado diferente y más competitivo.
64. Y el mercado descrito no sólo es más atomizado y más competitivo que el analizado por el H. Tribunal en el año 2012, sino que se espera que mejore aún más. En el futuro mall Paseo Valdivia, donde actualmente se desarrolla un importante proyecto de centro comercial, se incluye la instalación de un nuevo supermercado.
65. En efecto, pronunciándose respecto a supuestos actos de competencia desleal en perjuicio del Grupo Pasmár, la FNE recientemente concluyó que: *“El proyecto Mall Paseo Valdivia es realizado por el Grupo Pasmár y consiste en la construcción y operación de un proyecto inmobiliario de tipo comercial, en un predio de 10.240,4 m², con una superficie edificada de 72.899 m² repartidos en 10 niveles, 4 subterráneos y 6 sobre el nivel del suelo. La obra se emplazaría en un sector que actualmente alberga diferentes usos de suelo, en su mayor parte de uso comercial o de equipamiento, en un área comercial consolidada. El proyecto se encuentra ubicado en Valdivia, Región de Los Ríos y para la operación del centro comercial se proyectan 135 locales comerciales, **dentro de los cuales se contemplaría un supermercado**, locales de ocio, patio de comida entre otros equipamientos”*³³ (énfasis agregado).
66. De acuerdo a información pública, la planta donde se ubicaría el supermercado tendría una superficie de 5.000 m² aproximadamente. Según la última información disponible, la apertura de la obra se proyecta para el último trimestre del año 2021³⁴. La ubicación del proyecto es la figura naranja destacada en el siguiente mapa:

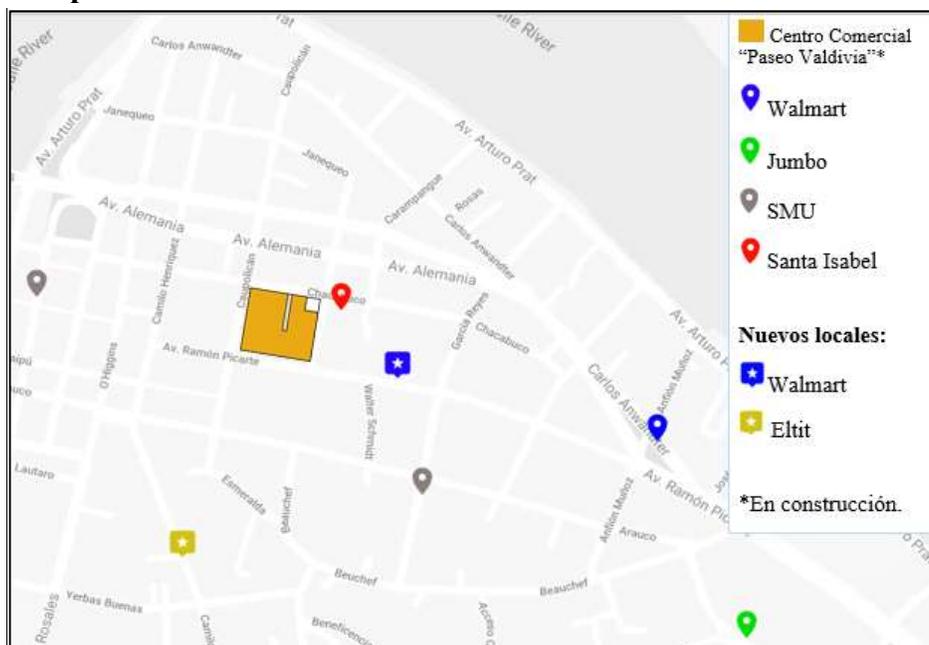
³² “Adicionalmente, este Tribunal ha indicado que la falta de terrenos en los sectores de mayor densidad podría también constituir una barrera a la entrada en este sector”. H. TLDC, Resolución N° 43/2012, párr. 9.29.

³³ FNE, Minuta de archivo, *Denuncia por competencia desleal contra Mall Plaza de Los Ríos*, Rol N° 2558-19 FNE, párr. 4.

³⁴ POCH Ambiental S.A., Declaración de Impacto Ambiental Centro Comercial "Paseo Valdivia", junio 2016, p. 33. Disponible en:

https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/07/07/Reingreso_DIA_Mall_Paseo_Valdivia_final.pdf.

Mapa zona céntrica Valdivia – Centro comercial “Paseo Valdivia”



Fuente: elaboración propia en base a Google Maps.

67. Como se ve en el mapa, este nuevo supermercado –junto al reciente ingreso de Eltit y la apertura de un nuevo LiderExpress el año 2013– se ubicará en la “zona céntrica de la ciudad”.
68. La siguiente tabla describe las participaciones de mercado pre-fusión, post-fusión SMU/SDS y la situación actual. Se evidencia el cambio positivo que ha experimentado la situación competitiva en Valdivia y la presión competitiva que ha ejercido Cencosud desde la entrada de Jumbo Valdivia. Si se analizan las actuales participaciones de mercado, se evidencia que la entrada de Jumbo Valdivia ha ejercido presión competitiva sobre los dos principales actores a la época de la Resolución 43:

Participaciones en el mercado supermercadista de Valdivia

Cadena	Participación de mercado pre fusión (FNE, 2011)	Participación de mercado post fusión (FNE, 2011)	Participación de mercado 2019 (estimaciones en base a m ²)
SDS	34%	-	-
SMU	24%	58%	26.1%
Walmart	34%	34%	37.6%
Cencosud	8%	8%	19.8%
Eltit	-	-	7,0%
El Trébol	-	-	4,9%
Mi barrio / Teja Market	-	-	3,6%
Puritán	-	-	1,1%
Índice HHI	2.944	4.580	2.569

Fuente: aporte de antecedentes de FNE en Rol NC-397-11 a fojas 1625 y estimaciones internas de Cencosud en base a información pública e información proveída por Nielsen.

69. El cálculo de HHI previo a la fusión arrojaba un total de 2.944 mientras que el HHI proyectado para el escenario post fusión arrojaba un total de 4.580³⁵. El HHI actual aproximado –calculado en base a las estimaciones de participaciones de mercado de Cencosud– es considerablemente menor: 2.569. En conclusión, la inauguración de Jumbo Valdivia, junto al ingreso y expansión de otros actores, tuvo un efecto positivo a nivel local, pues aumentó la presión competitiva en Valdivia.

1.2. El comportamiento actual de los consumidores de Valdivia da cuenta de una definición amplia de mercado relevante geográfico.

70. Si bien la Resolución 43 consideró que Valdivia no constituía un único mercado y que en la zona céntrica existiría una baja presión competitiva, de acuerdo a las encuestas que se presentan a continuación –de los años 2017 y 2018 (ambas realizadas de forma previa a la entrada del supermercado Eltit)–, es posible concluir que –en la actualidad– la situación competitiva en Valdivia, una adecuada definición de mercado relevante geográfico debiera comprender toda la ciudad de Valdivia, o –al menos– isócronas de 15 minutos.

71. A una conclusión similar llegó recientemente la FNE en el mercado de los *malls* en la ciudad de Valdivia³⁶. Asimismo, de acuerdo al estudio preparado por *Criteria Research* ‘*Apertura Sala JUMBO Valdivia*’, de febrero de 2017, se evidencia que los consumidores tardan en promedio 19 minutos en llegar al supermercado³⁷.

72. De acuerdo a estos nuevos antecedentes y considerando isócronas de 15 minutos, el HHI actual aproximado es de 2.569; es decir, un HHI considerablemente menor al escenario previo y post fusión –sin considerar las desinversiones ordenadas–.

73. En conclusión, estos nuevos antecedentes acreditan que una adecuada definición de mercado relevante geográfico debe comprender toda la ciudad de Valdivia, o –al menos– isócronas de 15 minutos. Adicionalmente, incluso adoptando una posición conservadora y utilizando isócronas de 10 minutos, el HHI sigue estando por debajo del que existía con anterioridad a la fusión de SMU/SDS.

2. La evolución de operadores supermercadistas tanto a nivel local como nacional.

74. El fin accesorio que la Resolución 43 consideró al momento de diseñar la Condición Primera consistió en servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo³⁸. Con posterioridad a la dictación de la Resolución 43, si bien Bigger –el supuesto candidato para

³⁵ Nota: el cálculo de HHI informado por la FNE (2.944) es diferente al cálculo de HHI obtenido de la suma de los cuadrados de cada una de las participaciones de mercado indicadas: 2.952. La diferencia podría explicarse por la utilización de decimales en el cálculo de índice HHI de la FNE.

