NOTARIO SUPLENTE *

EN LO PRINCIPAL: Interpone demanda en contra de Walmart Chile S.A. PRIMER OTROSÍ: Se tenga presente personería y acompaña documento, con citación. SEGUNDO OTROSÍ: Solicita designación de ministro de fe que indica. TERCER OTROSÍ: Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vasco Costa Ramírez, Presidente de la **Asociación Gremial de Industrias Proveedoras** (en adelante e indistintamente, la "**Asociación**" o "**AGIP**"), RUT 74.243.700-0, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Las Condes 9792, Oficina 603, Las Condes, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con los artículos 1°, 2°, 3° y 18 y siguientes del Decreto Ley N°211, de 1973 (en adelante, "DL 211"), y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, interpongo demanda en contra de WALMART CHILE S.A. (en adelante, "Walmart"), sociedad del giro comercial, RUT 76.042.014-K, representada por su gerente general, don Gonzalo Gebara, ambos domiciliados para estos efectos en Av. Presidente Eduardo Frei Montalva 8301, Quilicura, Santiago.

La presente Demanda se funda en que Walmart, tanto por sí como a través de sus relacionadas, ha explotado de manera abusiva su posición dominante en el mercado del aprovisionamiento supermercadista, al imponer a sus proveedores la contratación de determinados servicios y establecer, además, valores arbitrarios asociados a los mismos.

Al actuar de la manera descrita, por una parte, Walmart ha incumplido dos conciliaciones aprobadas en esta sede y, por otra, ha restringido o entorpecido la libre competencia, o a lo menos, ha tendido a producir dichos efectos, infringiendo lo dispuesto en el artículo 3° incisos primero y segundo, letras b) y c), del DL 211.



En razón de ello, solicito al H. Tribunal ordenar el cese de dicha conducta y la adopción de todas las medidas que se indican en el petitorio de esta Demanda o, a lo menos, de aquéllas que el H. Tribunal estime procedentes, y aplicar a la infractora la multa más adelante exigida o aquélla que estime procedente, todo ello con expresa condena en costas.

I. ANTECEDENTES.

I.1. Las Partes.

- AGIP es una asociación gremial creada el año 1998, contando en la actualidad con 29 empresas asociadas, todas proveedoras de productos alimenticios y no alimenticios.¹
- 2. Dentro de sus objetivos se encuentra "promover la libre competencia, a través del desarrollo, progreso, y perfeccionamiento de la industria proveedora chilena, manteniendo al mismo tiempo, los lazos de solidaridad gremial entre sus miembros", "estudiar todos los problemas que afecten a la Industria proveedora y proponer e impulsar soluciones que fueren viables", "recopilar, mantener y proporcionar a sus asociados toda la información legal, reglamentaria y de contingencia, relacionada con el sector" y "velar por el cumplimiento de las normas éticas que deben regir la actividad de sus asociados".²
- Walmart, por su parte, es el retailer más grande del mundo, con presencia en 27 países a través de 11.500 supermercados. Para el año fiscal 2020 reportó ingresos globales de US\$524 billones.³
- Ingresó a Chile el año 2009 mediante la adquisición de Distribución y Servicios
 D&S S.A. ("D&S") y actualmente exhibe una posición de liderazgo en la

¹ https://www.agipchile.cl/asociados/

² https://www.agipchile.cl/mision/

³ https://corporate.walmart.com/our-story

per Bodega a NOTARIO **

industria supermercadista mediante sus marcas Lider, Súper Bodega Cuenta, Ekono y Central Mayorista.

I.2. Historial de abusos de D&S, hoy Walmart, en la relación con sus proveedores.

- 5. Como es de público conocimiento, las conductas indebidas de Walmart para con sus proveedores son de larga data y de hecho se remontan a su antecesor, D&S. En efecto, dicho comportamiento ha sido ya discutido ante este H. Tribunal en tres oportunidades previas.
- 6. La primera de ellas fue en el año 2002, en el que AGIP presentó una Consulta a la H. Comisión Resolutiva, predecesora de este H. Tribunal, respecto de diversas conductas ejecutadas por Supermercados Líder (D&S) en perjuicio de proveedores y consumidores en general. Las conductas objetadas a D&S fueron la comercialización de productos con marcas propias en detrimento de las marcas de la industria proveedora, la venta de productos bajo el costo, y el cambio unilateral de las condiciones contractuales de sus proveedores.
- 7. Con fecha 5 de octubre de 2004, este H. Tribunal (creado durante la tramitación del procedimiento) dictó la Sentencia Nº 9, reprochando el ejercicio abusivo de poder de mercado aguas arriba, reproche que por lo demás ya había sido manifestado con anterioridad por la ex Comisión Resolutiva.⁴
- De acuerdo con este H. Tribunal, "utilizar el poder de mercado para reducir los pagos a proveedores tiene los mismos efectos que utilizar una posición dominante para aumentar el precio de venta. En este sentido, la utilización

⁴ Mediante la Resolución Nº 720 de 2004, la H. Comisión Resolutiva sancionó a Cencosud por exigir unilateralmente a sus proveedores, luego de tomar el control de supermercados Santa Isabel, el pago de aportes financieros retroactivos y no pactados a objeto de contribuir al saneamiento económico de dicha cadena. De acuerdo con la ex Comisión Resolutiva, independientemente del nivel de participación de mercado de Cencosud (que en esa época no superaba el 20% del mercado), la exigencia de aportes financieros efectuada a proveedores constituyó un ejercicio de poder de mercado que "tenía la potencialidad de producir efectos que alterarian en forma substancial las condiciones de competencia, en particular, en lo referente a las relaciones de los proveedores afectados con uno de sus principales canales de distribución" (considerando noveno).

abusiva de la posición dominante puede llevar a alterar los precios reduciendo la cantidad producida y el bienestar de la sociedad como un todo".⁵

- 9. Dicha Sentencia, en lo que importa para la presente acción, ordenó a D&S "abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores" y que "deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, cuáles son éstas". Adicionalmente, este H. Tribunal instruyó a D&S abstenerse de exigir a sus proveedores financiar promociones generadas por ella misma.
- 10. Sólo dos años después de dictada esa sentencia, en el año 2006, AGIP demandó ante este H. Tribunal (autos Rol C104-06) nuevamente a D&S, esta vez por la ilicitud de su política tendiente a modificar el régimen de reposición de sus supermercados, hasta ese entonces realizado por los propios proveedores, y reemplazarlo por un régimen de reposición interno, financiado mediante cobros a estos últimos.
- 11. En el marco de dicho procedimiento, D&S propuso a AGIP un avenimiento que consistió en reconocer el derecho que tiene cada proveedor de contar con su propio sistema de reposición, sin que se pudiera imponer unilateralmente por D&S un cambio a dicha situación. La conciliación fue aprobada por el H. Tribunal el 16 de enero de 2007, y continúa vigente hasta el día de hoy.
- 12. Simultáneamente, ese mismo año, este H. Tribunal conoció por tercera vez de las prácticas ejecutadas por D&S en relación con sus proveedores a propósito del Requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") en contra de D&S y Cencosud (autos Rol C101-06).
- 13. Dicho Requerimiento señalaba que el crecimiento inorgánico de esas compañías, mediante la adquisición de supermercados competidores, profundizaría el ejercicio de poder de mercado por parte de éstas respecto de consumidores y proveedores.

⁵ Sentencia № 9, de 5 de octubre de 2004. Considerando Décimo noveno.

- NOTARIO *
 SUPLENTE *
- 14. En lo que a D&S respecta, el juicio llegó a término mediante la celebración de una conciliación entre ésta y la FNE, aprobada por este H. Tribunal con fecha 17 de enero de 2007.
- 15. En relación con el riesgo del ejercicio del poder de mercado en perjuicio de los proveedores identificado en el requerimiento de la FNE, D&S se obligó a establecer condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas respecto de sus proveedores, que constarian en un documento público denominado Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento (en adelante, "TCGA").
- 16. Asimismo, D&S se obligó a suscribir con cada proveedor Acuerdos Particulares Comerciales (en adelante, "APC") en que se consagrarían los cobros y descuentos específicos autorizados respecto de cada uno de ellos, obligándose expresamente a no estipular dentro de éstos, cobros por conceptos distintos a los expresamente consagrados en los TCGA y consentidos por el proveedor en cuestión.
- 17. Cabe destacar que en su resolución aprobatoria de la conciliación este H. TDLC dispuso que el avenimiento presentado por D&S y la FNE "busca prevenir los riesgos para la competencia que existen en las relaciones entre D&S y sus proveedores, mediante el establecimiento por parte de aquella, de condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas, que introducirán mayor certeza respecto de las condiciones de compra y de los cobros que efectúa a todos sus proveedores".6
- 18. Ahora bien, si bien la AGIP reconoce que los TCGA constituyeron un avance, ya que por primera vez D&S se vio forzada a escriturar lo que hasta entonces se hacía mediante simples órdenes de compra, lo cierto es que los términos de los TCGA jamás han sido consultados por D&S, hoy Walmart, a ningún miembro de la industria proveedora y, por lo tanto, desde el punto de vista de estos últimos, constituyen en la práctica contratos de adhesión.

⁶ Resolución intermedia. 17 de enero de 2007. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/conc_0001_2006_01.pdf

- 19. De ello se sigue que el estándar contenido en los TCGA es manifiestamente insuficiente, por cuanto es fijado por la propia Walmart a su voluntad y sin intervención real de los proveedores.
- 20. Y, como si lo anterior fuera poco, Walmart ni siquiera cumple con ese estándar mínimo al que se obliga al suscribir los TCGA, según quedará de manifiesto en los capítulos siguientes de esta presentación.

I.3. Principios consagrados en los TCGA Y APC.

- 21. Los principios que se establecieron de manera expresa en el avenimiento y que debieran reflejarse por lo tanto en el contenido material de los TCGA y APC son los de transparencia, de voluntariedad y de existencia de una contraprestación efectiva asociada a los cobros efectuados por la cadena supermercadista.
- 22. El principio de transparencia en el marco de la relación entre el la cadena de supermercados y sus proveedores significa que D&S, hoy Walmart, no puede efectuar a estos últimos más cobros y descuentos que los expresamente establecidos en los TCGA y APC.⁷
- 23. El principio de voluntariedad supone que Walmart no puede imponer abusivamente cobros a sus proveedores de manera unilateral, de modo que cualquier pago que sea efectuado por estos últimos debe ser fruto de un acuerdo expresamente consentido.⁸
- 24. Es por ello que el texto de los TCGA resalta, a lo menos en el papel, el carácter voluntario de los todos los cobros susceptibles de ser efectuados por el supermercado a sus proveedores.

^{7 &}quot;No podrán pactarse otras transacciones, cobros y descuentos a los Proveedores que los establecidos en los TCGA, ni los APC podrán modificarse unilateralmente por D&S, todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad de complementar o modificar los TCGA y requerir la revisión de los APC, según lo establecido en estos mismos TCGA" (Punto 9.5 de los TCGA).

⁸ Respecto de la unilateralidad de un contrato, nuestros tribunales han señalado que "La imposición que hace un contratante a otro, cuando este no tiene alternativa alguna para rechazar esa imposición, como no sea privarse de algo que le es necesario, constituye una negación de la libertad contractual y, por lo tanto, ha dejado de generarse la norma convencional por voluntad de las partes y ha pasado a ser unilateral, cuya validez puede ser discutida y objetada." Corte de Apelaciones de Valparaíso. 7 de diciembre de 1972. Seguros Lloyd de Chile con Naviera PSNC. Infra. 7, pp. 117.



- 25. Finalmente, la necesidad de contraprestación efectiva significa que cada cobro efectuado a los proveedores debe estar debidamente justificado, no resultando aceptable la realización de cobros que impliquen asignaciones ineficientes de costos y riesgos al proveedor.
- Es por ello que los TCGA describieron la contraprestación asociada a cada servicio susceptible de ser contratado por los proveedores de D&S.

I.4. Tipos de cobros y descuentos establecidos en los TCGA Y APC.

27. De acuerdo con lo expuesto, los TCGA contienen una descripción de todos los conceptos por los cuales Walmart puede realizar cobros y descuentos a sus proveedores. En términos generales, estos últimos pueden clasificarse en tres grandes grupos: cobros asociados a servicios logísticos, cobros asociados a la gestión comercial dentro de la sala de ventas y un segmento residual que denominaremos, para estos efectos, otros cobros y descuentos.

a. Cobros asociados a servicios logísticos.

- 28. Los cobros asociados a servicios logísticos son aquellos vinculados al proceso de recepción, transporte, bodegaje y emplazamiento de las mercaderías en las salas de venta. Dentro de éstos destacan la reposición,⁹ centralización,¹⁰ back haul¹¹ y distribución.¹²
- 29. Buena parte de los servicios asociados a estos cobros han sido históricamente realizados por los proveedores. Sin embargo, paulatinamente, las grandes cadenas de supermercados han ido tomando la realización de éstos a cambio de un cobro a proveedores.

⁹ Cobro pactado libremente con los Proveedores por la Reposición Interna (TCGA 9.2. a).

¹⁰ Cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en manipular, distribuir y transportar en forma centralizada los Productos directamente desde un Centro de Distribución hacia los Supermercados (TCGA 9.2. a).

¹¹ Cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en retirar los Productos directamente desde las instalaciones del Proveedor o del tercero que éste indique, para luego transportarlos a un Centro de Distribución o Supermercado (TCGA 9.2. a).

¹² Cobro pactado libremente con los Proveedores por el servicio consistente en transportar en forma centralizada los Productos directamente desde un Centro de Distribución hacia los Supermercados ubicados fuera de la región correspondiente al Centro de Distribución (TCGA 9.2. a).

- 30. En teoría, y con la excepción de aquellos proveedores que cuentan con un sistema propio de distribución nacional, que como veremos más adelante pueden ver afectada su propia escala de distribución al traspasar al supermercado la realización de estos servicios, para un proveedor promedio debiese ser indiferente quién lleve a cabo los mismos, prefiriendo a quien los realice de manera más eficiente, esto es, a un menor costo.
- 31. De esta forma, si el supermercado producto de su tamaño justifica inversiones y procesos que hacen más eficiente esta labor logística, es evidente que a los proveedores les será conveniente que estos servicios sean entregados por el supermercado, en la medida que se cobren a precio de mercado. En este contexto, las mayores eficiencias logradas por el supermercado en la logística pueden ser compartidas entre el supermercado, proveedores y consumidores, pues el supermercado lograría un mayor margen que permitiría establecer menores precios a consumidores, mientras el proveedor pagaría tarifas por estos servicios que se ubicarían igual o por debajo de lo que les costaría a ellos efectuar estos servicios de logística.
- 32. Así, por ejemplo, si el cobro que realiza Walmart a los proveedores por concepto de centralización resultara inferior al costo que tiene para los proveedores distribuir directamente las mercaderías a las distintas salas de ventas, parece evidente que la gran mayoría de éstos –con la excepción anotada- debiesen preferir dejar dicha actividad en manos del supermercado.

b. Cobros por gestión comercial al interior de las salas de venta.

- 33. Los servicios orientados a mejorar la gestión comercial al interior de las salas de venta de los supermercados persiguen incrementar, a cambio de un pago, las ventas de productos de proveedores específicos.
- 34. La mayoría de estos cobros escapan de la función tradicional del retail en cuanto a revendedor de productos, e implican un reconocimiento a la capacidad del supermercado para asignar valor a su plataforma de venta, cobrando por el uso del espacio más privilegiado existente en sus góndolas.

- 35. Dentro de estos cobros y descuentos destacan el *rappel* automático, ¹³ el *rappel* manual, ¹⁴ la incorporación de nuevos productos, ¹⁵ los premios por resultados ¹⁶ y, también de cierta manera, los descuentos por volumen. ¹⁷
- 36. En un régimen de competencia, los supermercados debiesen ofrecer estos servicios en condiciones competitivas, objetivas y transparentes, y los proveedores debiesen ser libres de decidir contratar estos servicios, si es que le resultan rentables.
- 37. Con todo, sin perjuicio del derecho de los supermercados a ofrecer esta gestión comercial destinada a potenciar la venta de ciertos productos y el de los proveedores a aceptarla, parece evidente que en un régimen de competencia el solo hecho de que el supermercado adquiera ciertos productos al precio convenido debiese garantizar a esos proveedores el que sus productos contarán con una cierta cantidad de espacio en las estanterías del supermercado, así como también de un servicio de reposición, sin la exigencia de un pago adicional al efecto.

¹³ Cobro fijo pactado libremente con los Proveedores en razón de las actividades comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes de los Supermercados que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas) por un período de tiempo (TCGA 9.2. a).

Cobro variable pactado libremente con los Proveedores en razón de actividades adicionales comerciales implementadas en los Supermercados, el cual tiene como contraprestación para el Proveedor la exhibición temporal o adicional de Productos en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permiten incrementar sus ventas (especialmente, cabeceras de góndolas, mini cabeceras, islas en pasillos centrales o laterales, muros, canastillos, mecanismos publicitarios en góndola s destinados a destacar el Producto, etc.) y/o la publicación de los Productos en catálogos especiales (TCGA 9.2. a).

¹⁵ Cobro pactado libremente con el Proveedor cuya finalidad es compensar el riesgo de menores ingresos y costo de oportunidad que para las Filiales D&S representa la introducción de Productos nuevos que el Proveedor tiene interés en comercializar, dada la incertidumbre proveniente del desconocimiento de su aceptación por el mercado, margen adecuado y rotación. Incluye contraprestaciones por parte del Supermercado, como exhibiciones en islas o cabeceras, o publicaciones en catálogos o volantes (TCGA 9.2. b).

¹⁶ Cobro pactado libremente con los Proveedores por la obtención de objetivos particulares de crecimiento de las ventas de un Producto o Categoría de Productos, calculado en función del crecimiento de las ventas, aumento de la participación de mercado u otras variables relacionadas con el exitoso desempeño de los Supermercados (TCGA 9.2. b)

¹⁷ Descuento pactado libremente con los Proveedores por concepto del mayor volumen de compra de determinados Productos (TCGA 9.3).

NOTARIO NOTARIO **
SUPLENTE **
OARIA SANTIRO

38. Lo anterior, en absoluta oposición al pago de un rappel no asociado a gestiones comerciales específicas, sino entendido como el cobro de un "peaje" por acceder a las góndolas.

c. Otros cobros.

- 39. Finalmente, existe una categoría residual, que contempla cobros y descuentos fundamentalmente asociados a la reducción de costos de transacción propios de las relaciones de aprovisionamiento. Por ejemplo, cobros por merma cero, 18 obsolescencia, 19 recepción asegurada en caso de exceso de stock, 20 brecha, 21 productos rechazados 22 y pronto pago. 23
- 40. Nuevamente, en un régimen en que impere la autonomía de voluntad, el proveedor debiese ser libre para decidir si el pago asociado a estos conceptos justifica el ahorro que los mismos pueden suponerle.

I.5. Síntesis.

41. Pese a haber habido ya tres causas seguidas ante este H. Tribunal, que tienen su origen en los mismos hechos, esto es, en la conducta abusiva de la antecesora legal de Walmart para con sus proveedores, en dos de los cuales se alcanzaron acuerdos tendientes a poner término a los abusos del ente supermercadista, nos encontramos nuevamente ante graves situaciones

¹⁸ Cobro pactado libremente con los Proveedores por los Productos que presentan deficiencias en los Envases o cuyas características o Envases los hacen fácilmente vulnerables al ser manipulados, de manera que no pueden ser vendidos al consumidor final en aptitud adecuada de uso o consumo (TCGA 9.2 a)

¹⁹ Cobro pactado libremente con los Proveedores respecto de aquellos Productos que ellos mismos hayan descontinuado, y que permite por ello liquidar tales Productos en los Supermercados (TCGA 9.2. a).

²⁰ Cobro pactado libremente con los Proveedores para aquellos casos en que, a solicitud de éstos, se entreguen a D&S Productos en períodos de exceso de stock o cuando no exista capacidad disponible para recibirlos, de manera de cubrir los costos adicionales que implique la recepción de tales Productos (TCGA 9.2. a).

²¹ Cobro pactado libremente con los Proveedores por las eventuales pérdidas de sus Productos que podrían derivar del hurto efectuado desde las góndolas de los supermercados. Por consiguiente, este cobro es aplicable normalmente a aqueilos Productos altamente sensibles al hurto y que, por lo tanto, de no mediar dicho cobro serían escasamente atractivos para ser vendidos en Supermercados (TCGA 9.2. b).

²² Descuento efectuado a los Proveedores en caso de que éstos abandonen los Productos en los términos contemplados en la cláusula 16.2. de los TCGA (TCGA 9.3).

²³ Descuento pactado libremente con los Proveedores por concepto del pago del Sell In de los Productos con anterioridad a la fecha en que, de no mediar dicho descuento, el pago habría sido efectuado (TCGA 9.3).

de abuso de Walmart para con sus proveedores, que nos obligan una vez más a concurrir a esta sede para solicitar que se les ponga pronto término, adoptando las medidas necesarias para evitarlos a futuro. Así se desprende de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que pasaremos a desarrollar a continuación.

II. HECHOS QUE FUNDAN LA DEMANDA.

- 42. Los hechos en que se funda la demanda dicen relación con el ejercicio abusivo por parte de Walmart de su posición dominante en el mercado del aprovisionamiento de la cadena supermercadista, mediante la imposición a sus proveedores de la contratación de determinados servicios, los que además deben ser pagados por éstos a valores arbitrarios.
- 43. Según se desarrollará a lo largo de este capítulo, Walmart obliga a parte relevante de sus proveedores a contratar distintos servicios como requisito para adquirir sus productos y abusa de su poder de negociación al momento de establecer los cobros asociados a éstos. Al efecto, dividiremos el capítulo en tres secciones. Las dos primeras expondrán la situación particular asociada a los principales cobros por servicios logísticos, esto es, los cobros por concepto de reposición y centralización; mientras que la tercera sección dará cuenta de la fuente de arbitrariedad que suponen los cobros por gestiones comerciales y demás cobros ("otros") aplicados por Walmart.

II.1. Cobro por concepto de Reposición.

44. H. Tribunal, el principio de voluntariedad en la contratación del servicio de reposición no sólo se estableció en los TCGA elaborados como consecuencia del avenimiento suscrito entre la FNE y D&S, sino que fue consagrado explícitamente mediante otro equivalente jurisdiccional, como lo fue la también referida conciliación suscrita entre D&S y AGIP.



- 45. Como se señaló previamente, la demanda de AGIP que dio inicio a dicho procedimiento fue motivada por la imposición del servicio de reposición que en aquel entonces —los años pre-compliance- D&S se permitió comunicar abiertamente en carta dirigida a los proveedores en el año 2006 y que prácticamente la totalidad de los proveedores rechazó.
- 46. De acuerdo con la demanda de AGIP, atendido el doble rol de la entonces D&S como canal esencial de comercialización de productos de terceros y como competidor de éstos mediante la comercialización de marcas propias, la orden de poner fin a toda reposición externa, reemplazando ésta por una reposición provista directamente por D&S, constituía un elemento que incrementaba los ya importantes riesgos de que esta última discriminara a los productos de terceros en favor de sus marcas propias.
- 47. Lo anterior, por cuanto el adecuado manejo de la reposición, impidiendo la ocurrencia de quiebres de stock, resulta vital para mantener un apropiado nivel de ventas; por el contrario, un mal manejo de la reposición constituye una fuente directa de desplazamiento de demanda en favor de los productos que no exhiben quiebre de stock. Así, la reposición propia de D&S entregaba a ésta la llave para beneficiar su entonces incipiente negocio de comercialización de marcas propias.
- 48. Sobre el particular, consultada la opinión de la FNE, ésta informó que "resulta necesario, para resguardar la libre competencia, que se mantenga la opción a los proveedores entre el sistema de reposición ofrecido por D&S y el suyo propio, debiendo D&S otorgar las facilidades necesarias y suficientes para ello". Lo anterior, entre otras razones, por cuanto "para ciertos proveedores existe el peligro de que D&S, a través del mecanismo de reposición, privilegie sus marcas propias mediante las cuales compite con aquellos proveedores, aumentado por esta vía su participación en las ventas finales y su poder de mercado frente a los proveedores".²⁴

²⁴ Informe FNE, en causa Rol C Nº104-06, pp. 5 del Informe.



- 49. Por lo mismo, AGIP solicitó al TDLC que se consagrara la libertad de los proveedores para continuar realizando dicha labor, petición a la que finalmente D&S accedió, refrendándose el compromiso mediante la conciliación aprobada con fecha 16 de enero de 2007.
- 50. Transcurridos más de trece años desde aquel histórico acuerdo, y a pesar del hito referido, un número significativamente alto de nuestros asociados ha debido acceder a entregar total o parcialmente la reposición de sus productos a la sucesora de D&S, Walmart, pese a que dicha cesión lleva aparejada un pago relevante a la Demandada.
- 51. Lo señalado sorprende si se considera que la abrumadora mayoría de los proveedores pertenecientes a AGIP califican el servicio de reposición prestado por Walmart como peor o mucho peor que aquél provisto por ellos mismos.
- 52. La explicación a esta paradoja tiene una fuente conocida en sede de libre competencia: el abuso de poder de mercado para imponer condiciones que, en un ambiente competitivo, jamás serían aceptadas. En este caso, la imposición por parte de Walmart a buena parte de sus proveedores del pago por concepto de reposición como condición para adquirir sus productos.
- 53. En efecto, consta a AGIP que, en la mayor parte de los casos, la contratación del servicio de reposición no fue consensuada entre las partes, sino que constituyó el resultado de una imposición por parte de Walmart, al tiempo que igualmente consta que, salvo situaciones excepcionales asociadas a determinadas salas de ventas, la relación con Walmart no permite a nuestros asociados retomar la reposición cedida a esta última. Esto es, se trata de un servicio al que los proveedores no pueden poner término, independiente de sus deficientes niveles.
- 54. H. Tribunal, la industria proveedora ganó hace ya largos años su derecho de elegir entre la reposición propia y la del supermercado. Más de una década después, el poder de mercado de Walmart se impuso por "el peso de la noche", privando a dicho acuerdo de la voluntariedad a la que su antecesora se había obligado.