³⁶ En denuncia presentada a la FNE por presuntos actos de competencia desleal, en contra de los controladores y representantes de Mall Plaza de Los Ríos, la FNE sostuvo respecto al mercado relevante de los *malls* que: “*En relación al mercado relevante geográfico, se han utilizado distintas maneras para determinarlo, como isócronas de viaje en automóvil, radio en kilómetros, o toda la ciudad. En el presente caso, desde el punto de vista del cliente final, una posible definición sería una isócrona de 5 kilómetros alrededor de Mall Plaza Los Ríos. No obstante, adoptando un enfoque más conservador, podría considerarse una isócrona del tamaño de la ciudad de Valdivia. Desde el punto de vista de los arrendatarios, es plausible la existencia de cierto grado de sustitución de los centros comerciales, lo que admitiría un espacio geográfico aún más amplio*”. FNE, Minuta de Archivo, *Denuncia por competencia desleal contra Mall Plaza de Los Ríos*, Rol N° 2558-19 FNE, párr. 12.

³⁷ Página 9 de la encuesta preparada por *Criteria* ‘*Apertura Sala JUMBO Valdivia*’, de febrero de 2017.

³⁸ Resolución 43, párr. 15.2.

erigirse como el cuarto operador– salió del mercado, es posible igualmente observar la evolución y fortalecimiento de nuevos actores en el mercado supermercadista; por ejemplo, a nivel local, las cadenas independientes que han recientemente ingresado a Valdivia y, a nivel nacional, Tottus.

75. A nivel local, según se indicó, destacan diferentes locales de cadenas independientes en la ciudad de Valdivia: **(i)** Eltit (2.500 m² aprox.); **(ii)** El Trébol (de 928 y 810 m² aprox.)³⁹; y **(iii)** Teja Market (900 m² aprox.). Esto da cuenta de un mercado dinámico y en constante crecimiento, producto de las bajas barreras a la entrada y la existencia de espacios disponibles.
76. A nivel nacional, Tottus demuestra una expansión geográfica a lo largo de los últimos años: de acuerdo a la Resolución 43, Tottus contaba con 37 locales el año 2012⁴⁰. Al cuarto semestre de 2019, Tottus contaba con 69 locales, con presencia en 49 comunas desde Calama a Los Ángeles⁴¹.
77. En efecto, actualmente Tottus tiene muchos más locales que los 18 que el H. Tribunal consideró suficientes para que ingresara un cuarto operador. Esto es relevante, pues el H. Tribunal consideró que la desinversión de la Condición Primera –realizada como una unidad económica en funcionamiento– permitiría ‘*servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo*’⁴². El conjunto de activos de la Resolución 43 comprendía tan sólo 18 locales.
78. En resumen, la expansión de nuevos actores y su creciente importancia, ha modificado –a nivel local y nacional– de forma relevante la estructura y dinámica del mercado luego de dictada la Resolución 43. Dicha evolución implica un cambio de circunstancias relevantes y que además, atendido el crecimiento en números de locales de Tottus, va en línea con el objetivo accesorio en materia de potenciamiento de un cuarto operador, perseguido accesoriamente por la Condición Primera de la Resolución 43.

3. Evolución del *e-commerce*.

79. La industria supermercadista ha mostrado una constante evolución en los últimos años. En ese sentido, otro cambio de circunstancias que debe tener en cuenta este H. Tribunal es la evolución del *e-commerce*, cambio potenciado tanto por las mismas cadenas supermercadistas como por aplicaciones digitales de intermediación de terceros.
80. Cuando este HTDLC analizó la fusión SMU/SDS, tuvo especialmente a la vista la evolución dinámica de la industria supermercadista en Chile durante esos años. En específico, este H. Tribunal identificó: “(...) *dos cambios claves que interactúan entre sí. Por un lado está el importante cambio que se ha producido en la forma de aprovisionamiento de las familias y, por otro, los cambios tecnológicos que permiten que una sola entidad competitiva maneje un gran número de locales en forma eficiente*”⁴³.

³⁹ Debe considerarse que el local de 928 m², ubicado en Rene Schneider 3722, pertenecía a SDS.

⁴⁰ H. TDLC, Resolución 43/2012, cuadro N° 6.

⁴¹ Falabella, Memoria Anual 2019, pp. 222 y 223.

⁴² H. TDLC, Resolución 43/2012, párr. 15.2.

⁴³ H. TDLC, Resolución N° 43/2012, párr. 8.1.

81. En esos años, el gran cambio tecnológico fue producto de la adopción de tecnologías tales como el lector de código de barras –que permitió un manejo mayor de bienes, facilitó el cambio de los precios y su registro en cajas de pagos– y la centralización del proceso de distribución –que hizo más eficiente el manejo de inventario y de espacio de almacenamiento–.
82. Hoy, nuevamente, debe considerarse otro cambio tecnológico relevante. El *e-commerce* muestra el dinamismo propio de la industria supermercadista, y debe ser considerado por este H. Tribunal. El principal elemento de este cambio es que el espacio físico o presencial de compra, el supermercado, deja de ser tan relevante como lo era antes.
83. A este respecto, la FNE ha señalado recientemente que “*la mayoría de la población chilena cuenta con acceso a internet, y las ventas en línea están insertas en los hábitos del consumidor chileno*”⁴⁴⁻⁴⁵. En efecto, en 2019 la penetración de internet alcanzó aproximadamente un 87% de los hogares chilenos⁴⁶.
84. De acuerdo a la información de la Cámara de Comercio de Santiago, en 2019 las ventas en el canal *e-commerce* en Chile superaron los US\$ 6.000 millones, lo que significa un aumento de un 25% en relación al año anterior.
85. Se espera que dicho número aumente entre un 15% y un 25% para el 2020, lo que va en línea con el crecimiento sostenido que ha tenido el comercio electrónico en los últimos años⁴⁷.
86. En particular, en el caso de la industria supermercadista las ventas mediante *e-commerce* del segundo semestre del año 2018 aumentaron un 125%, respecto del mismo período del año 2017⁴⁸; creciendo a un ritmo mucho mayor que las ventas presenciales⁴⁹⁻⁵⁰. Como muestra el siguiente cuadro, el caso de los supermercados lidera la tendencia del aumento del *e-commerce*. Se destaca el crecimiento –muy por encima de otras categorías– del segmento ‘Supermercados/Alimentación y Fast Food’:

⁴⁴ FNE, Informe de aprobación, *Adquisición de control en Avon por parte de Natura Cosméticos*, Investigación Rol F207-2019, p. 8. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/inap1_F207_2019.pdf.

⁴⁵ “Según el estudio cuantitativo “Chile3D” realizado por la empresa de investigaciones de mercado GFK Consultores, el 32% de los consumidores declaró haber comprado por internet en el último año. Dicha cifra se habría incrementado de manera fuerte y sostenida en los últimos años, aumentando 10 puntos porcentuales desde el año 2016 a 2019”. *Ibidem.*, en relación a estudio titulado “Chile 3D 2019. Marcas y estilos de vida de todos los que viven en Chile”, elaborado por GFK Consultores. Disponible en: https://www.gfk.com/fileadmin/user_upload/country_one_pager/CL/FINAL_EELT_CHILE3D_2019.pdf.

⁴⁶ *Ibidem.*, en relación a estudio titulado “*Shopper & consumer insights*. Año 2019”, elaborado por Nielsen Holdings Ple.

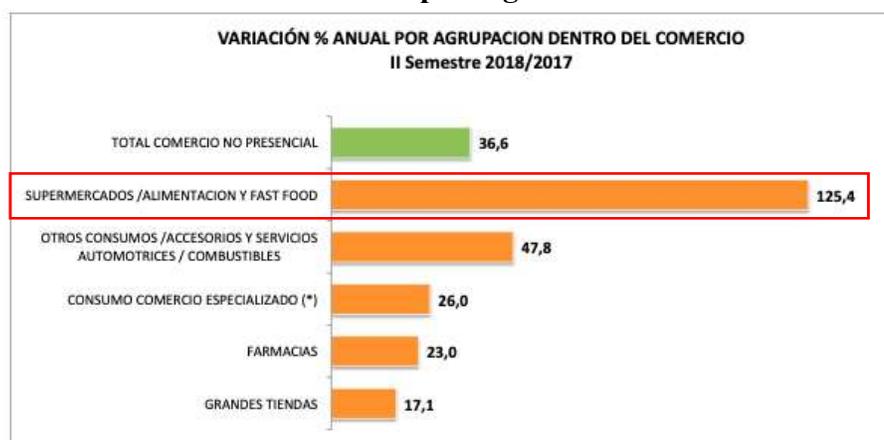
⁴⁷ Cámara de Comercio de Santiago. Disponible en: <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2020/03/Ventas-eCommerce-2019-VF.pdf>.

⁴⁸ Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile, “Ventas online crecen un 39,4% durante 2018, mostrando una tendencia al alza”. Disponible en: <https://www.cnc.cl/ventas-online-crecen-un-394-durante-2018-mostrando-una-tendencia-al-alza/>.

⁴⁹ FNE, Informe de aprobación, *Adquisición de control sobre Delivery Technologies SpA por parte de Walmart Chile*, Investigación Rol F161-2018. párr. 16

⁵⁰ Diario Financiero. “Ventas por metro cuadrado de supermercados en Chile se estancan en cinco años”. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/macro/ventas-por-metro-cuadrado-de-supermercados-en-chile-se-estancan-en-cinco/2019-04-29/200322.html>.