- 55. De otro modo no se explica, como se señaló, el alto número de proveedores que ha entregado a Walmart la reposición de sus productos a pesar de considerar que el servicio prestado es absolutamente deficiente.
- En síntesis, Walmart ha infringido mediante vías de hecho el compromiso suscrito con esta parte mediante la conciliación de 16 de enero de 2007.
- Asimismo, al haber vulnerado sus propios TCGA, la Demandada ha infringido la conciliación celebrada con la FNE, de 17 de enero de 2007.
- 58. Se trata en definitiva de una conducta manifiestamente ilegítima y abusiva en contra de los proveedores, que restringe o tiende a restringir la libre competencia y que, por lo mismo, debe ser corregida.

II.2. Cobro por concepto de Centralización.

a. El origen.

- 59. La forma en que los proveedores comúnmente entregaban sus productos a los supermercados era mediante despacho directo a la sala, sea por sí mismos o a través de terceros. Excepcionalmente, y en esto D&S fue un pionero, los supermercados disponían de centros de distribución en los que centralizaban la recepción de productos, para luego repartirlos en forma directa.
- 60. Conscientes de que esta modalidad de abastecímiento y el cobro asociado al mismo era resistido por una parte importante de los proveedores, por constituir una instancia adicional de traspaso arbitrario de costos, y por afectar los propios sistemas de distribución nacional que varios proveedores poseen, es que los TCGA suscritos en virtud del avenimiento entre la FNE y D&S establecen que el cobro por centralización debe ser "pactado libremente".²⁵
- Sin embargo, al igual que ha ocurrido con la voluntariedad de la reposición, dicha obligación ha sido transgredida por Walmart.

²⁵ Punto 9.2.a de los TCGA.



- 62. Así, en primer lugar, Walmart ha centralizado en un 100% las operaciones de sus formatos Ekono, Súper Bodega a Cuenta y Central Mayorista, impidiendo la entrega de mercaderías en cualquier punto que no sea el centro de distribución. De esta manera, respecto de dichas marcas de Walmart, dado que no resulta posible para los proveedores distribuír a un punto distinto del centro de distribución, la centralización ha dejado de ser voluntaria.
- 63. Pero eso no es todo. Walmart ha presionado a sus proveedores de los formatos Hipermercado Lider y, fundamentalmente, Lider Express, para centralizar sus operaciones.
- 64. Paralelamente, el pasado mes de septiembre de 2019, Walmart inauguró su nuevo centro de distribución El Peñón, en la comuna de San Bernardo. Según información de prensa, se trataría del más importante de los centros de distribución de Walmart fuera de Estados Unidos.²⁶
- 65. Una vez que este nuevo centro de distribución comenzó su funcionamiento, la empresa ha redoblado las presiones que usualmente ejerce sobre los pocos proveedores que aún no ceden a sus imposiciones por centralización, con el objeto de que éstos aumenten el porcentaje de sus productos centralizados en el centro de distribución de propiedad de la demandada. En este contexto, Walmart ha explicitado que su intención es llevar a la totalidad de sus proveedores a un 100% de centralización.

b. Voluntad torcida en la contratación y en el término del cobro.

66. H. Tribunal, el ejercicio abusivo de poder de mercado de Walmart en materia de centralización de las mercaderías no se limita a la situación antes referida, esto es, a los asociados que aún mantienen porcentajes relevantes de distribución propia y que han recibido presiones para centralizar la totalidad de sus productos a través de Walmart.

http://www.mindugar.cl/mindugar-esta-implementando-el-centro-de-distribucion-mas-grande-de-latinoamerica/#:~:text=Mindugar%2C%20siempre%20a%20la%20vanguardia,Unidos%2C%20con%20una%20inversi%C3%B3n%20que

- NOTARIO * SUPLENTE *
- 67. En efecto, para un significativo número de nuestros asociados, que ya accedió a centralizar sus productos, el pago que efectúan por concepto de distribución centralizada fue el resultado de una imposición de parte de Walmart, al tiempo que la abrumadora mayoría de los mismos expresan carecer de la libertad necesaria para poner fin al pago que actualmente realizan a Walmart por dicho concepto, situación que se acredita con la inexistencia de mecanismos formales de desafiliación a la centralización.
- 68. Al igual que ocurre con la reposición, esta suerte de compra atada ("te compro tus productos únicamente si me pagas por centralizarlo"),²⁷ no resulta aceptable respecto de una empresa que no solamente exhibe una posición de dominio del mercado supermercadista, sino que, precisamente en razón de ella, se comprometió formalmente en sus TCGA a que el cobro a los proveedores por concepto de centralización sería siempre voluntario.

c. Modalidad de cobro.

- 69. A mayor abundamiento, el evidente poder de mercado de Walmart se manifiesta también en la modalidad en que estructura el cobro que efectúa a sus proveedores por este concepto.
- 70. En efecto, en un ambiente competitivo, el valor de un servicio de centralización voluntariamente pactado debiera estar asociado a parámetros de peso y volumen de los productos acopiados.
- 71. Sin embargo, como si se tratara de custodia de valores, Walmart cobra por este servicio un pago en función del valor de las mercaderías acopiadas, lo cual lleva al absurdo que se cobre precios distintos por productos del

²⁷ Sobre los servicios complementarios de Supermercados a Proveedores, la Propia FNE, ya hace larga data reparó en cómo estos pueden constituir una venta atada, señalando que "La provisión de estos servicios complementarios y de apoyo a la comercialización, especialmente por parte de las cadenas supermercados de mayor tamaño, abre la posibilidad para que la utilización de estos servicios por parte de sus proveedores se establezca como requisito sine qua non para la compra de mercaderías, especialmente para aquéllos proveedores de menor tamaño o que se encuentran en situación de mayor dependencia económica, situación que constituye un alto riesgo de prácticas de venta atada de servicios." pp. 32, Análisis Económico de la industria Supermercadista en el marco de la causa Rol Nº101/2006. Versión Pública, División Estudios, Septiembre de 2007. El destacado es nuestro.

NOTARIO **
SUPLENTE *

WARIA - SANTING

mismo peso y volumen, pero de diferente valor. Así, una bolsa de un kilo de azúcar pagará más que una bolsa de un kilo de sal, únicamente porque el primer producto es más caro que el segundo, lo que no resiste un análisis económico.

d. Inexistencia de un indicador de cumplimiento.

- 72. Adicionalmente, el ejercicio abusivo del poder de mercado se traduce en que, respecto de la mayoría de nuestros asociados, el servicio de centralización que Walmart entrega a cambio de un precio no está sujeto a ninguna métrica de medición de resultados en relación a factores tales como recepción, almacenamiento, inventarios, despacho, distribución y entregas.
- 73. La falta de indicadores de eficiencia y cumplimiento del traslado desde los centros de distribución a las salas de venta, no solo afecta la posibilidad del proveedor de verificar el grado de observancia del servicio que Walmart le está cobrando, sino que deja a los proveedores indefensos frente a faltas o quiebres de stocks en las salas de venta, producidos como consecuencia de la falta de envío oportuno de los productos desde el centro de distribución.
- 74. Cabe preguntarse, H. Tribunal, si resulta razonable que el pago de un servicio, que en los hechos es impuesto respecto de buena parte de los proveedores y por cuyo concepto Walmart percibe importantes cantidades de dinero, no esté sujeto a mediciones que permitan al proveedor conocer si se está cumpliendo o no con las obligaciones supuestamente aparejadas al mismo.

e. Inexistencia de polinomio de reajuste.

75. En el contexto de un ambiente competitivo, la renegociación de los valores asociados al servicio de centralización provisto por un supermercado debiese fundarse en la evolución de los costos logísticos necesarios para la realización de dicha función y no en un mero ejercicio de medición de fuerzas de negociación entre las partes.

NOTARIO NOTARIO * SUPLENTE *

76. Sin embargo, es precisamente esto último lo que ocurre de cada negociación anual de los nuevos términos de los APC, entre Walmart y sus proveedores, debido a la inexistencia de una métrica de reajuste, imparcial y objetiva, del servicio de centralización.

f. Incidencia de la centralización en la reposición.

- 77. Para los proveedores, la centralización implica la entrega de mercaderías en pallets en el centro de distribución en la Región Metropolitana. Una vez arribada la mercadería, Walmart consolida nuevos pallets con productos de distintos proveedores que envía con sus medios a las salas de venta.
- 78. Dado que la distribución centralizada total hace que el supermercado mezcle mercaderías de distintas marcas en los pallets que envía a las salas de venta, la reposición externa pierde eficiencia. Lo anterior, por cuanto la llegada de un pallet mixto, con mercaderías de distintos proveedores, llevará a que el proceso sea eficiente sólo en la medida que exista un único servicio de reposición centralizado.
- 79. En este contexto, la reposición efectuada individualmente por cada proveedor para asegurar que no exista quiebre de stock en su producto específico, ni que se beneficie a las marcas propias del supermercado, elevará su costo, tornando inevitable que los proveedores, finalmente, se vean obligados a contratar los servicios de reposición del supermercado.
- 80. Así, la imposición del servicio de centralización conducirá a la necesidad de contratar el servicio de reposición que ofrece Walmart. Dicha situación, generada por factores no competitivos, agudizará de facto el trato privilegiado que reciben los productos de marca propia de Walmart al interior de sus salas de ventas, por la vía de privar a los proveedores de la única estrategia comercial que han tenido hasta ahora para defender la exhibición de sus productos, el respeto de los espacios asignados en góndolas y el adecuado manejo de inventarios para evitar quiebres de stock.
- La situación referida refuerza el principio establecido en la conciliación entre
 D&S y la FNE, e incorporado en los TCGA, en cuanto a que, contrariamente a



lo que ha venido sucediendo, la centralización debe pactarse de manera voluntaria.

g. <u>Un servicio cuya aceptación ha sido impuesta no puede ser objeto de cobro.</u>

- 82. H. Tribunal, si Walmart estima eficiente establecer un punto particular de acopio para las mercaderías adquiridas (aun cuando la efectividad de dicha asunción es muy debatible²⁸), imponiendo a través de él a sus proveedores el despacho centralizado, debe asumir todas las consecuencias económicas que ello conlleva. Esto quiere decir que no se puede permitir a Walmart externalizar en sus proveedores un costo que, por voluntad propia, integró al giro de su negocio.
- 83. La FNE ya repudió una conducta similar en el pasado, cuando D&S intentó imponer forzadamente el pago por reposición de los productos en góndolas, situación que terminó con el avenimiento entre D&S y AGIP referido en la primera parte de esta demanda, según el cual se consagró la voluntariedad del pago por concepto de reposición.

"La Fiscalía hace presente que aun cuando resulta innegable que el adecuado desarrollo de las actividades de los supermercados genera un beneficio directo para sus proveedores (premisa que resulta válida en lo que se refiere a sus actividades de reposición, pero también en relación con todas la demás actividades que permiten un mejor desempeño en ventas), ello no puede justificar, en un régimen de competencia, que el supermercado realice cobros a sus proveedores por actividades que resultan ser propias de su giro". 29 (el destacado es nuestro)

84. Así, privado en los hechos el cobro por centralización de la voluntariedad que debe caracterizarle, el mismo pasa necesariamente a ser parte del giro del supermercado y, conforme al criterio ya expresado por la FNE con anterioridad, no puede ser cobrado al proveedor.

²⁹ Informe FNE, en causa Rol C Nº104-06, pp. 4 del Informe.

²⁸ No solo por cuanto varios de nuestros asociados señalan realizar esta tarea a un costo mucho menor que el cobrado por Walmart, sino porque en un país de las características del nuestro, la destrucción de la capilaridad en la distribución puede tener consecuencias desastrosas, como ya se ha experimentado ante catástrofes naturales o de vulneración del orden público.

- 85. H. Tribunal, en síntesis, la obligatoriedad de adopción del servicio de centralización contraviene el eje rector de los TCGA, la voluntariedad, constituyendo una imposición abusiva a la parte más débil por parte de quien exhibe poder de mercado. Asimísmo, su modalidad de cobro como porcentaje del valor de las mercaderías, la inexistencia de parámetros de cumplimiento (KPI) y la ausencia de parámetros de reajustabilidad, refuerzan la existencia de un ejercicio de poder abusivo, dado que dichas condiciones no existirían o serían distintas si los proveedores pudieran resistirlas.
- 86. Finalmente, nos resulta evidente que cuando la centralización es producto de una imposición al proveedor, ésta pasa a ser una actividad propia del giro de Walmart, resultando abusivo que se traspase los costos del mismo a los proveedores, como en los hechos está sucediendo.
 - II.3. Los hechos descritos se insertan en un esquema de traspaso de costos y riesgos propios de la actividad supermercadista a los proveedores.
- 87. Ya nos hemos referido, dentro de este capítulo relativo a los hechos que fundan la presente demanda, a la imposición de la contratación de los servicios logísticos de reposición y de centralización. A continuación, veremos que las conductas desarrolladas no constituyen hechos aislados, sino que tienen lugar dentro de un modelo de negocio que permite el traspaso abusivo de costos y riesgos desde el supermercado a los proveedores. Dicho modelo de negocio, además de propiciar una explotación abusiva de estos últimos, impacta directamente, según veremos, en los precios finales pagados por el consumidor.
- 88. H. Tribunal, Walmart compra mercaderías a los proveedores y fija libremente el precio al cual quiere venderlas al consumidor, lo cual es plenamente lícito.
- 89. Lo que no lo es, es que, si Walmart obtiene una menor rentabilidad a la esperada, traspase sus expectativas de rentabilidad al proveedor, haciéndolo costear los efectos asociados a sus propias definiciones comerciales.



- 90. Sin embargo, en los hechos, Walmart Ileva a cabo un análisis de rentabilidad respecto de cada uno de sus proveedores y si, al final de un período determina que las metas unilateralmente trazadas no fueron alcanzadas, o bien solicita a sus proveedores un pago a modo de compensación por concepto de baja rentabilidad,³⁰ o bien traspasa dicha expectativa de compensación en la forma de un mayor pago por alguno de los conceptos preestablecidos, sean de carácter logístico, asociados a gestiones comerciales dentro de la sala de venta o de cualquier otra naturaleza (denominados genéricamente en esta presentación como "otros cobros"), en la siguiente negociación de los APC.³¹
- 91. Esta conducta del todo improcedente es posible, en primer lugar, porque el desequilibrio entre las posiciones negociadoras de las partes anula el principio de voluntariedad.
- 92. En segundo lugar, la conducta en cuestión puede desarrollarse por la ausencia de parámetros de cumplimiento con respecto a los cobros efectuados por Walmart, que aseguren la existencia de una contraprestación efectiva respecto de cada uno de ellos, impidiendo el recargo arbitrario de los mismos.

³⁰ Durante el año 2019, AGIP recibió una serie de reclamos de varios de sus asociados en contra de Walmart, señalándole que esta última había establecido un cobro, denominado ASK, destinado a que los proveedores compensaran a Walmart por la rentabilidad bajo lo esperado exhibida por los productos de su portafolio. Los montos de cobro asociados a dicho concepto eran de una entidad muy significativa, fluctuando entre US\$500.000. y US\$2.000.000. Evidentemente, tratándose de una empresa con mucha experiencia en sede de libre competencia, las presiones y amenazas asociadas al cobro por baja rentabilidad tuvieron lugar como casi siempre ocurre, de manera verbal.

Por lo mismo, AGIP pidió una reunión con Walmart, la cual se llevó a efecto el día 31 de mayo de 2019, a las 11:00, en oficinas de la supermercadista. A dicha reunión asistieron, por AGIP, don Vasco Costa, Jorge Caorsi y José Hevia y, por Walmart, Horacio Barbeito, Gerente General de Walmart Chile; Carmen Román, Gerente Legal; Daniela Ruitort, Gerente de Asuntos Corporativos; y, Alejandro König, Gerente Comercial.

En dicha reunión se le expresó a Walmart que el cobro referido era llícito e incumpiía los términos de los TCGA y el avenimiento con la FNE. Los representantes de Walmart señalaron que ello posiblemente obedecía a un mal entendido y que revisarían la situación. Finalmente, la reunión sostenida impidió que dichos cobros se materializaran respecto de los asociados de AGIP. Con todo, lo más probable es que pequeños y medianos proveedores no hayan corrido suerte análoga.

³¹ La industria proveedora tiene la certeza que futuras bajas de rentabilidad, ya sea que provengan de saqueos, pandemias, término del contrato con Cornershop y consecuente ajuste de su modalidad propia de compra en línea, o la razón que Walmart dictamine en su minuto, serán finalmente traspasadas a los proveedores en las negociaciones anuales de los APC, mediante un nuevo monto de pago asociado a los conceptos establecidos "voluntariamente" en éstos.

- NOTARIO NOTARIO **

 ** SUPLENTE **

 GA el
- 93. Así ocurre, por ejemplo, con el cobro por rappel. De acuerdo con los TCGA, el pago asociado a este concepto tiene por objeto permitir la exhibición de los productos del proveedor en lugares destacados, privilegiados o preferentes que les permitan incrementar sus ventas. No obstante, el hecho de que todos los proveedores paguen rappel (lo que, en el extremo, anula el efecto de cualquier pago realizado por proveedores para sobresalir), y que no se entregue una descripción de la contraprestación asociada a ese pago, hace que el mismo se erija en un peaje por entrar a la plataforma de ventas de Walmart, lo que ciertamente constituye un abuso.
- 94. Este mismo esquema resulta susceptible de ser reproducido respecto de los diversos cobros que Walmart efectúa a sus proveedores, con idénticas consecuencias, debido precisamente a la inexistencia de una métrica que permita determinar el alcance de la contraprestación asociada al pago efectuado por el proveedor.
- 95. Así también lo ha entendido la FNE, al señalar que "en cuanto a la racionalidad de los cobros efectuados, si bien estos pueden reflejar servicios efectivamente prestados, bien pueden constituir cobros que no representan una remuneración por servicios, sino que se han generado a partir de prácticas de negociación propias de la industria, y que evidencian principalmente el creciente poder de compra de los supermercados. Respecto de estos últimos cobros, esta FNE objeta aquellos que no resultan anticipables para los proveedores (cobros ex post), y aquellos que representan un traspaso de costos de supermercado a proveedor (financian costos propios del giro supermercadista) o un traspaso de riesgos (costos inciertos cuyo monto depende de la gestión propia de la distribución y no del aprovisionamiento)".32
- 96. Ciertamente, la realización de recargos arbitrarios a cobros existentes, sin contraprestaciones adicionales, y de cobros que traspasan el riesgo del supermercado al proveedor, no podrían existir en un ambiente competitivo. Sin embargo, Walmart se vale de su inmenso poder de mercado,

³² ibid Supra 6, pp. 98.

que analizaremos detenidamente en el capítulo V de esta Demanda, para vincular la compra de mercaderías a los proveedores con la aceptación por parte de éstos de cobros como los descritos.

II.4. Conclusiones con respecto a la relación de hechos.

- 97. H. Tribunal, los hechos descritos constituyen muestras evidentes de la existencia de un modelo de negocio que permite el traspaso a los proveedores de riesgos y costos propios de la actividad supermercadista, generando una permanente incertidumbre en orden a que sus condiciones contractuales sean unilateralmente modificadas para mantener los márgenes del supermercado.
- 98. Lo anterior quiere decir que, además de corregir los abusos específicos a que hemos hecho referencia en materia de reposición y centralización, se requiere que los principios teóricos recogidos en los TCGA (transparencia en los cobros, voluntariedad en la negociación y contraprestación efectiva asociada a los cobros realizados a proveedores) sean revestidos de aplicación práctica mediante mecanismos que aseguren la voluntariedad en el marco de dicha relación, neutralizando el poder de mercado que Walmart exhibe sobre sus proveedores.

III. EFECTOS EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE COBROS ABUSIVOS.

- 99. Como bien señala Herrera Anchustegui en el tratado más completo y reciente sobre la materia, si una empresa dominante - como lo es Walmart-, explota a sus proveedores a través de términos injustos y hasta forzados de contratación, "resultaría posible presumir que sus efectos irán más allá de una mera cuestión contractual y tendrán un impacto en las condiciones comerciales generales del mercado".33
- 100. Con todo, el impacto en el mercado asociado a las conductas objeto de esta demanda no solo puede y debe presumirse del poder que Walmart exhibe

³³ Herrera Anchustegui, Ignacio. Buyer Power in EU Competition Law (2017). p. 413-414.

aguas arriba y abajo del mercado, sino que, en los hechos, se materializa restringiendo la competencia tanto en el mercado del aprovisionamiento mayorista, como en el ámbito de la distribución minorista.

III.1. Efectos respecto de los proveedores en el mercado del aprovisionamiento mayorista.

a. Riesgo asociado al debilitamiento de la red de distribución propia de los proveedores.

- 101. Al forzar Walmart la contratación del servicio de distribución centralizada por sobre el nivel que el proveedor considera óptimo, se priva de eficiencia -en términos de economías de escala- a la red interna de distribución del proveedor.³⁴
- 102. Así, las crecientes exigencias de Walmart por mayor centralización van produciendo un paulatino desmantelamiento de la red de distribución propia de los proveedores que aun cuentan con ella (centros regionales de distribución, bodegas, camiones), calculada para cierto nivel de distribución.
- 103. Este ciclo de mayores exigencias de centralización y consecuente debilitamiento de la red de distribución del proveedor va reforzando el poder de negociación de Walmart y debilitando el de sus proveedores, que durante los procesos de negociación de los nuevos valores de centralización ya no contarán con una red propia que le otorgue una alternativa al servicio de centralización que le ofrezca Walmart, ni con un parámetro para juzgar la pertinencia de los cobros que le son efectuados por este concepto.³⁵
- 104. Lo anterior, sumado a la ya referida inexistencia de un polinomio de reajuste del valor de la centralización, deja a los proveedores a merced absoluta de la explotación abusiva por parte de la Demandada.

³⁴ Sweeney, Edward. The Impact of Centralized Distribution on Distributors and Agents (2001).

³⁵ Hoy día, quienes aún mantienen una red propia de distribución, pueden decirle a Walmart: "me parece abusivo que me cobres un 4% cuando yo soy capaz de distribuir a tus locales por un 2%", alternativa de parametrización que ya no tendrán a mano una vez que sus sistemas de distribución sean desmantelados.



b. Riesgos asociados a la generalidad de los cobros efectuados por Walmart a sus proveedores.

- 105. La existencia de cobros forzados, abusivos y arbitrarios a los proveedores, en los términos descritos, implican una explotación abusiva de la posición dominante que exhibe Walmart. Ellos no solo implican la apropiación de la mayor parte del excedente de la transacción por la parte más fuerte de una transacción, sino que además tiende a restringir la competencia, mediante la afectación de los incentivos a innovar de la industria proveedora, que viendo reducidos sus ingresos deben necesariamente destinar menos recursos a la innovación y desarrollo de nuevos productos y tecnologías.³⁶
 - III.2. Efectos para los consumidores en el mercado de la distribución minorista.
 - a. Riesgo asociado al debilitamiento de la red de distribución propia.
- 106. La distribución es un servicio que requiere escala para su financiamiento, sobre todo para soportar costos fijos en regiones, como son bodegas y arriendos de equipos tales como máquinas cargadoras, hardware y software.
- 107. Por tanto, la imposición que realiza Walmart a sus proveedores para acogerse a este servicio conlleva el riesgo cierto de que algunos proveedores pierdan escala, viéndose éstos forzados, a su vez, a incrementar sus costos de distribución hacia otros canales, principalmente el canal tradicional y supermercados regionales.
- 108. Por otra parte, al enfrentar precios mayores del producto como consecuencia del aumento de los costos de distribución y logísticos de sus proveedores, los supermercados regionales y el canal tradicional estarán obligados a traspasar estas alzas a sus clientes.

³⁶ European Commission, Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain (2014), p. 116.

- 109. Lo anterior, por cuanto el hecho de que los proveedores de mayor tamaño distribuyan a regiones con sus propias flotas de transporte y servicios logísticos, homologa los costos de distribución que enfrentan sus clientes en regiones, facilitando la competencia entre cadenas supermercadistas y supermercados regionales.
- 110. Por lo mismo, el debilitamiento de la red de distribución propia del proveedor de Walmart encarece, sobre todo en regiones, la distribución a otros actores del retail, reforzando el poder de mercado de la Demandada, en perjuicio de los consumidores.
- 111. En síntesis, la imposición del servicio de centralización efectuada por Walmart a sus proveedores no solo hace más vulnerables a nuestros asociados que cuentan con un sistema de distribución propio y constituye un paso fundamental para eliminar la reposición externa, con las consecuencias adversas que aquello puede implicar en términos de discriminación arbitraria en favor de las marcas propias, sino que, además, otorga una ventaja adicional a Walmart sobre sus competidores regionales, debilitando la competencia existente en el mercado de la distribución minorista.

b. Riesgo de traspaso a consumidores de los cobros abusivos efectuados por Walmart.