Variación en ventas *e-commerce* por segmento – II Semestre 2018/2017



Fuente: Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile (“CNC”)

87. Lo anterior ha sido potenciado, por una parte, por los propios supermercados y, por otra, por las *apps* como Cornershop, Rappi, PedidosYa, entre otras. Como indica la FNE, en el escenario actual no existirían barreras excesivas a la entrada, expansión o reposicionamiento en los servicios de plataformas on–line de compra y entrega a domicilio de productos de supermercados. Además, existe un fuerte crecimiento del mercado lo que incrementaría la factibilidad de entrada, expansión o reposicionamiento de nuevos actores⁵¹.
88. Adicionalmente, la relevancia del canal *e-commerce* ha cobrado aún más importancia a contar de octubre de 2019 y especialmente a contar de la crisis sanitaria producto del Covid-19. Ambos hitos han potenciado aún más el uso de canales online⁵². En efecto, las ventas de *e-commerce* han aumentado de forma considerable durante marzo de 2020⁵³. Producto de las condiciones sanitarias actuales muchos consumidores han realizado sus primeras compras online, y lo seguirán haciendo a futuro. Esto, sin duda, es un *shock* permanente que potenciará aún más el alza de las futuras ventas mediante el *e-commerce*.
89. Todo lo anterior da cuenta de un importante dinamismo en la industria. Dicho dinamismo modifica sustancialmente el escenario competitivo analizado por el H. Tribunal al año 2012 e influye en la determinación del rol que se le asigne al espacio físico en donde se ubica un determinado supermercado y del mercado relevante. Lo anterior, tanto desde el punto de vista de la industria como geográfico: existen diferentes plataformas de compra online a las que los consumidores pueden acceder, y al mismo tiempo se amplían las áreas de influencia de las distintas salas de venta.
90. En **conclusión**, las condiciones actuales en el mercado supermercadista de Valdivia dan cuenta de un mercado en evolución y dinámico –a diferencia de lo que tuvo a la vista este H. Tribunal cuando dictó la Resolución 43–. Lo anterior, debido a las modificaciones en las participaciones de mercado, así como el desarrollo de nuevas tecnologías. Por ello, existe

⁵¹ “Estos antecedentes mostrarían que en el escenario actual no existirían barreras excesivas a la entrada, expansión o reposicionamiento en los servicios de plataformas on-line de compra y entrega a domicilio de productos de supermercados. Además, el fuerte crecimiento del mercado incrementaría la factibilidad de entrada, expansión o reposicionamiento de nuevos actores. Sin embargo, el nivel de condiciones a la entrada que se observan hoy podría no ser representativo de eventuales barreras a la entrada en el futuro, en el contexto de un mercado con un mayor desarrollo”. FNE, Informe de aprobación, *Adquisición de control sobre Delivery Technologies SpA por parte de Walmart Chile*, Investigación Rol F161-2018, párr. 57.

⁵² Ídem.

⁵³ “Ventas de supermercados vía web más que se duplican respecto a un día normal”, *La Tercera*, 26 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/ventas-de-supermercados-via-web-mas-que-se-duplican-respecto-a-un-dia-normal/TZ7MBPSXG5HYVLTVCVUUVKLUKIE/>.

suficiente justificación económica para la aprobación del Contrato de Arrendamiento, cumpliéndose los requisitos necesarios para que se modifique parcialmente la Condición Primera de la Resolución 43, respecto del Local Valdivia.

4. Modificación de la institucionalidad: control por parte de la FNE de las operaciones de concentración.

91. Un cuarto antecedente relevante es la modificación regulatoria introducida con la Ley N° 20.945, que entró en vigencia en junio de 2017 y que introdujo un nuevo sistema de control obligatorio de operaciones de concentración.
92. El sistema de control obligatorio de operaciones de concentración, que entró a regir en junio de 2017, se compone de una nueva normativa que introdujo en el país un filtro de control administrativo a cargo de la FNE, que opera de forma previa y con efectos suspensivos a la implementación de una operación de concentración.
93. En la actualidad, deben notificarse en forma obligatoria a la FNE, y de forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que igualen o excedan, de forma copulativa, los umbrales de ventas conjuntas e individuales establecidos por la FNE. En el evento de que una determinada operación de concentración no iguale o supere los umbrales referidos, ésta podrá siempre ser voluntariamente notificada por las partes.
94. Adicionalmente, conforme a lo indicado en el artículo 48 del DL 211, la FNE cuenta con la facultad de someter a evaluación operaciones que no superen los umbrales hasta un año después de perfeccionarse. Esto incrementa el ámbito de acción de la FNE y, como indica la propia FNE, entrega incentivos para que operaciones de concentración que pudiesen reducir sustancialmente la competencia se sometan a control voluntario⁵⁴.
95. Conforme a la nueva institucionalidad, mantener vigente la Condición Primera, al menos respecto del Local Valdivia, no parece lógico ni proporcionado ya que, en la medida que una operación de concentración recaiga sobre dicho inmueble, podrá ser sometido al control de la FNE.

En resumen, según venimos señalando, existen una serie de cambios relevantes de circunstancia que deben ser considerados por este H. Tribunal para efectos de dejar sin efectos la Condición Primera respecto del Local Valdivia.

IV. SEGUNDO CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS: PÉRDIDA DE OBJETIVO Y EFICACIA DE LA CONDICIÓN PRIMERA DE LA RESOLUCIÓN 43.

⁵⁴ “En relación a lo anterior, la autoridad de competencia monitorea constantemente el flujo de fusiones que tienen efectos en Chile a modo de identificar operaciones potencialmente dañinas que no están sometidas a notificación obligatoria, además distintos actores participantes en diversos mercados, tales como los clientes de las partes que se concentran, tienen la posibilidad de denunciar a la Fiscalía sobre la materialización de alguna operación de concentración potencialmente anticompetitiva. Esto incrementa el ámbito de acción de la FNE y entrega incentivos para que operaciones de concentración que pudiesen reducir sustancialmente la competencia se sometan a control voluntario, a modo de evitar el riesgo de una investigación por parte de la Fiscalía posterior a perfeccionarse la operación, lo que podría implicar costos muy relevantes, propios de la prohibición o de la adopción de medidas de mitigación respecto a operaciones que ya habían generado la combinación de dos o más entidades.” FNE, informe de ajuste de umbrales, párr. 14. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Informe-de-ajuste-de-umbrales.pdf>.

1. Condición Primera de la Resolución 43: conjunto de activos enajenados como unidad económica en funcionamiento.

96. Luego de más de 8 años contados desde su dictación, es relevante analizar los antecedentes que justificaron la Resolución 43 y si éstos han variado en la actualidad. En el análisis de competencia, se concluyó en la Resolución 43 que en cada una de las comunas en que se presentaban riesgos –HHI, UPPI, presión competitiva a nivel nacional y local, etc.– debía procederse a la desinversión de locales como medida de mitigación.
97. Específicamente respecto de la Condición Primera, este H. Tribunal ordenó a SMU –en el plazo de 8 meses– enajenar como **unidad económica un conjunto de activos** –entre otros, 18 locales comerciales (dentro de los cuales se encontraba el Local Valdivia)– a un mismo adquirente no relacionado a SMU, y que no tuviese una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional. Asimismo, ordenó a SMU enajenar los centros de distribución que operaba SDS, ubicados en las comunas de Concepción, Osorno y Pudahuel; junto a una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por SDS.
98. De acuerdo a lo indicado por este HTDLC, todos los activos debían ser enajenados de forma conjunta a un mismo adquirente. Es decir, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro supermercadista. Así, la enajenación conjunta de activos “*posibilitarán su funcionamiento en condiciones más competitivas desde el inicio*” y evitarían retrasar en forma significativa la respectiva entrada en funcionamiento⁵⁵. Adicionalmente, la Condición Segunda de la Resolución 43 contemplaba la obligación de “[m]antener en operación dichos locales”. En este sentido, el HTDLC hace referencia al concepto del traspaso de una ‘*unidad económica en marcha*’⁵⁶.
99. En otras palabras, el paquete de activos que debían desinvertirse debía conformar una **unidad económica en funcionamiento y operación**, como lo establecía la Condición Segunda de la Resolución 43. Sólo mediante una enajenación de tales características podía lograrse el objetivo principal buscado por el HTDLC: restablecer las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión SMU/SDS⁵⁷. En esa línea, se exigió también que la

⁵⁵ “Por otra parte, la puesta en marcha de un centro de distribución es demorosa puesto que, adicionalmente a la obtención de un terreno adecuado -en términos de tamaño y accesibilidad- y a la construcción del inmueble-se requiere lograr una serie de permisos administrativos entre los que se cuentan los municipales y los de la autoridad medioambiental que pueden retrasar en forma significativa su entrada en funcionamiento”. Ibidem, párr. 14.19.

⁵⁶ “Que, por su parte, también resulta claro del propio tenor literal que la obligación de enajenar impuesta a SMU recaía sobre una “unidad económica”, esto es, un conjunto de bienes, entre los cuales se encuentra el Inmueble objeto del presente litigio. Por el contrario, la obligación no recaía sobre bienes específicos, integrantes o no de dicha unidad. En este sentido resulta correcto, nuevamente, lo sostenido a fojas 1298 por el informante de Cencosud: “en la Condición Observada el objeto es una unidad económica, en tanto que en la [...] lectura que Conadecus pretende construir, sin mediar tenor literal que la sustente, el objeto es un inmueble que integraba dicha unidad económica. No resulta aceptable confundir un bien raíz con una unidad económica en marcha”. H. TDLC, Sentencia 159/2017, C. 33°.

⁵⁷ “Que la Resolución N° 43/2012 estableció que la operación de concentración entre SMU y SdS eliminó completamente la competencia entre los locales de tales firmas, lo que contribuyó a consolidar el poder de mercado de SMU en algunas localidades. Ese cambio en la estructura del mercado modificaba ‘los incentivos que la firma resultante tiene al momento de fijar sus precios –u otra dimensión de competencia relevante–’ (párrafo 11.1) ya que ‘se elimina la presión competitiva que existía anteriormente entre éstas, lo que empuja los precios al alza’ (párrafo 11.4)”. H. TDLC, Sentencia 147/2015, C. 31°.

enajenación se realizara en un plazo de 8 meses, en el que SMU debía adoptar todos los resguardos para mantener los diversos locales en un funcionamiento óptimo.

100. Como se tuvo por acreditado por este H. Tribunal, SMU realizó cesiones de patentes, se obligó a continuar operando –por cuenta propia– todos los activos necesarios para el funcionamiento de los locales hasta el día 31 de julio de 2014, y se comprometió a otorgar los servicios de soporte comercial, soporte logístico, de abastecimiento y de distribución, soporte de tecnologías de la información (“TI”) y, soporte de recursos humanos⁵⁸.
101. En esta línea, la FNE propuso que se obligara a SMU a adoptar medidas para minimizar los riesgos de que los activos a enajenar perdieran valor, manteniendo la continuidad y calidad de servicios. La FNE propuso que se ordenara a SMU que los locales a enajenar fueran operados bajo los mismos estándares de calidad de servicio que sus propios locales, asegurando que no disminuyera la participación de mercado de los locales que debía enajenar⁵⁹.
102. Adicionalmente, una enajenación de estas características, también podía, eventualmente, intentar lograr –de acuerdo a este HTDLC– el fundamento accesorio. Esto es, promover el arribo o crecimiento de un cuarto operador⁶⁰. Si bien sólo consistió en una finalidad accesorio⁶¹, se estimó que el paquete de desinversión diseñado a través de las medidas de mitigación era lo suficientemente atractivo para estos efectos⁶²⁻⁶³. Es también por tal razón que se ordenó vender los activos –los supermercados y centros de distribución, y por otro lado el 40% de participación en Supermercados Monserrat– *“como un todo y no en parcialidades”*.
103. Por lo anterior, y al menos respecto del Local Valdivia, la Condición Primera es actualmente ineficaz e inidónea para cumplir con los principales objetivos que este H. Tribunal tuvo a la

⁵⁸ Ver pie de página 79.

⁵⁹ En específico, la FNE propuso que SMU contratara un tercero independiente para que, bajo la supervisión de la FNE, fuese encargado de monitorear que se “mantenga la calidad de servicio similar entre los locales que se deberán enajenar y los que no, debiendo tener, entre otros, estándares similares de atención, limpieza, calidad de productos, horarios de apertura y publicidad.” Escrito de la FNE en causa Rol NC-397-11, fojas 1.625, párr. 270 y 271.

⁶⁰ En ese sentido, la Corte Suprema concluyó que *“(…) resulta evidente que la venta de estos centros de distribución unida al resto de los activos como unidad económica incentiva el ingreso de un eventual cuarto actor relevante en el mercado, que sea capaz de imprimir fuerza competitiva y restaurar los equilibrios existentes hasta antes de la fusión en estudio”*. Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2013 en causa Rol 346-2013, C. 24°.

⁶¹ *“(…) si bien entre los objetivos que se tuvo en vista al imponer la Condición Primera se encontraba el de potenciar efectivamente la entrada de un nuevo competidor, es manifiesto que tal finalidad sólo tenía un carácter accesorio frente al objetivo principal, consistente en restablecer las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión entre SMU y SdS;”* Sentencia N° 147/2015. C. 33° y 34°. Asimismo, este H. TDLC se pronuncia el mismo sentido, Sentencia N° 159/2017, C. 19°

⁶² *“Por ello, ha optado por ordenar medidas de mitigación estructurales que apuntan tanto a los riesgos unilaterales, con la desinversión en las localidades o isócronas más concentradas en conjunto con los centros de distribución que posibilitarán su funcionamiento en condiciones más competitivas desde el inicio, como a los riesgos de conductas coordinadas, posibilitando la existencia y posible expansión de un actor relevante independiente que pueda imprimir presión competitiva, al imponer la enajenación de la participación que SMU tiene en la cadena de supermercados Monserrat. Para que las desinversiones sean capaces de morigerar los efectos en el mercado que produce esta concentración, deben servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo”* (Énfasis agregado). H. TDLC, Resolución N° 43/2012, párr. 15.1 y 15.2.

⁶³ *“(…) puesto que el paquete de desinversión creado a través de las medidas de mitigación aparece lo suficientemente atractivo para ayudar al arribo o crecimiento de un cuarto actor que sea capaz de imprimir competencia en el mercado”*. Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2013 en causa Rol 346-2013. C. 24°.

vista en la Resolución 43 en el año 2012: enajenar como una misma unidad económica un conjunto de activos en funcionamiento.

- ¹⁰⁴. En efecto, SMU cumplió con la obligación de enajenar la unidad económica a un tercero y fue así incluso reconocido tanto por este HTDLC⁶⁴, como por la Excma. Corte Suprema. La Excma. Corte sostuvo que: *“a la fecha del requerimiento ella ya se encontraba cumplida, sin que se haya acreditado por parte de la FNE que se haya producido en el intertanto algún perjuicio al mercado, de aquellos que se pretendía evitar con la imposición de la condición primera”*⁶⁵.
- ¹⁰⁵. Luego de 8 meses contados desde que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema estuviese firme y ejecutoriada, SMU realizó la enajenación –como unidad económica– de los activos contenidos en la Condición Primera, estimándose ésta cumplida tanto por este H. Tribunal, como por la Excma. Corte Suprema.
- ¹⁰⁶. En cumplimiento de la Condición Primera impuesta por la Resolución 43, SMU enajenó los activos como unidad económica a un mismo adquirente no relacionado a SMU: Network Retail. SMU creó la sociedad Bigger SpA a la que cedió todos los activos que conformaban la unidad económica, y posteriormente vendió el 100% de las acciones que tenía sobre Bigger SpA a Network Retail, controlada por el grupo Villablanca, el 3 de junio de 2014⁶⁶.
- ¹⁰⁷. En definitiva, la Condición Primera cumplida por SMU –como declaró este H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema– debe ser modificada por la serie de antecedentes sobrevinientes analizados, pues resulta inidónea e ineficaz para alcanzar los objetivos perseguidos por la Resolución 43⁶⁷.

2. Salida de Bigger del mercado supermercadista.

- ¹⁰⁸. El primer cambio relevante fue el cese de las operaciones del Local Valdivia. En efecto, con posterioridad a la dictación de la Resolución 43 en el año 2012 y su cumplimiento por parte de SMU, Bigger –cadena controlada por el grupo Villablanca– salió del mercado supermercadista. Lo anterior, producto de su solicitud reorganización judicial y luego su liquidación voluntaria.

⁶⁴ Este H. TDLC sostuvo que: *“las dificultades objetivas que tuvo SMU para efectuar la enajenación ordenada dentro de dicho plazo, el hecho de que dio cumplimiento a la Condición Primera aunque con retraso y la circunstancia de que el Contrato de Operación Transitoria fue exigido por el comprador, son hechos que serán considerados por este Tribunal al momento de establecer el grado de responsabilidad del infractor y, por ende, el tipo y la magnitud de las sanciones a aplicar”*. H. TDLC, Sentencia N° 147/205, C. 51°.

⁶⁵ Excma. Corte Suprema, sentencia de 14 de septiembre de 2016 en causa Rol 821-2016, C. 16°.