- 112. La doctrina sobre libre competencia se ha mostrado en ocasiones renuente a intervenir en casos de explotación abusiva de poder de mercado respecto de proveedores, sobre la base de que, independientemente de los eventuales efectos de largo plazo que se podrían producir aguas arriba de la industria, la disminución de los precios de compra asociada a la explotación abusiva tendería teóricamente a traspasarse, aunque sea parcialmente, a los consumidores.
- 113. Dicha premisa pierde todo su fundamento cuando quien ejerce poder aguas arriba exhibe lo que la doctrina denomina como una "figura de reloj de arena"



(hourglass shape), esto es, detenta, asimismo, poder de mercado aguas abajo.³⁷

- 114. Lo anterior es relevante, porque al existir poder de mercado en ambos lados, disminuye drásticamente el incentivo a traspasar esos mejores precios de compra a los consumidores, diluyéndose fuertemente el argumento de que los beneficios asociados al ejercicio de un poder negociador aguas arriba pueden redundar en ganancias para los usuarios aguas abajo.
- 115. Adicionalmente, cuando existe poder de mercado aguas abajo, el abuso del poder de negociación aguas arriba puede erigirse también en una estrategia para potenciar la posición exhibida en el primer mercado.³⁸
- 116. Todo lo anterior es aplicable a Walmart, empresa que exhibe una participación en la distribución supermercadista que no deja dudas acerca de su poder de mercado. Más aún, si su antecesora, D&S, fue declarada dominante en dicho segmento por este propio H. Tribunal, a pesar de exhibir una participación de mercado sustancialmente menor a la que hoy exhibe Walmart.³⁹
- 117. Pero hay más. Existen otros antecedentes que ratifican que los cobros objeto de esta demanda finalmente inciden negativamente en el precio final cobrado a los consumidores.
- 118. En efecto, los cobros que Walmart realiza a sus proveedores no toman la forma de un descuento que éstos realizan en el precio de los productos, sino la de un pago adicional.
- 119. La evidencia aportada al proceso C304-2016, reveló que el análisis de rentabilidad que realiza esta empresa respecto de cada uno de los productos que comercializa se mide exclusivamente por el margen frontal, esto es, la diferencia entre el precio de venta y el precio de lista

³⁷ En contraposición, por ejemplo, al comprador de un *commodity*, que por razones geográficas exhibe alto poder de compra respecto de sus vendedores, pero que atendidas las características del mercado exhibe escaso poder de mercado aguas abajo.

³⁸ Dobson, Paul y otros. "Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union" (1999). p. 33.

³⁹ Considerando Vigésimo quinto. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent-0103-2010.pdf.



de adquisición al proveedor, generalmente común para todos los supermercados.

- 120. Lo anterior significa que todos los cobros efectuados por Walmart a los proveedores y referidos en esta demanda, y que pueden incluso superar el 20% del precio de lista, no son considerados por Walmart al momento de establecer los precios de venta al público.
- 121. Así, tanto los ingresos percibidos por Walmart por concepto de reposición y centralización, como por otros conceptos tales como cumplimiento de metas, merma, brecha y, fundamentalmente, *rappel*, son guardados en un "cajón" distinto, constituyendo una fuente de rentabilidad asegurada que no se arriesga en el juego de la competencia.
- 122. Pero no sólo eso. Los importantes cobros porcentuales efectuados a los proveedores por estos conceptos necesariamente redundan en que parte de éstos, para amortiguar el impacto de dichos cobros, se vean en la necesidad de incrementar el precio de lista de sus productos, como señalamos, muchas veces común para todo el canal supermercadista.⁴⁰
- 123. De esta forma, la explotación abusiva referida en esta Demanda se traduce en un incremento en el precio de lista del proveedor a Walmart y, usualmente, a todo el canal supermercadista, incidiendo directamente en el precio que el consumidor final paga por el producto en cuestión; y mientras más se reduzcan los márgenes de los proveedores, mayor será el traspaso de estos cobros al precio de lista.
- 124. Por el contrario, el establecimiento de mecanismos que aseguren la voluntariedad de los pagos y la existencia de una contraprestación efectiva

⁴⁰ A mayor abundamiento, la estructuración del precio de cara a Walmart para cualquier proveedor resulta altamente compleja dado el traslado de riesgos y costos que escapan de su control y en ocasiones son impuestos de manera intempestiva. Un sencillo ejercicio demuestra lo señalado. El proveedor tiene un costo de \$100 en la producción del producto a vender y quiere ganar \$10 por él. El proveedor le indexa los costos que le cobra Walmart por distintos conceptos y da una suma de \$25. De acuerdo con ese simple ejercicio, el precio de venta a Walmart debiera ser \$135. Sin embargo, una participación intempestiva en alguna promoción o cualquier otro cobro hacen que el proveedor deba vender a un precio que cubra no solo sus costos, sino que los riesgos de nuevas exigencias por parte del supermercado. Con ello, la formación del precio se gesta de manera difusa

y periudicial hacia los consumidores.

NOTARIO NOTARIO **
* SUPLENTE **

respecto de los mismos, permitirá que los ingresos por concepto de cobros que van al "cajón" separado reflejen servicios deseados, y no extracciones de renta arbitrarias fundadas en la desigualdad de los poderes de negociación, lo que a su vez tenderá a contener el incremento en los precios de lista –sobre la base del cual Walmart fija los precios a público- que ocurre como consecuencia del traspaso de los cobros abusivos a precio.

IV. EL MERCADO.

125. Para efecto de determinar los mercados en que inciden los hechos objeto de la presente demanda resulta necesario hacer presente la dificultad asociada a la obtención de datos relativos a esta industria y referirnos brevemente a las principales características de ésta, para luego analizar los elementos que determinan el producto y alcance geográfico de los mercados en cuestión, así como también las condiciones de entrada asociadas a los mismos.

IV.1. Opacidad de la información existente respecto de Walmart.

- 126. Si bien hasta aproximadamente el año 2012 existían cifras públicas respecto de la penetración de la industria supermercadista en el total de las ventas de productos alimenticios y no alimenticios del *retail*, y sobre la participación de Walmart dentro del total de supermercados, lo cierto es que dicha información ya no se encuentra disponible para el público en general.
- 127. Al intentar obtenerla de los reportes Nielsen que adquieren nuestros asociados,⁴¹ nos encontramos con cláusulas de confidencialidad incorporadas en sus contratos que les impiden compartir dicha información.⁴² Asimismo, al solicitar directamente a Nielsen la información referida a la participación de Walmart en el mercado general y dentro de cada categoría que comercializa,

⁴¹ Información adquirida por nuestros asociados a la empresa Nielsen respecto del porcentaje de las ventas dentro del canal supermercadista que corresponde a cada supermercado para las categorías comercializadas por éstos.

^{42 &}quot;Cualquier uso o divulgación no especificado en esta licencia está prohibido, excepto previo consentimiento escrito de Nielsen (...) En ningún caso el Cliente entregará los reportes, datos e informes de Nielsen a los Tribunales de Justicia, ni a otra autoridad, salvo que sea requerido por los mismos a hacer dicha entrega en virtud de una resolución de un tribunal competente que se encuentre firme o ejecutoriada".

y a la penetración en estas últimas de sus marcas propias, obtuvimos como respuesta que toda la información de Walmart, a diferencia de la de sus principales competidores, se encuentra protegida por un régimen de confidencialidad, no pudiendo ser comercializada. Finalmente, nuestro intento de determinar la cifra de participación de mercado de Walmart sobre la base de las ventas informadas en los estados financieros de las principales cadenas de supermercados se vio frustrada por el hecho de que el último año que Walmart hizo pública sus memorias fue el 2014.

128. Ante esta opacidad, inédita en nuestro historial del retail, y también dentro del contexto mundial, nos hemos visto obligados a realizar estimaciones generales, que son las que se presentan en esta sección.

IV.2. La industria supermercadista.

- 129. La industria en que opera la demandada es la de producción, distribución y venta a público de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente.⁴³
- 130. En esta industria participan tres típos de agentes económicos: a) proveedores; b) distribuidores minoristas, principalmente supermercados; y c) consumidores finales.
- 131. Los supermercados constituyen el principal canal de distribución minorista de la referida cadena productiva, intermediando entre proveedores y consumidores finales. Dicha función es cumplida con características que son distintivas de este canal, y que permiten diferenciarlo de otros conductos de distribución al detalle de los mismos bienes.
- 132. Durante los últimos años el canal supermercadista ha ganado enorme terreno en relación con otras vías de distribución, constituyendo cerca del 50% de las ventas del *retail* alimenticio,⁴⁴ y una cantidad superior del *retail* no alimenticio.

⁴³ Sentencia Nº 9 de 2004. Considerando cuarto.

⁴⁴ Chile Retail Food Guide. Global Agricultural Information Network (2019). Disponible en: https://www.kallman.com/sites/default/files/u560/Retail%20Foods_Santiago_Chile_5-23-2019.pdf

- 133. Según ha reconocido la jurisprudencia de este H. Tribunal, los actores del mercado supermercadista actúan en dos mercados relevantes diversos, pero conexos entre sí, que corresponden a los ámbitos de aprovisionamiento mayorista y de distribución minorista.⁴⁵
 - IV.3. Mercado relevante del producto y geográfico.

a. Mercado relevante de aprovisionamiento mayorista.

- 134. De acuerdo con este H. Tribunal, en el ámbito de aprovisionamiento mayorista las cadenas de farmacias, las ferias libres, los almacenes de barrio, las cadenas de ferreterías, y el comercio detallista en general "no son suficientemente próximas como para ser consideradas sustitutos adecuados del canal de distribución minorista constituido por los supermercados, atendido que, en general, no comparten con este último cuatro características que lo distinguen".46
- 135. La decisión, continúa señalando que "dentro de estas características encontramos: primero, los significativos volúmenes de compra que representan las cadenas de supermercados para los proveedores, que permiten a éstos alcanzar economias de escala y de ámbito; segundo, el conjunto distintivo de servicios y facilidades (estacionamientos, promoción y publicidad) ofrecidas al proveedor para la distribución minorista de sus productos, que facilita la venta de un mayor número de unidades; tercero, las inversiones específicas del proveedor derivadas de las condiciones particulares de exhibición y comercialización de los productos en el canal supermercadista; y, cuarto, el contar con financiamiento propio a través de sus tarjetas de crédito relacionadas".⁴⁷

47 Ídem.

⁴⁵ Este H. Tribunal se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los mercados relevantes presentes en esta industria: Sentencia № 9, de 2004; Sentencia № 65, de 2008; Sentencia № 103, de 2011; Resolución № 24, de 2008; Resolución № 33, de 2010; Resolución № 35, de 2011; y Resolución № 43, de 2015.

⁴⁶ Considerando Cuadragésimo séptimo, Sentencia № 65/2008. Considerandos Décimo y Décimo primero, Sentencia 9/2005.



- 136. Precisamente en atención a estas cuatro características referidas es que las Sentencias Nº 19 y 65, y las Resoluciones Nº 33 y 35 de ese H. Tribunal han coincidido en definir el mercado relevante aplicable a estos autos como el del "aprovisionamiento mayorista de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar para venta minorista en supermercados". 48
- 137. En cuanto al alcance geográfico del mercado, esta parte nuevamente coincide con lo establecido por ese H. Tribunal, en cuanto a que el aprovisionamiento mayorista de supermercados "tiende a ser nacional, sin perjuicio de considerar que el mercado relevante geográfico puede ser local o regional en relación con determinados productos que, por sus características, se comercialicen sólo en esos ámbitos". 49

b. Mercado relevante de distribución minorista.

138. En relación con la distribución minorista, este H. Tribunal ha establecido que el mercado relevante del producto consiste en el "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", ⁵⁰ mientras que el mercado geográfico se circunscribe a un ámbito local definido por el área de influencia del supermercado. ⁵¹

IV.4. Existencia de Barreras a la entrada.

139. En reiteradas ocasiones el H. Tribunal ha identificado y determinado las desfavorables condiciones a la entrada que presenta la industria supermercadista, señalando que éstas impiden que nuevos actores, de un modo oportuno y suficiente, puedan ingresar al mismo, disciplinando a los incumbentes.

⁴⁸ Considerando Quincuagésimo tercero, Sentencia Nº 65/2008.

⁴⁹ Considerando Quincuagésimo cuarto, Sentencia Nº 65/2008. Criterio establecido, además, en la Sentencia Nº 19, Resolución Nº 33 y Resolución Nº 35.

⁵⁰ Considerando 9.1, Resolución Nº 43/2012; Considerando Septuagésimo segundo, Sentencia Nº 65/2008 y considerando Octavo, Sentencia Nº 103/2010.

⁵¹ Considerando Septuagésimo tercero, Sentencia № 65/2008



- 140. Dentro de las condiciones referidas que dificultan la entrada al mercado del abastecimiento, ese H. Tribunal ha señalado que "existen barreras de entrada en la industria supermercadista en Chile que resultan de la relación entre el tamaño mínimo eficiente de cada empresa, en relación al tamaño del mercado total, la amplia cobertura de las empresas incumbentes en los diversos nichos en los mercados conexos y la escasez de sitios aptos en las zonas urbanas de mayor densidad de demanda".52
- 141. En definitiva, entonces, el aprovisionamiento de productos alimenticios y no alimenticios para su venta en supermercados constituye un mercado relevante del producto en sí mismo de cara a la industria proveedora de dichas mercaderías, al tiempo que la venta de éstas a través de supermercados constituye un mercado relevante en sí mismo desde el punto de vista de los consumidores.
- 142. Teniendo presente lo anterior, corresponde analizar la posición de Walmart al interior de los mercados referidos.

V. POSICIÓN DE DOMINIO DE WALMART.

- V.1. Walmart detenta una posición dominante en el mercado de aprovisionamiento mayorista.
- 143. Cuatro son los criterios indistintamente empleados para determinar el poder de mercado de que goza una empresa en su calidad de compradora de bienes y servicios⁵³: a) la existencia de altas participaciones de mercado, tanto en el mercado de compra (aguas arriba) como en el mercado de la venta de dichos productos (aguas abajo); b) el grado de dependencia económica que a su respecto tienen los proveedores; c) que el comprador constituya un unavoidable trading partner (socio comercial inevitable) de cara a los

⁵² Considerando 9.32, Resolución Nº 43/2012.