⁶⁶ Respecto de las cesiones de contratos de arrendamiento y contratos de subarrendamiento de los locales comerciales y centros de distribución incluidos en la unidad económica -que se celebraron en forma complementaria a la venta del 100% de las acciones de Bigger SpA-, este H. Tribunal señaló que *“un análisis de los contratos conexos permite inferir que la mayoría de ellos tuvo por objeto posibilitar el perfeccionamiento de la operación económica de que da cuenta el Contrato de Compraventa de Acciones. En efecto, los singularizados en los numerales (i) [cesiones de contratos de arrendamiento y contratos de subarrendamiento de los locales comerciales y centros de distribución incluidos en los activos que se estaban enajenando], (ii), (vi) y (vii) [traspaso de las acciones] de la consideración Decimoséptima fueron suscritos con el fin de materializar las obligaciones asumidas por SMU y Network Retail en el Contrato de Compraventa de Acciones”*. H. TDLC, Sentencia N° 147/2017, C. 21°.

⁶⁷ En efecto, como este H. TDLC ha sostenido: *“(…) las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°)”*. H. TDLC, Resolución N° 53/2018, párr. 123.

- ¹⁰⁹. La salida fue consecuencia de una estructura sobredimensionada de costos para su tamaño de operación. Así lo evidencia una serie de documentos emanados de Bigger en el contexto del proceso de reorganización. En la primera propuesta de reorganización concursal presentada por Bigger ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, el Sr. Guillermo Villablanca, representante de la compañía, se sostuvo que la *“situación actual de Bigger se explica en gran medida por la existencia de costos estructurales (arriendos y sobrecostos laborales) más gravosos que las condiciones de mercado, gerencia de sistemas computacionales sobredimensionados a las necesidades de Bigger, sobredotación de personal y un gran número de locales con pérdida operacional histórica”*⁶⁸. En la primera propuesta de acuerdo de reorganización, se reconoció que su estructura de costos y nivel de endeudamiento no le permitía seguir cumpliendo las obligaciones con sus acreedores⁶⁹.
- ¹¹⁰. Específicamente respecto del Local Valdivia, Bigger cerró sus puertas porque en forma consistente operó con pérdidas. Tales pérdidas se repetían persistentemente desde agosto 2014 hasta que se dejó de operarlo en agosto de 2015. Desde que el Local Valdivia fue traspasado –en funcionamiento– al grupo Villablanca, dicho supermercado siempre operó con pérdidas relevantes⁷⁰⁻⁷¹.
- ¹¹¹. Como consecuencia de lo anterior, en el contexto del procedimiento de reorganización concursal, Bigger decidió incluso cerrar anticipadamente el local de Valdivia y restituirlo a su propietaria, Inmobiliaria Catedral, como una medida para racionalizar la operación de Bigger en su conjunto e intentar asegurar la continuidad del giro.

⁶⁸ Propuesta de reorganización judicial de Bigger, p. 6, acompañada en el n° 2 del Segundo Otrosí de esta presentación.

⁶⁹ Lo anterior se evidencia en una serie de documentos emanados de Bigger en el contexto del proceso de reorganización. En efecto, en la primera propuesta de reorganización concursal presentada por Bigger ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, el Sr. Guillermo Villablanca, representante de la compañía, sostuvo que la *“situación actual de Bigger se explica en gran medida por la existencia de costos estructurales (arriendos y sobrecostos laborales) más gravosos que las condiciones de mercado, gerencia de sistemas computacionales sobredimensionados a las necesidades de Bigger, sobredotación de personal y un gran número de locales con pérdida operacional histórica”*. Propuesta de reorganización judicial de Bigger, p. 6.

⁷⁰ Al respecto, resultan esclarecedoras las cartas de terminación de los contratos de trabajo entregadas el 14 de septiembre de 2015 por Bigger a los trabajadores del supermercado de Valdivia. En particular: *“Los hechos en que se funda la causal invocada [necesidades de la empresa], lo constituye el cierre de la sucursal Valdivia, ubicada en Errázuriz 1040, donde usted desempeña labores. Lo anterior, se debe a los resultados negativos que ha tenido dicha sucursal en los últimos doce meses, lo que ha generado un promedio de pérdida de 30 millones de pesos mensuales.*

Como es de su conocimiento, la sucursal Valdivia tiene características diferentes al resto de la cadena, en especial por la cantidad de metros de sala de venta. Las sucursales de Bigger SpA tienen en promedio 1.200 mts cuadrados de sala, mientras que Valdivia tiene más de 5.000 mts², lo que requirió una política comercial basada en ventas de productos de la categoría Non- Food, donde Bigger SpA no es especialista. Sumado a lo anterior, existe intención de Bigger SpA de restituir el inmueble a su propietario, mediante el término del respectivo contrato de arrendamiento” - Cartas de terminación de contrato de trabajo de Bigger SpA, todas de fecha 14 de septiembre de 2015, acompañadas en la audiencia preparatoria del procedimiento de tutela laboral Rol T-67-2015, realizada el día 26 de enero de 2017, seguida ante el Juzgado del Trabajo de Valdivia.

⁷¹ Sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Valdivia, de fecha 10 de marzo de 2016, en causa RIT T-67-2015. *“la tienda de Valdivia se cerró única y exclusivamente por los deficientes resultados de la Compañía y de la sala de Valdivia en este caso, en particular. Si el cierre no se produjo antes, se debió exclusivamente a que la Compañía cumplió con su obligación y se encuadró en el proceso de negociación [colectiva] regulado que involucraba a las partes y que de no haberlo hecho, podría constituir una presión indebida para aceptar el contrato. Debe considerarse también que esta sala que recibió Bigger SpA tiene más de 5.000 m², es decir, técnicamente es un hipermercado, en tanto que las salas de Bigger son de promedio 1.000 a 1.200 m² y el modelo de negocio de un hipermercado desarrolla categorías Non Food, (electro, menaje, vestuario, etc.), todo ello fuera del modelo de negocio de Bigger SpA y sobre el cual no tiene experiencia alguna”*. De hecho, señaló que *“la sala de Valdivia, de 5000 metros y con 25 cajas aproximadamente, jamás estuvo a total “producción”, existiendo permanentemente espacios desocupados y cajas sin funcionar”*

- ¹¹². Bigger sostuvo en su solicitud de reorganización judicial que: “*actualmente se está gestionando la devolución de los locales de Valdivia, Chiguayante y San Pedro de la Paz*”⁷² –todos parte del conjunto de activos que conformaban la unidad económica de la Condición Primera–. Es decir, antes de la primera propuesta de reorganización de Bigger ya existía constancia de la decisión comercial de desprenderse del inmueble de Valdivia, la que finalmente se materializó en agosto de 2015.
- ¹¹³. Bigger no pudo revertir su estado de insolvencia ni dar cumplimiento a la propuesta. Bigger se vio forzada a solicitar el 2 de mayo de 2016 su liquidación voluntaria, también ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, la que fue decretada el 12 de mayo de 2016. En dicha solicitud, profundizó aún más en las causas de la salida de Bigger como operador de la industria supermercadista⁷³.
- ¹¹⁴. En consecuencia, resulta evidente que: **(i)** la salida de Bigger como operador de la industria supermercadista se debió a sus propias dificultades financieras enfrentadas con algunos de sus proveedores, que lo llevó a su liquidación voluntaria; y que **(ii)** la decisión de Bigger de desprenderse del Local Valdivia incluso con anticipación a la reorganización –en agosto de 2015– se debió a la necesidad de Bigger de reducir los altos costos que generaba la operación de dicho local, que operó siempre con importantes pérdidas –30 millones de pesos mensuales– y a que no se ajustaba a su modelo de negocios caracterizado por la operación de locales de menor tamaño.

3. Pérdida de vigencia y eficacia de la Condición Primera: primera razón – desmembramiento del conjunto de activos con ocasión de la salida de Bigger del mercado.

- ¹¹⁵. La Condición Primera perdió su vigencia y eficacia respecto del Local Valdivia, principalmente por dos razones. La primera, porque el conjunto de activos que enajenó SMU en cumplimiento de la Condición Primera fue desmembrado. La unidad económica que conformaba la serie de activos fue dividida como consecuencia de la salida sobreviniente de Bigger del mercado. La segunda razón –según se explicará en el capítulo siguiente– porque al menos respecto del Local Valdivia, una vez dicho supermercado fue desmembrado de la unidad económica, éste dejó de estar en funcionamiento. Dejó de operar en el mercado supermercadista por un período de 16 meses antes de la apertura de Jumbo Valdivia.
- ¹¹⁶. Respecto de la primera razón. Desde la devolución del Local Valdivia a su dueño – Inmobiliaria Catedral– y, por lo tanto, desde el desmembramiento general del conjunto de activos que conformaban la unidad económica enajenada por SMU, la Condición Primera simplemente perdió su vigencia y eficacia.

⁷² Propuesta de reorganización judicial de Bigger, p. 7.

⁷³ Si bien el sistema propuesto en el procedimiento de reorganización fue acogido por la mayoría de los proveedores “*unos pocos proveedores se negaron a aceptar este sistema. Lamentablemente estos pocos proveedores eran esenciales para el éxito y continuidad del negocio, lo que provocó de inmediato una merma en la clientela*”. Luego señala que “[en] términos sencillos, esto fue lo que ocurrió con Bigger, lo que trajo como consecuencia que las ventas no sólo no se incrementaran en febrero, sino que decrecieron siguiendo esta tendencia en los meses de marzo y abril en curso. Esta situación hace imposible que Bigger SpA cumpla con sus acreedores pagando sus deudas, dentro de las cuales se encuentran las cuotas pactadas en el Acuerdo de Reorganización aprobado. **De este modo, Bigger SpA, no puede continuar desarrollando su giro ya que se encuentra jurídicamente en insolvencia**”. Solicitud de liquidación voluntaria de Bigger, p. 5, realizada en el procedimiento rol C-11044-2016, seguido ante el 21° Juzgado Civil de Santiago.

117. La salida de Bigger del mercado es entonces un antecedente relevante a considerar en este procedimiento. Lo anterior, porque los activos que conformaban la unidad económica se desmembraron, perdiendo su unidad y, por tanto, su idoneidad para cumplir con el objetivo buscado en la Condición Primera de la Resolución 43.
118. En este mismo sentido se pronunció la FNE. Conociendo de una denuncia contra SMU por un supuesto incumplimiento de Resolución 43 con posterioridad a la salida del mercado de Bigger, la FNE concluyó que –debido al cambio de circunstancias y la finalidad de la Resolución 43– no podía exigirse a SMU cumplir de la misma forma que lo ordenado por la Resolución 43. Específicamente señaló que: “(...) *tampoco puede exigírsele [a SMU] que proceda a desprenderse de los mismos en idénticos términos a los previstos en la Condición Primera, por no resultar ello posible y no cumplir con la finalidad de la Resolución 43*”⁷⁴.
119. Es decir, la FNE concluyó que incluso un paquete de activos compuesto por 9 locales, que volvieron a manos de SMU en virtud de la salida del mercado de Bigger, –paquete de activos mucho más atractivo que el Local Valdivia individualmente considerado– no era apto para cumplir con los objetivos de la Resolución 43. Al respecto, la FNE expresamente señaló que: “(...) *se trataría de un paquete reducido, de sólo 9 locales, dispersos entre sí, que no incluye marcas ni bienes propios para el desarrollo del giro, entre otros.*”⁷⁵.
120. Es por esto que mantener vigente la Condición Primera en estas condiciones respecto del Local Valdivia, no sólo es ineficaz sino desproporcionado a su objeto. Implicaría la mantención de una limitación de carácter permanente y general recaída sobre un conjunto de activos en funcionamiento, pero ahora respecto de un inmueble individualmente considerado, desprovisto de los activos tangibles e intangibles necesarios para la operación de un supermercado, y que fueron considerados en el diseño original de dicha condición.

4. Pérdida de vigencia y eficacia de la Condición Primera: segunda razón – cese de la operación del Local Valdivia y entrada orgánica de Cencosud mediante la apertura de Jumbo Valdivia.

4.1. Arriendo de un Inmueble/casco vacío en Valdivia sin activos para operar.

121. La Condición Primera en conjunto con la Segunda, exigieron que los locales individualizados se enajenaran en pleno funcionamiento. El objetivo fue garantizar la adquisición de un supermercado propiamente tal y no un inmueble vacío, desocupado.
122. Esta condición es relevante, pues este H. Tribunal sostuvo que la enajenación de un supermercado en marcha puede configurar una operación de concentración. No así el arrendamiento de un inmueble vacío. Específicamente concluyó que los arrendamientos de inmuebles pueden ser considerados una operación de concentración cuando son de largo plazo, celebrados con un competidor del mercado relevante y cuando se transfieran activos –

⁷⁴ FNE, Resolución de archivo, *Denuncia contra SMU S.A. por incumplimiento de resolución 43/2012 del TDLC*, Rol F67-2016, párr. 13. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/archi_F67_2016.pdf.

⁷⁵ FNE, Resolución de archivo, *Denuncia contra SMU S.A. por incumplimiento de resolución 43/2012 del TDLC*, Rol F67-2016, párr. 11. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/11/archi_F67_2016.pdf.

tangibles e intangibles– necesarios para participar en el mismo mercado relevante⁷⁶. En un sentido similar, puede verse el Reglamento de la Unión Europea⁷⁷ y las reglas del sistema de control de operaciones de concentración de los Estados Unidos de América⁷⁸.

123. La celebración del Contrato de Arrendamiento relativo al Local Valdivia, no constituyó por lo tanto una operación de concentración en virtud de la cual Cencosud adquiriese o tomase el control de un operador de la industria supermercadista.
124. En efecto, debido a que Bigger había dejado de operar el supermercado en Valdivia un año antes de la celebración del Contrato de Arrendamiento por parte de Cencosud, el arriendo sólo se refirió a un casco vacío, sin operación, y que no incluyó ninguno de los activos necesarios para operar un supermercado.
125. Cencosud arrendó un inmueble o casco desnudo, hizo una serie de inversiones para habilitarlo y tuvo que hacerse de una serie de activos adicionales y necesarios para ingresar mediante un Jumbo al mercado en Valdivia. Es decir, estamos frente a un arriendo de una planta libre que constituyó una vía de crecimiento orgánico.
126. Cencosud recibió el Local Valdivia totalmente desocupado, cuya estructura permitía el desarrollo de múltiples actividades comerciales y no sólo la supermercadista. El acta de incautación e inventario realizada en el anterior operador del local Bigger de Valdivia, acompañada en el procedimiento de reorganización de Bigger, también confirma que a mayo de 2016 “*dicho local no mantiene existencias o bienes muebles por incautar e inventariar*”⁷⁹. Esto fue reconocido por este HTDLC al reconocer que el activo recibido por Cencosud correspondió a un inmueble vacío “*y no otros activos tangibles o intangibles asociados a la operación de un supermercado*”⁸⁰.

⁷⁶ “Que, en el derecho de la libre competencia, en general, los arrendamientos de inmuebles pueden llegar a ser considerados una operación de concentración en ciertos casos excepcionales. Para ello, deben cumplir con las siguientes condiciones: (i) ser de largo plazo; (ii) ser celebrado con un competidor del mercado relevante; y (iii) que producto de dicha operación, se “traspasen” al arrendatario activos, tanto tangibles como intangibles, necesarios para la explotación del inmueble en el mismo mercado relevante del que participaba el arrendador;” H. TDLC, Sentencia N° 159/2017, C. 33°.

⁷⁷ De acuerdo al Reglamento de la Unión Europea–principal influencia del régimen de control de operaciones de concentración en nuestro país– la adquisición de activos no constituye una operación de concentración. Solo excepcionalmente la compra de todo o parte del activo de una empresa puede ser considerada una operación de concentración. La normativa condiciona dicha definición sólo a aquellas compras de activos que tienen (sobre ciertos umbrales) una “*actividad con presencia en el mercado*” a la que “*puede asignarse claramente un volumen de negocios*”: Párrafo 24 de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales (Jurisdictional Notice) en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de operaciones de concentración entre empresas (2008/C 95/01). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>.

⁷⁸ De acuerdo a este sistema “*la adquisición de espacio en locales de venta al por menor (retail) (incluyendo shopping centers) o almacenes, o activos relacionados con la propiedad de éstos, quedarán exentos de los requisitos de la ley, excepto cuando el espacio en los locales de venta al por menor (retail) se adquiera en la adquisición de un negocio que se lleve a cabo en dicho inmueble*”. Estados Unidos, Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act (1976), Sección 802.2n letra (h): “(h) Retail rental space; warehouses. An acquisition of retail rental space (including shopping centers) or warehouses and assets incidental to the ownership of retail rental space or warehouses shall be exempt from the requirements of the act, except when the retail rental space or warehouse is to be acquired in an acquisition of a business conducted on the real property” (traducción libre). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/16/802.2>

⁷⁹ Acta de incautación e inventario extendida en el proceso de liquidación de Bigger SpA, de fecha 18 de mayo de 2016. Causa rol C-11044-2016, seguida ante el 21° Juzgado Civil de Santiago.

⁸⁰ H. TDLC, Sentencia N° 159/2017, C. 47°.

127. En consecuencia, el Local Valdivia recibido por Cencosud estaba totalmente vacío y desmantelado. No constituyó un activo que por sí mismo permitiese desarrollar una actividad económica exclusiva. Existe una serie de factores relevantes que dan cuenta de este hecho, a saber: no hubo traspaso de trabajadores⁸¹ entre Bigger y Cencosud, ni de patentes comerciales⁸² ni de clientela⁸³, pues como concluyó este H. Tribunal sólo existió un activo desnudo traspasado en virtud del Contrato de Arrendamiento⁸⁴.
128. Como indica la Excma. Corte Suprema, el control y análisis de operaciones de concentración se funda en el mayor poder de mercado producto de la disminución del número de competidores⁸⁵. En este sentido, el Contrato de Arrendamiento no eliminó a un competidor del mercado supermercadista en Valdivia. Por el contrario, la entrada de Jumbo Valdivia aumentó la oferta y aumentó la presión competitiva existente a principios de 2017.
129. En conclusión, la Condición Primera no sólo perdió vigencia y eficacia desde el momento en que se fragmentó el conjunto de activos que conformaban la unidad económica diseñada por la Resolución 43, sino que también perdió su vigencia y eficacia, al menos respecto del Local Valdivia, desde el momento en que dicho local se cerró y dejó de operar como supermercado en dicha ciudad.