⁵³ Herrera-Anchustegui, Ignacio. Market definition in buyer power cases: revisiting some traditional views (2015). p. 41.

proveedores; y d) que el comprador exhiba un rol de gate-keeper (llave de paso) respecto del canal de distribución.

144. A continuación, veremos que independientemente del criterio de análisis que utilicemos para ponderar el poder de compra de la Demandada, llegaremos a la misma conclusión: Walmart exhibe una posición dominante en el mercado relevante definido, y por ende una responsabilidad especial de no alterar las condiciones de competencia en el mismo. Así se desprende del análisis que efectuaremos en función de cada uno de los criterios enumerados más arriba.

a. Alta Participación de mercado.

- 145. Para efecto del análisis de este criterio, resulta necesario, en primer lugar, identificar qué significa una participación de mercado alta, para efectos de determinar qué constituye una posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento.
- 146. Como primer elemento, es importante tener presente que resulta pacífico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, que la participación de mercado necesaria para obtener una posición de dominio en los mercados de aprovisionamiento (aguas arriba) resulta sustancialmente inferior que la necesaria para acreditar la existencia de poder de mercado aguas abajo de los mismos.⁵⁴ En consecuencia, el porcentaje para dar por establecido una posición dominante en el primer caso es manifiestamente más bajo que el requerido en el segundo.
- 147. En efecto, la propia Comisión Europea, en el Asunto Nº IV/M.1221 Rewe/Meinl, estableció un parámetro o benchmark para determinar qué porcentaje de las ventas a un distribuidor (supermercado) generan para el proveedor una situación de dependencia económica, que reviste al primero del carácter de socio comercial inevitable:

⁵⁴ Carstensen, Peter. 'Buyer Power and the Horizontal Merger Guidelines: Minor Progress on an Important Issue' (2012) p.782; Herrera-Anchustegui, Ignacio. Market definition in buyer power cases: revisiting some traditional views (2015). p. 40.



"Por término medio, el 22% del volumen de negocios es el porcentaje por encima del cual sustituir a un cliente, o sólo puede llevarse a cabo a costa de elevadas pérdidas económicas, o incluso resulta completamente imposible".⁵⁵

- 148. En el mísmo sentido, no llama la atención que la práctica de la Comisión Europea, en los casos de poder de compra, muestre que las fusiones entre dos o más supermercados pueden obstaculizar significativamente la competencia en el mercado de aprovisionamiento, a menos que se adopten mitigaciones ad-hoc, incluso si las partes en conjunto alcanzan una participación sustancialmente inferior al 40% dentro de este mercado, como ocurrió en la operación ya referida de Rewe/Meinl, o en la de Carrefour/Promodes.⁵⁶
- 149. Lo anterior no se limita únicamente a la esfera de las concentraciones económicas, sino que es cierto también para los casos de abuso de posición dominante. En el caso de *British Airways / Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJCE") confirmó las decisiones de la Corte de Justicia y la Comisión Europea, sancionando a British Airways por el abuso de la posición dominante que exhibía en el mercado de la compra de servicios de agencias de viajes, mediante una participación en el mercado de la venta de tickets de 39,7%.⁵⁷
- 150. En el caso de Walmart, si bien es un hecho cierto que detenta una participación en el mercado del aprovisionamiento muy superior a los parámetros referidos, no existe información suficiente para determinar con exactitud su peso específico respecto de la totalidad de los proveedores. No obstante lo anterior, otras autoridades de competencia han superado esa dificultad extrapolando aguas arriba la participación de mercado que el ente en cuestión exhibe aguas abajo.
- 151. Así, según ha establecido la Comisión Europea, "en el comercio al por menor existe una estrecha interdependencia entre el mercado de distribución y el

⁵⁵ Op. Cit. 30. Párrafo 101.

⁵⁶ Commission Decision COMP/M. 1684 - Carrefour/Promodes, [2000].

⁵⁷ T-219/99 - British Airways v Commission, EU:T:2003:343 E.C.R. [2003] 11-05917



mercado de suministro. Las cuotas de los minoristas en el mercado de distribución determinan los volúmenes de sus compras: cuánto mayores sean aquéllas, mayores serán éstos".⁵⁸

- 152. En virtud del criterio de la Comisión Europea, relativo a la interdependencia entre los mercados de aprovisionamiento mayorista y distribución minorista, resulta posible asumir una participación de Walmart análoga en ambos mercados.
- 153. Así, revisando cifras del mercado de la distribución minorista efectuada por supermercados, si bien al momento de su adquisición por parte de Walmart, D&S concentraba cerca de un 35% del mercado, al año 2017 esta empresa ya contaba con una participación de mercado de un 42%.⁵⁹
- 154. Pese a las dificultades mencionadas para acceder a información respecto del peso específico de Walmart dentro del canal supermercadista, existen buenas razones para creer que a la fecha dicha participación ha crecido, pudiendo estimarse entre un 42% y un 45%. Mas aun, tratándose de las categorías non food, la posición de mercado de la Demandada es muy superior a ese promedio, superando con largueza, respecto de numerosas categorías, el 50%.
- 155. Ello sin duda implica una participación de mercado muy elevada en el contexto de un mercado nacional de suyo concentrado, que carece de paralelo con las posiciones de liderazgo de las principales cadenas de supermercados de la región o de otros países utilizados como referencia en temas de libre competencia.⁶⁰

b. Dependencia económica.

156. El segundo de los criterios de análisis de una posición dominante en los mercados de aprovisionamiento es la existencia de dependencia económica

⁵⁸ Asunto Nº IV/M.1221 - Rewe/Mein!, Párrafo 72.

⁵⁹ Chile Retail Food Guide. Global Agricultural Information Network (2018). Disponible en: https://apps.fas.usda.gov/newgainapi/api/report/downloadreportbyfilename?filename=Retail%20Foods_Santiago_Chile_6-27-2018.pdf

⁶⁰ Por ejemplo, los supermercados líderes en los países que se señalan exhiben las siguientes participaciones de mercado: UK (Tesco, 27%), España (Mercadona 24.8%), Francia (E. Leclero, 22,7%), Italia (Coop, 13,4%) y Brasil (Carrefour, 21%).

por parte de una de las partes contratantes respecto de la otra. Así, cuanto mayor sea la proporción que representa un comprador para las ventas totales de un vendedor, más poderoso se vuelve el comprador en términos relativos.

- 157. Al respecto, mientras Walmart representa entre un 30% y un 55% de las ventas de los asociados de AGIP dentro del mercado definido como relevante, ninguno de éstos representa para Walmart más de un 5% de sus compras.
- 158. Esta circunstancia se traduce en que todos los proveedores de Walmart, grandes y pequeños, se encuentran en una situación de dependencia económica respecto de Walmart. Así, mientras los proveedores más pequeños se encuentran sin lugar a dudas a absoluta merced de la Demandada, los proveedores grandes tampoco se encuentran en una situación de equilibrio en relación con ésta.

c. Socio comercial inevitable.

- 159. El tercer criterio de análisis, y posiblemente el más relevante, para efecto de determinar la existencia de una posición dominante en mercados de aprovisionamiento es la doctrina del socio comercial inevitable.
- 160. En general, un comprador exhibirá esta característica cuando, para los vendedores, su futuro y rentabilidad dependa de mantener al comprador como cliente, incluso si las condiciones competitivas no son particularmente rentables. De esta manera, en ausencia de una relación contractual con ese comprador, el proveedor muy posiblemente deberá abandonar el mercado.
- 161. Como puede apreciarse, las empresas susceptibles de ser calificadas como un socio comercial inevitable exhiben, respecto de sus proveedores, un poder de mercado superior incluso al que implica la existencia de una situación de dependencia económica.
- 162. En los hechos, no hay duda de que Walmart constituye un socio comercial inevitable para sus proveedores, ya que sin un acceso a casi la mitad de su canal de distribución más relevante (y en el caso de los proveedores de

productos *non-food* a una cifra todavía mayor de mercado) se dificulta alcanzar santificado una escala de venta eficiente.

163. Adicionalmente, la menor exposición del producto que significa no estar en Walmart, principal comercializador del mercado, lleva a que la venta en los demás supermercados también se vea afectada negativamente.

d. Gate-Keeper.

- 164. El último elemento de análisis lo constituye la figura del gate-keeper o llave de paso. En materias de competencia, se ha dado la denominación de gate-keeper a aquellos distribuidores que constituyen "una parte tan importante del mercado minorista que su negativa a vender un producto, por sí sola, hará que sea demasiado costoso para el proveedor ingresar de manera efectiva al mercado".⁶¹
- 165. Los requisitos señalados por la doctrina para caracterizar de esta manera a un distribuidor son los siguientes⁶²: i) que los canales de distribución alternativos resulten menos significativos; ii) que, en ausencia de ese distribuidor, el proveedor no alcance una escala mínima eficiente o que no pueda anunciarse de manera eficiente en los medios de comunicación; iii) que el comprador realice una porción significativa de las compras del mercado relevante; y, iv) que existan barreras de entrada que impidan al proveedor eludir al comprador poderoso patrocinando nuevos canales de distribución; y Walmart satisface cada uno de ellos.
- 166. En definitiva, como se desprende de la revisión de los distintos criterios alternativamente utilizados para acreditar la existencia de una posición de dominio en los mercados de compra de bienes o servicios, Walmart cumple con cada uno de ellos en lo que al mercado relevante definido en esta demanda respecta.

⁶¹ Federal Trade Commission, Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry (2001) p. 58.

⁶² Office of Fair Trading, *The competitive effects of buyer groups* para 1.21; Kokkoris I and Day L, 'Buyer power in UK merger control' [2009] 180.



- 167. En este sentido, cabe destacar que ya en el año 2010, cuando este H. Tribunal prohibió la fusión entre la antecesora de la demandada (D&S) y Falabella, argumentó que "en caso de aprobarse la operación consultada, la empresa resultante adquiriría una capacidad consolidada de negociación de magnitud tal que se incrementarían, en forma relevante, los riesgos de ejercicio abusivo de poder de compra, sobre todo para los segmentos de proveedores de tamaño pequeño y mediano".⁶³
- 168. Pues bien H. Tribunal, a la fecha Walmart exhibe una participación de mercado en la industría de aprovisionamiento supermercadista muy superior a aquélla que hubiese obtenido la unión de D&S y Falabella, de haberse aprobado la concentración.
- 169. Asimismo, como se señaló previamente, este H. Tribunal ha tenido también la oportunidad de pronunciarse respecto del poder de mercado de la Demandada en el segmento de la distribución supermercadista. En efecto, la Sentencia 103 de 2010, que sancionó a D&S por realizar actos de competencia desleal, consistentes en publicidad comparativa engañosa, expresamente establece que a la fecha de las conductas demandadas en autos, D&S exhibía una "posición de dominio a escala nacional".⁶⁴
- 170. Resulta preciso hacer presente a este respecto que Walmart ha incrementado en cerca de 10 puntos la participación de mercado que una década atrás llevó a ese H. Tribunal a considerarla una empresa dominante a nivel nacional.
- 171. De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que conforme con la jurisprudencia emanada de ese H. Tribunal la Demandada exhibe poder de mercado tanto de cara al aprovisionamiento supermercadista, como en el mercado aguas abajo de la venta a público efectuada a través de dicho canal, de modo que el ejercicio abusivo de su poder de mercado en el primero de los mercados referidos constituye un abuso de posición dominante apto para distorsionar la competencia.

⁶³ <u>https://www.tdlc.cl/nuevo_tdle/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_24_2008.pd</u>. Considerando Septuagésimo séptimo.

⁶⁴ Considerando Vigésimo quinto. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent-0103-2010.pdf.