4.2. Cencosud tuvo que realizar inversiones para habilitar el Centro Comercial y construir un nuevo supermercado en el Inmueble arrendado.

⁸¹ Bigger había puesto término a los contratos de trabajo con sus empleados el día 17 de agosto de 2015, fecha en la que el Local Valdivia dejó de operar. Es decir, un año antes de que Cencosud celebrara el Contrato de Arrendamiento y un año y cinco meses antes de que comenzara a operar el supermercado Jumbo, Bigger puso término a los contratos de trabajo de los trabajadores no sindicalizados el mismo día 17 de agosto, producto del cierre del local. Respecto de los trabajadores sindicalizados, el término se produjo el día 14 de septiembre de 2015. La causal invocada fue la establecida en el artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, y el hecho que la fundó fue “*el cierre de la sucursal Valdivia, ubicada en Errázuriz 1040, donde usted desempeñaba labores*”. Lo anterior se manifiesta en el set de 18 cartas de terminación de contrato de trabajo, entregadas por Bigger SpA a los trabajadores del supermercado Bigger de Valdivia, todas de fecha 14 de septiembre de 2015, acompañadas en la audiencia preparatoria del procedimiento de tutela laboral Rol T-67-2015, realizada el día 26 de enero de 2017, seguida ante el Juzgado del Trabajo de Valdivia.

⁸² Las patentes comerciales tampoco fueron traspasadas. Cencosud tampoco obtuvo del anterior operador de supermercados ni menos del propietario del Inmueble las patentes comerciales necesarias para comenzar la operación de un supermercado. En efecto, Cencosud obtuvo primero una patente comercial provisional para operar un supermercado en el Inmueble, y después de la apertura la patente de alcoholes de giro supermercado. Lo anterior consta en la patente comercial provisoria de giro “Supermercado Comercial”, a ubicar en Errázuriz N° 140, Valdivia, otorgada el 11 de enero de 2017 y válida hasta el 28 de febrero de 2017, y la patente de alcohol de giro “Supermercado”; letra p), a ubicar en Errázuriz N° 1040, Valdivia, otorgada el 1 de febrero de 2017 y válida por el primer semestre de 2017. Estos documentos fueron acompañados a fojas 1.959 en los autos “Demanda de Conadecus en contra de Cencosud S.A.”, seguida bajo el rol C 315-2016 ante este HTDLC.

⁸³ La clientela es un elemento relevante al momento de determinar lo que se considera un local supermercadista en funcionamiento. En el caso del Local Valdivia, atendido la fecha del cierre del mismo y el inicio de operaciones por parte de Cencosud, es imposible que haya mantenido su clientela. En efecto, el Inmueble en donde en el pasado operaba un supermercado Bigger estuvo cerrado cerca de un año y cinco meses: tiempo en que Bigger dejó de operar y se abrió el nuevo local Jumbo. No hay clientela que se mantenga activa después de 1 año y 5 meses sin operaciones. La razón es simple: los clientes deben realizar compras en forma semanal, quincenal y mensual (mercadería y alimentos). Así, la clientela que alguna vez tuvo Bigger se perdió cuando cesaron las operaciones de dicho supermercado y, por lo tanto, ésta no pudo ser traspasada a Cencosud.

⁸⁴ “*Que la prueba existente en el proceso da cuenta que sólo existió un activo desnudo traspasado en virtud del Contrato de Arrendamiento, esto es, el Inmueble, incluyendo el local de superficie amplia semi-vacío, y no otros activos tangibles o intangibles asociados a la operación de un supermercado, tales como clientela, contratos con proveedores, propiedad intelectual u otros. Esto se debe no sólo a los términos contractuales de que da cuenta el Contrato de Arrendamiento, sino sobre todo al hecho que, a la fecha de este último, había transcurrido alrededor de un año desde que otro supermercado operara en el Inmueble, lapso de tiempo suficiente para presumir que al menos parte importante de la clientela no fue en los hechos traspasada (y pudo haberse desviado a otros supermercados cercanos)*”. H. TDLC, Sentencia N° 159/2017, C. 147°.

⁸⁵ Excma. Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2013 en causa Rol 346-2013, C. 9°.

- ¹³⁰. Considerando que el Local Valdivia fue entregado completamente vacío, Cencosud tuvo que realizar una serie de inversiones que tuvieron por objeto permitir el inicio de operaciones y su funcionamiento como supermercado⁸⁶.
- ¹³¹. Cencosud tuvo primero que gestionar ante la I. Municipalidad de Valdivia un permiso de edificación para la ampliación, remodelación y habilitación del Local Valdivia. Según el documento con las especificaciones técnicas para la ejecución del proyecto, las obras incluyeron la demolición de muros, losas, vigas y retiro de revestimiento; instalaciones sanitarias, eléctricas, de climatización, instalaciones contra incendio, de señalización y sistemas de seguridad. También se incluyeron obras de terminaciones; nuevas estructuras para el cielo; pavimentos; revestimientos interiores y pintura; nuevas puertas y ventanas, entre otros⁸⁷. Es decir, el Inmueble fue habilitado y equipado por Cencosud.
- ¹³². De forma adicional a las inversiones materiales realizadas por Cencosud, existe una importante inversión en recursos humanos para efectos de poner en funcionamiento Jumbo Valdivia, ya que se hizo necesario contratar a una cantidad relevante de trabajadores, como equipo humano que pondría finalmente en marcha el supermercado. En efecto, actualmente en Jumbo Valdivia trabajan más de 400 colaboradores, tanto internos como externos.
- ¹³³. Hay que considerar que las inversiones realizadas para Jumbo Valdivia son de la magnitud de aquellas que realiza Cencosud para entrar con nuevos locales de forma orgánica. Los tiempos involucrados desde la celebración del arriendo hasta la habilitación y apertura son también consistentes con los tiempos involucrados en un ingreso desde cero o en verde.

4.3. Ciudad de Valdivia y paños alternativos.

- ¹³⁴. Adicionalmente a las consideraciones ya expuestas, también es relevante considerar que el Local Valdivia no tenía un carácter único o irreplicable. Es decir, el acceso a ese inmueble en particular y espacios para la instalación de supermercados en general en Valdivia no constituyen una barrera a la entrada al mercado en dicha ciudad.
- ¹³⁵. No sólo hay otros espacios en Valdivia para instalar un supermercado, lo que se refleja – como fue expuesto– en la cantidad de nuevos supermercados que han ingresado a Valdivia desde que el H. Tribunal analizó el mercado en su Resolución 43, sino que también Cencosud evaluó una serie de otras ubicaciones aptas para el emplazamiento de un supermercado, acompañadas en los autos rol C 315-2016 caratulados “Demanda de Conadecus con Cencosud S.A.”, seguidos ante este HTDLC⁸⁸. Asimismo, tampoco hay restricciones urbanísticas que obstruyan la instalación de otros supermercados en la ciudad de Valdivia⁸⁹–

⁸⁶ “*Que, finalmente, Cencosud acompañó pruebas que dan cuenta que la inversión en el Inmueble, para efectos de abrir el supermercado, fue de un monto similar al que generalmente invierte en otros supermercados nuevos*”. Sentencia 159/2017. C. 55°.

⁸⁷ Consta en los dos planos de las obras ejecutadas en el Local Valdivia, individualizados como AR-VAL-1003 y AR-VAL-1004 y el plan regulador comunal de Valdivia, Ordenanza Local, texto refundido de marzo 2004. Estos documentos fueron acompañados a fojas 1.959 en los autos “Demanda de Conadecus en contra de Cencosud S.A.”, seguida bajo el rol C 315-2016 ante este HTDLC.

⁸⁸ Acompañado en el escrito de fojas 1959, en el numeral 1 del Primer Otrosí.

⁸⁹ El Plan Regulador de Valdivia no contempla ninguna restricción para la instalación de un supermercado en el área donde se encuentra emplazado el Jumbo nuevo que construyó Cencosud. De hecho, se señala expresamente en el Plan Regulador Comunal de Valdivia que en la Zona ZU-1. Los usos de suelo permitidos comprenden vivienda; **equipamiento de todo tipo y escalas interurbana y comunal** con excepción del tipo

⁹⁰. Un ejemplo de lo anterior es la inauguración de los supermercados Eltit (2018), Superbodega aCuenta (2017), El Trébol (2014), Teja Market (2014) y Líder Express (2013).