- V.2. Los efectos de los hechos objeto de la Demanda, así como la existencia de otros hechos adicionales, refrendan la posición dominante de Walmart.
- 172. Los cuatro criterios de determinación de dominancia analizados previamente se avienen con la construcción de una posición dominante sobre la base de la fortaleza comercial del agente económico objeto de análisis.⁶⁵
- 173. Sin embargo, este H. Tribunal también ha establecido la existencia de una posición dominante por medio de los efectos anticompetitivos asociados a una conducta. En estos casos, en vez de establecerse si una empresa exhibe o no el carácter de dominante, para luego decidir si su conducta produjo efectos anticompetitivos, se atiende inmediatamente a los efectos, presumiéndose que si la empresa es capaz de restringir o entorpecer la competencia, es porque no puede sino exhibir el carácter de dominante.
- 174. En este caso, las conductas objetadas en esta demanda (reposición y centralización no voluntaria, en particular, y traspaso de costos y riesgos propios del supermercado al proveedor, en general), no constituyen sino una representación evidente del aforismo res ipsa loquitur, demostrando en sí mismas, el incontrarrestable poder de mercado que exhibe Walmart respecto de sus proveedores.
- 175. Una clara demostración adicional de dicho poder de mercado se encuentra en los plazos de pago "acordados" entre la Demandada y sus proveedores en cumplimiento de la Ley 21.131 sobre plazos de pago.
- 176. Dicha ley, que rige respecto de todas las empresas que son emisoras y receptoras de facturas, y cuyo ámbito de aplicación es general y no distingue por tamaño o tipo de empresa, ni tampoco por sector, establece que el plazo máximo de pago será de 30 días y que, en casos excepcionales, las partes podrán establecer de común acuerdo un plazo superior, siempre que conste

66 Sentencias 45/2006 y 63/2008.

⁶⁵ MONTI, Giorgio. The Concept of Dominance in Article 82 (2006), p. 31.



por escrito, sea suscrito por quienes concurran al mismo, y no constituya en abuso respecto del acreedor.⁶⁷

- 177. H. Tribunal, Walmart es una empresa grande como pocas y pareciera no contar con justificaciones que le permitan apelar a realizar el pago a sus proveedores dentro de un plazo excepcional, superior a los 30 días establecidos por la norma citada para la generalidad de los agentes económicos nacionales.
- 178. Sin embargo, contrariando el espíritu y tenor literal de la propia ley, Walmart ha registrado ante el Ministerio de Economía nada menos que **152 acuerdos con proveedores**, los que dan cuenta que el plazo promedio de pago estipulado es de 86 días, esto es, **el triple de lo contemplado en la ley**, según da cuenta el cuadro adjunto.⁶⁸

Plazo Promedio	86
Plazo Máximo	112
Plazo Mínimo	44
Acuerdos	152
Cantidad de	

- 179. Lo señalado, viene a ratificar lo expresado en esta demanda en cuanto a que ningún proveedor se encuentra en condiciones de resistir las presiones de un actor que goza de un poder de mercado como aquel que exhibe Walmart. Al igual que ocurre con los TCGA, la Ley 21.131 parte de un supuesto que necesariamente sucumbe ante la existencia de asimetrías de poder de negociación de la intensidad de aquellas que caracterizan la relación de Walmart con sus proveedores: la voluntariedad de las decisiones.
- 180. H. Tribunal, Walmart exhibe un poder sin precedentes históricos en la industria del *retail*, e incluso inédito a nivel mundial, capaz de distorsionar toda la cadena productiva, desde los productores agrícolas hasta los consumidores finales.⁶⁹ En circunstancias como estas,

⁶⁷ Ver https://www.gob.cl/leypago30dias/

⁶⁸ https://registrodeacuerdos.economia.gob.cl/Busquedas/ListaCompradores.aspx

⁶⁹ Consumers International "La relación entre los supermercados y los proveedores ¿ Cuáles son las consecuencias para los consumidores?".

Ver: "http://www.promarca-spain.com/pdf/130115 relationship between supermarkets.pdf

claramente, el paradigma de la auto-regulación no resulta suficiente, y se hace indispensable avanzar hacia un sistema que haga viable la igualdad jurídica con sus proveedores. En el último capítulo de esta presentación se profundizará en las medidas que deberán ser adoptadas para evitar las conductas objeto de esta demanda.

V.3. Elementos adicionales que agravan los efectos del poder de mercado exhibido por Walmart.

a. Paralelismo de otros supermercados.

- 181. Los hechos descritos no pueden ser analizados de manera aislada, en el sentido de tratarse de un problema que afecta únicamente a proveedores y Walmart, dado que las conductas que Walmart ejecuta irradian al resto de la industria, la cual, expectante, observa si el ilícito actuar de Walmart es validado o no. En efecto, tratándose de una industria que exhibe los niveles de concentración alcanzados, es altamente probable que las conductas demandadas se repliquen en el breve plazo por parte de los otros dos grandes operadores SMU y Cencosud.
- 182. La posibilidad es cierta y compartida por la autoridad fiscalizadora, quien ha expresado ya los riesgos de existencia de conductas paralelas, según consta en su requerimiento del año 2002, que concluyó en la Sentencia №9, al señalar que: "Estos abusos son realizados de manera uniforme y consistente, particularmente por los supermercados pertenecientes a las cadenas más poderosas, cuyas prácticas abusivas son imitadas entre sí y por su competencia directa, pudiendo observarse un paralelismo presumiblemente consciente, constitutivo de prácticas oligopsónicas abusivas". (El destacado es nuestro)

b. Rotación de personal clave y consecuente igualación de las condiciones comerciales.

183. En una industria así de concentrada, resulta común que tanto las planas ejecutivas como los denominados Kam's (Key account managers) roten

frecuentemente entre las cadenas supermercadistas. Estos ejecutivos conocen en detalle las condiciones comerciales que cada proveedor le entregaba a la cadena desde la cual provienen, y por lo mismo, cuentan con incentivos para intentar replicar en el nuevo supermercado las condiciones más ventajosas de que gozaba su antiguo empleador, incluso sin un fundamento comercial detrás. Ello, evidentemente, termina afectando la autonomía de las relaciones verticales entre proveedores y supermercados.

c. Doble rol de comercializador de productos de marça tradicional de terceros y comercializador de marcas propias.

- 184. Finalmente, agrava las consecuencias asociadas al ejercicio de poder de mercado por parte de Walmart, el hecho de que esta última además de ser distribuidora de los productos de aquéllos, compita con los mismos mediante sus marcas propias.
- 185. En efecto, resulta de público conocimiento que Walmart desarrolla y comercializa marcas propias y, por esta vía, compite con la industria proveedora de marca tradicional. En este doble rol, el supermercado tiene intereses contrapuestos, produciéndose una desalineación de sus incentivos, de suerte tal, que puede tender a privilegiar consciente y voluntariamente a su marca propia en detrimento de los productos de marca tradicional entregados por los proveedores.
- 186. Por ejemplo, Walmart cuenta con los incentivos y habilidad para realizar un manejo de espacios en sus góndolas favoreciendo sus marcas propias; enfrenta incentivos para "bloquear" al proveedor de marca tradicional, impidiéndole que aumente sus ventas en la sala mediante promociones o publicidad, si es que dicha activación del producto de la competencia afecta las metas de crecimiento pre-establecidas para sus marcas propias; maneja una extensa base de datos que le permite conocer cuándo emular con sus productos las promociones exitosas de productos de marca tradicional, o cómo ir posicionando sus marcas propias gradualmente respecto de ciertos productos de marca tradicional hasta poder finalmente prescindir de éstos.

- 187. En consecuencia, aun cuando para Walmart, como comercializador, pueda resultar rentable tener un determinado producto en su canal de distribución, el hecho que exista una integración vertical en la venta de productos propios genera una distorsión en su función original, lo que afecta la competencia aguas abajo. Ello se traduce en que los proveedores podrían verse perjudicados en el tratamiento de sus productos, aun cuando éstos fueran rentables para ambas partes (proveedor y distribuidor).
- 188. El conflicto que deriva del doble rol de Walmart se ve agudizado por el poder de mercado que ostenta. En efecto, si la relación Walmart proveedor se diera en un contexto de competencia perfecta, Walmart se vería igualmente enfrentado a un conflicto de interés en cuanto a su función como distribuidor general y comercializador de marcas propias; sin embargo, le sería mucho más difícil hacer uso de malas prácticas.
- 189. Considérese, por ejemplo, el caso de la asignación de espacios de góndola. Siendo el espacio de góndola un recurso limitado, su uso requiere de una asignación eficiente, basada en la rotación y el margen de cada producto, el cual es correspondientemente remunerado. Si Walmart decidiera privilegiar la ubicación de sus marcas propias sin atender a estas condiciones de eficiencia, estaría asumiendo parcial o totalmente (dependiendo de la contribución a este servicio del producto de marca propia) el costo alternativo de no haber rentabilizado el espacio de góndola "arrendándoselo" a otro proveedor. Sin embargo, si el supermercadista tiene poder de mercado, lo que en los hechos ocurre con Walmart, podrá recuperar esa pérdida financiándose con mayores precios cobrados a los proveedores de marcas tradicionales. Es decir, la condición de competencia imperfecta en que opera el mercado supermercadista agudiza el conflicto de interés que surge de la comercialización de marcas propias.
- 190. De acuerdo con lo expuesto precedentemente, esta doble vinculación, vertical y horizontal, constituye una herramienta que contribuye progresivamente a reforzar el poder de mercado que Walmart exhibe respecto de sus proveedores, y agrava los efectos asociados a la



existencia de prestaciones forzosas, como las denunciadas en esta demanda.

191. H. Tribunal, la distorsión que en la cadena total de abastecimiento de productos alimenticios y no alimenticios producen las prácticas abusivas descritas en esta demanda, cuando provienen de un actor que cuenta con una altísima participación de mercado, y que ejerce, al mismo tiempo, el rol de socio comercial inevitable y gate-keeper del canal de distribución a consumidores finales y de competidor de los productos de marca de terceros a través de sus marcas propias (con todos los riesgos de auto-preferencia que aquello implica), resulta sorprendentemente familiar a varios casos discutidos en el derecho comparado respecto de los gigantes tecnológicos, y amerita la adopción de las medidas solicitadas en la sección VII de esta demanda.

VI. EL DERECHO.

- 192. De conformidad con lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema en numerosas decisiones recientes, citando al autor español Joaquín Garrigues, "la libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores".⁷⁰
- 193. La contrapartida de esta declaración es que, desde el punto de vista económico, libre competencia es el fruto de la coordinación espontánea resultante del ejercicio de las libertades económicas individuales de los agentes económicos.
- 194. Para dar sentido y hacer posible esta libertad, el sistema económico debe permitir la participación de todos los individuos, bajo una misma capacidad jurídica, propiciando que "sus actividades económicas se coordinen mediante contratos e intercambios voluntarios", y resguardando que dicha participación no se vea obstaculizada por el poder económico de sus contrapartes.⁷¹

⁷⁰ Garrigues, J. 1964. La defensa de la competencia mercantil. p. 12.

⁷¹ Lovdahl L. (2007) "The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC", p. 336-337.

- 195. Siguiendo esa premisa, no debe extrañar que, a juicio de nuestro máximo Tribunal, la función primordial de esta rama del derecho sea "neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos" y que por ello su objetivo no puede limitarse únicamente a "resguardar el interés de los consumidores", sino que debe más bien tender a "salvaguardar la libertad de
- 196. Precisamente, lo que persigue esta demanda, es que se neutralice el poder de mercado que, el por lejos principal actor de la industria supermercadista nacional y mundial, ejerce de cara a sus proveedores, tanto respecto de aquéllos asociados a AGIP, como de los que no pertenecen a esta asociación, garantizándose la libertad económica y jurídica de la industria de abastecimiento minorista.

todos los agentes de la actividad económica".72

- 197. H. Tribunal, la Demandada, tanto por sí como a través de sus relacionadas, ha explotado de manera abusiva su posición dominante en el mercado del aprovisionamiento supermercadista, al imponer a sus proveedores la contratación de determinados servicios y establecer valores arbitrarios asociados a los mismos.
- 198. Al actuar de la manera descrita, por una parte, Walmart ha incumplido dos conciliaciones aprobadas en esta sede y, por otra, ha restringido o entorpecido la libre competencia, o al menos ha incurrido en conductas que tienden a producir dichos efectos, infringiendo lo dispuesto por el artículo 3°, en su inciso primero y en los literales b) y c) de su inciso segundo, todos del DL 211.
- 199. Así, en relación con la conciliación suscrita entre la antecesora de la Demandada y AGIP, de 16 de enero de 2007, se ha infringido el carácter voluntario del servicio de reposición propia, que Walmart se obligó a respetar, tal como se ha descrito a lo largo de esta presentación.

 $^{^{72}}$ Corte Suprema, Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discount de Transbank S.A., rol 24828-2018, sentencia de 27 diciembre 2019, c 2 $^{\circ}$.

- NOTARIO SUPLENTE SUPLE S
- 200. Respecto de la conciliación suscrita entre la antecesora de la Demandada y la FNE, de 17 de enero de 2007, plasmada en los TCGA, la Demandada ha vulnerado el principio de voluntariedad que debía respetar, al imponer la contratación de determinados servicios, que muchas veces carecen de una contraprestación efectiva, sin permitir a sus proveedores poner fin a los mismos.
- 201. Asimismo, la Demandada ha infringido también la letra b) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211, que sanciona la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado "fijando precios de compra o venta, imponiendo a uno la venta de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo otros abusos semejantes".
- 202. En efecto, la imposición a sus proveedores de la contratación de determinados servicios, que carecen de toda métrica de cumplimiento y reajuste, y que por lo mismo deben ser pagados por éstos a valores arbitrarios, constituye una explotación abusiva de la posición dominante exhibida por Walmart en el mercado del aprovisionamiento supermercadista.
- 203. La Demandada ha infringido, además, la letra c) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211, que sanciona "las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".
- 204. Según el artículo 4, letra i), de la Ley 20.169, constituye competencia desleal "el establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores, el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos o de los plazos dispuestos en la ley Nº 19.983 para el cumplimiento de la obligación de pago del saldo insoluto contenido en la factura".
- 205. Las conductas descritas en esta demanda infringen lo dispuesto en la norma citada y, consecuencialmente, al ser ejecutadas por una empresa que exhibe un significativo poder de mercado constituyen prácticas de competencia desleal que pueden permitir "alcanzar, mantener o



incrementar una posición dominante en el mercado", según prescribe la letra c), del inciso segundo, del artículo 3º, antes referida.

- 206. Finalmente, todos los hechos referidos en esta demanda, impiden, restringen o entorpecen la libre de competencia, tanto en el mercado del aprovisionamiento supermercadista como en el de la distribución minorista de supermercados, vulnerando así el inciso primero del artículo 3º del DL 211.
- 207. Más aún, el contexto de desequilibrio de poder negociador entre la Demandada y sus proveedores, sumado a la ausencia de parámetros que garanticen la existencia de contraprestaciones efectivas asociadas a los servicios que se cobran a estos últimos y de instancias imparciales de resolución de conflictos, "tienden a impedir, restringir o entorpecer" la libre competencia en un mercado de enorme relevancia para la ciudadanía.
- 208. Las infracciones y riesgos descritos justifican sobradamente la necesidad de adoptar las medidas que se describen más adelante en esta presentación.

VII. LAS MEDIDAS SOLICITADAS.

209. El desequilibrio en el poder de negociación relativo de Walmart, antes D&S, y sus proveedores, viene manifestándose desde hace más de dos décadas. Dicho desequilibrio fue primero mirado por la autoridad como parte de la natural diferencia en poderes de negociación existentes en el derecho contractual y luego, en la medida que la cadena adquiría mayor poder de mercado, bajo la mirada de la autorregulación, contexto en el cual surgen los TCGA y los APC, y la a estas alturas olvidada y entendemos nunca utilizada, Defensoría del Proveedor interna de Walmart.⁷³

⁷³ Definido por los TCGA como "el organismo dependiente de la Contraloría Corporativa de D&S cuyo objetivo es prevenir, acoger y resolver, de manera imparcial, objetiva, de buena fe y en carácter de mediador, cualquier dificultad o controversia que se produzca entre D&S, las Filiales D&S y los Supermercados, de una parte, y uno cualquiera o más de los Proveedores, respecto del Aprovisionamiento y cualesquiera relaciones reguladas en los TCGA y los APC (3,3).

- 210. Sin embargo, esta parte tiene la convicción de que, para proteger debidamente la los intereses en juego, es imprescindible reemplazar este paradigma, por otro que, utilizando el lenguaje de nuestra Excma. Corte Suprema, "neutralice el poder de mercado de Walmart"⁷⁴, salvaguardando la libertad jurídica y económica de sus proveedores.⁷⁵
- 211. H. Tribunal, la situación expuesta a lo largo de esta Demanda amerita la adopción de medidas que protejan un ejercicio autónomo de la voluntad de los proveedores en una forma en que el actual marco auto regulatorio resulta incapaz de resguardar.
- 212. Para estos efectos consideramos necesario que se exija a Walmart establecer métricas conocidas y objetivas de medición de sus servicios, parámetros de reajustabilidad de los mismos y, fundamentalmente, que financie la existencia de un cuerpo independiente que, siguiendo el modelo de los supervisores de cumplimiento y desinversión contemplados en la Guía de remedios de la FNE,⁷⁶ tenga por función arbitrar las diferencias de opinión que surjan entre la demandada y la totalidad de sus proveedores.
- 213. Esta última solución, estándar en derecho comparado para impedir abusos de posición de dominio en las negociaciones entre empresas, ya ha sido implementada en otros mercados dentro de nuestro país.⁷⁷
- 214. En efecto, en las operaciones entre AT&T/ TimeWarner (2017), Turner/CDF (2018) y, recientemente, HBO LAH y HBO

⁷⁴ Roles 7.093-2016, 41.801-2017 y 4108-2018.

⁷⁵ Corte Suprema, Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discount de Transbank S.A., rol 24828-2018, sentencia de 27 diciembre 2019, c 2°.

⁷⁶ De acuerdo con la Corte Suprema, lo que caracteriza a estos supervisores es tratarse de "individuos técnicamente idóneos, independientes, propuestos y remunerados por las partes, aprobados por la FNE, quienes reportan de manera directa, periódica y confidencial a dicho organismo". Corte Suprema, autos Rol Nº 181-2020, Considerando Cuadragésimo.

⁷⁷ Por ejempio, el artículo 26 bis, incisos sexto y séptimo de la Ley N° 18.618, General de Telecomunicaciones, que establece la figura de un árbitro arbitrador para resolver las controversias que se susciten entre las partes en el proceso de negociación, implementación o ejecución del contrato para la operación móvil virtual y de roaming automático, establecido de conformidad al proyecto de ley en examen. Otro ejemplo está dado por la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, cuyo artículo 100 Ter establece la instancia de arbitraje para dirimir conflictos entre las Entidades de Gestión Colectiva (EGC) y las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos.

NOTARIO **

NOTARIO **

NOTARIO **

NOTARIO **

NOTARIA - SANTRI

Acquisitions/Ole Communications Inc y Ole Premium Channels (2020), la FNE aprobó la concentración sujeta a la condición propuesta por las partes relativa a incorporar una instancia arbitral como mecanismo de solución de controversias que se susciten a propósito de la negociación o renegociación de los acuerdos de licenciamiento de canales de programación con los operadores de TV pagada.⁷⁸

- 215. Si esta fuese la alternativa elegida por ese H. Tribunal, estimamos que el modelo a seguir sería el del Grocery Code Adjudicator ("GCA") inglés.⁷⁹ Esta entidad, símil de un ombudsman para supermercados, fue creada por recomendación de la Comisión de Competencia (actual Competition and Markets Authority) una vez concluida su investigación sobre distribución minorista de productos alimenticios (grocery retail).
- 216. De acuerdo con sus estatutos, el GCA tiene por funciones garantizar el cumplimiento del código de buenas prácticas de supermercados⁸⁰ y regular por la vía de arbitraje las relaciones entre estos últimos y sus proveedores.
- 217. De acuerdo con la revisión estatutaria llevada adelante por dicho organismo para el período 2016-2019, la implementación del mismo ha sido un éxito, neutralizándose en buena medida el poder de mercado exhibido por las cadenas supermercadistas inglesas, ni de cerca tan poderosas en términos relativos como Walmart.⁸¹

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 19 y siguientes del DL 211, y las demás normas legales citadas y aquellas que resultaren aplicables,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por deducida demanda en contra de Walmart Chile S.A., ya individualizada,

⁷⁸ https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/inap_F81_2017.pdf; https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/12/inap_F116_2018.pdf;

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/inap1_F222_2019.pdf

⁷⁹ https://www.gov.uk/government/organisations/groceries-code-adjudicator

⁸⁰ https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice

⁸¹ https://www.gov.uk/government/publications/groceries-code-adjudicator-statutory-review-2016-to-2019

ada, por sí y/o a

acogerla a tramitación y, en definitiva, declarar que la Demandada, por sí y/o a través de sus relacionadas, ha ejecutado y celebrado las conductas por las cuales se le acusa, incumpliendo dos conciliaciones aprobadas en esta sede, e infringiendo el artículo 3° incisos primero y segundo letras b) y c) del DL 211, resolviendo:

1) Respecto de la Reposición:

- Que este H. Tribunal declare que debe respetarse lo establecido en el acuerdo entre proveedores y Walmart (D&S) y refrendado en los TCGA, en el sentido que los proveedores deben tener siempre la opción de elegir entre el servicio de reposición propia y la del supermercado.
- ii. Para el caso que el proveedor opte por la reposición del supermercado, que el servicio debe tener las siguientes características:
 - a. Se deben establecer parámetros de cumplimiento que sean normales y recurrentes en la industria, debiendo Walmart entregar reportes mensuales a cada proveedor.
 - Se debe establecer respecto de cada proveedor un polinomio de reajuste que evite el ejercicio de poder de mercado cada vez que se negocia un nuevo APC.
 - c. Se debe establecer un mecanismo expedito para poner fin a dicho servicio si el proveedor lo estima pertinente.
- iii. En subsidio, para el evento que resuelva que Walmart está en su legítimo derecho de imponer la reposición interna de los productos que adquiere, que se declare que ésta corresponde a una actividad propia del supermercado y, consecuentemente, que debe asumir el costo correspondiente.
- iv. En subsidio, cualquier otra medida adicional o alternativa a las descritas que el H. Tribunal estime procedente.

2) Respecto de la Centralización:

 Que se declare que el proveedor puede optar entre el despacho directo a las salas de Walmart o a su centro de distribución.

- NOTARIO SUPLENTE *
- ii. Para el caso que el proveedor opte por el envío de mercaderías al centro de distribución, que el servicio debe tener las siguientes características:
 - a. El cobro por despacho a las salas debe estar asociado a elementos propios de la logística, esto es, peso y volumen de mercaderías transportadas y no al precio de los productos.
 - b. Se deben establecer parámetros de cumplimiento que sean normales y recurrentes en la industria, debiendo Walmart entregar reportes mensuales a cada proveedor.
 - c. Se debe establecer respecto de cada proveedor un polinomio de reajuste que evite el ejercicio de poder de mercado cada vez que se negocia un nuevo APC.
 - d. Se debe establecer un mecanismo expedito para poner fin a dicho servicio si el proveedor lo estima pertinente.
- iii. En subsidio, para el evento que este H. Tribunal declare que Walmart está en su legítimo derecho de imponer la centralización de los productos que adquiere, que se declare que ésta corresponde a una actividad que es propia del supermercado y, consecuentemente, que debe asumir el costo correspondiente.
- iv. En subsidio, cualquier otra medida adicional o alternativa a las descritas que el H. Tribunal estime procedente.

3) Respecto de la generalidad de los cobros efectuados por Walmart:

- Que se declare que los mismos deberán constar en los APC, ser voluntariamente convenidos y estar sujetos a una contraprestación efectiva.
- ii. Que, en particular, respecto de los cobros por gestiones comerciales, se obligue a hacer los mismos objetivos, estableciéndose exactamente qué es lo que se ofrece, respecto de cada categoría, con tarifas conocidas, competitivas y no discriminatorias. Adicionalmente, Que se obligue a Walmart a entregar reportes mensuales a cada proveedor que contrate dichos servicios.



- iii. Que, respecto de los demás cobros ("otros"), se establezca que los mismos deben justificarse sobre la base de evidencia empírica generalmente conocida.
- iv. Cualquier otra medida adicional o alternativa a las descritas que el H.
 Tribunal estime procedente.
- 4) Que se imponga a Walmart la obligación de establecer, a su costo, un cuerpo arbitral externo, cuyos miembros sean designados por un mecanismo que involucre a la Fiscalía Nacional Económica y a la Cámara de Comercio de Santiago, que resuelva en única instancia y en un plazo no superior a 30 días las disputas que le sean presentadas por los proveedores.
- Multa: Que se imponga a la Demandada una multa de 15.000 Unidades Tributarias Anuales, o a aquel monto que el H. Tribunal estime corresponder en derecho;
- 6) Costas: Que se condene a la Demandada al pago de las costas de la causa.

PRIMER OTROSI: Sírvase H. Tribunal, tener presente que mi personería para representar a la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras consta en la escritura, cuya copia acompaño en este acto, la que solicito tener por acompañada, con citación.

Por tanto,

A este H. TDLC respetuosamente solicito: Tenerlo presente y por acompañado el documento, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a este H. Tribunal designar como ministros de fe a los receptores judiciales señores Juana Sanchez Galleguillos y Jaime Álvarez Andrade, a fin de que cualquiera de ellos proceda a efectuar las notificaciones que corresponda practicar durante este proceso. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de mi representada de revocar la designación o bien, designar nuevos ministros de fe en cualquier momento durante el curso de la tramitación.



Por tanto,

A este H. TDLC respetuosamente solicito: Tenerlo presente.

TERCER OTROSI: Por este acto designo como abogados patrocinantes y confiero poder para actuar en esta causa a los señores José Hevia Cortés y Mario Ybar Abad y, asimismo, confiero poder a los abogados señores Mónica van der Schraft Greve y Cristóbal Sarralde González, todos domiciliados para estos efectos en Isidora Goyenechea 3477, piso 12, oficina 121, Las Condes, quienes podrán actuar individual o conjuntamente en forma indistinta y firman en señal de aceptación.

Por tanto,

A este H. TDLC respetuosamente solicito: Tenerlo presente.

W-503.432-6

12.150.770-6



Firmaron ante mí UNICAMENTE, los señores VASCO COSTA RAMIREZ, cédula de identidad N° 3.636.338-K, en representación de ASOCIACION GREMIAL DE INDUSTRIAS PROVEEDORAS AGIP A.G., RUT Nº 74.243.700-0; y, JOSE ALBERTO HEVIA CORTES, cédula de identidad Nº 10.503.432-6 y MARIO ANTONIO YBAR ABAD, cédula de identidad N° 12.150.770-6, como abogados patrocinantes.- SANTIAGO, 16 de Octubre de 2020.-

Monica Van Der Schraft/

Digitally signed by Monica Van Der Schraft Date: 2020.10.19 14:46:26 -03'00'

Cristobal Digitally signed Sarralde/ Gonzalez 15:34:16 -03'00'

by Cristobal Sarralde Gonzalez Date: 2020.10.19