- ¹³⁶. En esta línea, como se explicó en secciones anteriores, existe un número importante de supermercados en Valdivia, al menos cinco, que a contar del año 2012 se han ido inaugurado; lo que muestra las bajas barreras a la entrada para la construcción de nuevos supermercados en la ciudad de Valdivia.
- ¹³⁷. Por lo tanto, la Condición Primera también perdió su vigencia considerando que: **(i)** el Local Valdivia dejó de operar como consecuencia de la salida de Bigger en el año 2015; **(ii)** dicho local devino en un casco vacío por 16 meses mientras estuvo cerrado; y **(iii)** Cencosud, luego de celebrado el Contrato de Arrendamiento, realizó inversiones y solicitó permisos que por su entidad y tiempos involucrados, son consistentes con una entrada en verde u orgánica.

*_*_*

V. CONCLUSIONES.

- ¹³⁸. H. Tribunal, el Contrato de Arrendamiento debe ser aprobado pura y simplemente. Lo anterior, no sólo porque no ha afectado negativamente la competencia, sino que además porque ha traído importantes beneficios. Jumbo Valdivia aumentó la presión competitiva en la ciudad de Valdivia, introdujo una mayor oferta y surtido de productos, otorgando un mejor servicio. Si se analizan los índices de concentración, la entrada de Jumbo Valdivia ha mejorado el escenario competitivo previo a la fusión SMU/SDS y ha reducido sustancialmente los niveles de HHI posteriores a dicha fusión.
- ¹³⁹. Asimismo, resulta necesario modificar la Condición Primera de la Resolución 43, en el sentido de eliminar parcialmente la medida respecto del Local Valdivia. Es decir, respecto del supermercado de la ciudad de Valdivia (Condición Primera, numeral 1. letra l) de la Resolución 43).
- ¹⁴⁰. La mantención de las medidas de mitigación impuestas por este H. Tribunal se justifica cuando permiten mitigar o prevenir un riesgo a la libre competencia concreto. Se trata por lo tanto de medidas esencialmente revocables –mediante un procedimiento de consulta ante este HTDLC– cuando existe un cambio en las circunstancias relevantes.
- ¹⁴¹. En efecto, existe una serie de antecedentes jurídicos, fácticos y económicos que hacen necesario re-evaluar la pertinencia de mantener en la actualidad la vigencia de la Condición Primera.
- ¹⁴². Como **primer antecedente** la modificación sustancial de las condiciones competitivas del mercado. Este cambio de condiciones sobrevinientes da cuenta de un mercado en constante evolución, dinámico.
- ¹⁴³. A nivel local, desde el año 2012 a la fecha, en Valdivia han disminuido los índices de concentración y han abierto sus puertas al menos cinco supermercados controlados por

seguridad de escala interurbana; talleres inofensivos; y actividades complementarias a la vialidad y el transporte. Y dentro de la categoría equipamiento se encuentra el establecimiento de **supermercados** en todas sus escalas (regional e interurbano, comunal, vecinal)

⁹⁰ Artículo 12 del Plan Regulador.

operadores independientes. Además del objetivo principal de la Condición Primera (restablecimiento del equilibrio competitivo), este H. Tribunal estableció un objetivo accesorio a ser cumplido por la misma: el desarrollo de un cuarto operador a nivel nacional. Un conjunto de operadores independientes, en Valdivia, y Tottus, a nivel nacional, se han potenciado en los últimos años como actores relevantes en la industria a nivel local y nacional. Finalmente, el desarrollo tecnológico ha permitido un incremento relevante del *e-commerce* a nivel nacional, impactando directamente la industria supermercadista y el rol de la venta física en las salas de supermercados.

- ^{144.} El **segundo antecedente** es la implementación del régimen de control obligatorio de operaciones de concentración, que introduce una obligación legal de consultar operaciones de concentración ante la FNE. La situación prevista por la Condición Primera –adquisición de supermercados/activos en funcionamiento– constituye, conforme a la regulación actual, una operación de concentración.
- ^{145.} Considerando que la nueva regulación obliga a notificar y permite, en casos de operaciones que afecten sustancialmente la competencia, revisar dichas operaciones aun cuando no superen los umbrales establecidos, los riesgos previstos por la medida se ven mitigados. En caso de operaciones riesgosas, la FNE tendrá las facultades para evaluar y determinar la conformidad a la libre competencia de las respectivas operaciones.
- ^{146.} Como **tercer antecedente** se encuentra el cese de las operaciones del Local Valdivia. Según la Condición Segunda, era esencial que la unidad económica fuese enajenada con sus locales en pleno funcionamiento. Sin embargo, el Local Valdivia no sólo fue desmembrado del conjunto, sino que también dejó de funcionar por aproximadamente 16 meses hasta que Cencosud lo arrendara y habilitara para su apertura como Jumbo Valdivia. Es decir, la unidad económica no sólo sufrió una división de sus locales, sino que también, al menos el Local Valdivia, dejó de operar en el mercado supermercadista por más de un año.
- ^{147.} Como **cuarto antecedente** se encuentra la salida de Bigger del mercado producto de su solicitud de reorganización judicial y posterior liquidación. La salida de Bigger del mercado produjo el desmembramiento general del conjunto de activos que conformaban la unidad económica prevista por la Condición Primera. Esta Condición perdió por lo tanto su eficacia para cumplir el objetivo previsto.

POR TANTO,

A este H. TDLC respetuosamente pido: en mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 18 N°2, 31, 32 y demás normas pertinentes del DL 211, en base a los antecedentes de hecho, de derecho y económicos expuestos, se inicie el procedimiento de conformidad al artículo 31 del DL 211 y en definitiva aprobar el Contrato de Arrendamiento en forma pura y simple, y modificar parcialmente la medida de mitigación establecida en la Condición Primera de la Resolución N°43/2012, específicamente eliminando aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia (Condición Primera, numeral 1. letra l).

PRIMER OTROSÍ: De acuerdo con lo dispuesto en el Auto Acordado N°7/2006 del H. Tribunal, se acompañan versiones electrónicas del presente escrito, en formatos Word y PDF, las cuales están contenidas en el anexo a esta presentación.

A este H. TDLC respetuosamente pido: tener por acompañadas las versiones electrónicas de este escrito.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los documentos que a continuación se individualizan, todos los cuales se contienen anexos a esta presentación:

1. Contrato de arrendamiento celebrado entre Inmobiliaria Catedral S.A. y Cencosud Shopping Centers S.A., de fecha 5 de agosto de 2016.
2. Primera propuesta de reorganización concursal de Bigger SpA, realizada por el Sr. Guillermo Villablanca, con fecha 3 de diciembre de 2015 en la causa rol C-27036-2015, seguida ante el 21° Juzgado Civil de Santiago.

A este H. TDLC respetuosamente pido: tenerlos por acompañados.

TERCER OTROSÍ: Mi personería para comparecer en representación de Cencosud S.A. consta en escritura pública de fecha 2 de septiembre de 2013, extendida en la Notaría de don José Musalem Saffie, cuya copia se acompaña con certificado de vigencia de 19 de diciembre de 2019. Dicha escritura pública se encuentra inscrita a fojas 44744 número 27630 del Registro de Comercio de Santiago del año 2014 y se acompaña el certificado del Registro de Comercio que acredita su vigencia respecto de Ricardo González Novoa, emitido con fecha 15 de mayo de 2020.

A este H. TDLC respetuosamente pido: tener por acompañados los documentos y por acreditada mi personería para representar a Cencosud S.A.

CUARTO OTROSÍ: Para efectos de informar a Cencosud del estado de la causa, si este H. Tribunal lo estima conveniente, señalo las siguientes direcciones de correo electrónico: lpavic@carey.cl y jpardo@carey.cl.

A este H. TDLC respetuosamente pido: tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Designo abogados patrocinantes y confiero poder para actuar en esta causa a doña Lorena Pavic Jiménez y a don José Pardo Donoso, todos domiciliados en Av. Isidora Goyenechea 2800, comuna de Las Condes, quienes podrán actuar en forma individual o conjunta, indistintamente, y que firman en señal de aceptación.

A este H. TDLC respetuosamente pido: tenerlo presente.

RICARDO
ALONSO
GONZALEZ
NOVOA

Firmado digitalmente
por RICARDO ALONSO
GONZALEZ NOVOA
Fecha: 2020.05.23
20:42:04 -04'00'

Lorena
Pavic
Jiménez

Firmado
digitalmente por
Lorena Pavic Jiménez
Fecha: 2020.05.23
21:50:13 -04'00'

José Pardo
Donoso

Digitally signed by José Pardo
Donoso
DN: c=CL, st=REGIÓN
METROPOLITANA DE SANTIAGO,
l=Santiago, o=Carey y Cia, ou=*,
cn=José Pardo Donoso,
email=jpardo@carey.cl
Date: 2020.05.23 21:54:08 -04'00'