

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña antecedentes de expediente de investigación. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita mantener confidencialidad de documentos que indica. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña versiones públicas. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Solicita *drive* institucional conforme al Protocolo por Emergencia Sanitaria Covid 19. **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Personería. **EN EL SEXTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE CERDA BECKER, abogado, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, comuna de Santiago, Región Metropolitana, en autos caratulados “Consulta de Cencosud S.A. sobre contrato de arrendamiento y resolución N°43/2012”, **RoI NC – 465 – 2020** (“Consulta”), a este Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC” o “H. Tribunal”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N°2 y 31 N°1 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“DL 211”), vengo en aportar antecedentes en los autos ya individualizados relativos al asunto de carácter no contencioso promovido por Cencosud S.A. (“Cencosud”).

TABLA DE CONTENIDOS

1. ANTECEDENTES	2
1.1 La Consulta de Cencosud ante el H. TDLC	2
1.2 El Acuerdo Conciliatorio con la FNE	3
1.3 La Resolución N°43/2012.....	4
1.4 La demanda de Conadecus contra Cencosud	7
1.5 Situación actual	10
2. PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN	11
2.1 Competencia del H. TDLC para conocer la solicitud de la Consulta.....	11
2.2 Estándar aplicable para la revisión y/o alzamiento de medidas de mitigación impuestas como condición para perfeccionar una operación de concentración.....	12
3. ANÁLISIS COMPETITIVO	15
3.1 Industria.....	15

3.1.1	Descripción general	15
3.1.2	Principales actores.....	15
3.1.3	Competidores locales.....	17
3.1.4	Evolución del número de actores.....	18
3.1.5	Importancia de los centros de distribución.....	19
3.1.6	Comercio electrónico	20
3.1.7	Proveedores e insumos	21
3.2	Mercado relevante.....	23
3.3	Posibles efectos para la libre competencia derivados del Contrato de Arrendamiento.....	29
3.3.1	Efectos unilaterales.....	29
3.3.2	Efectos coordinados.....	37
3.4	Condiciones de entrada	40
4.	ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS POR EL H. TDLC Y DE LA PROCEDENCIA DE LO SOLICITADO EN LA CONSULTA	42
4.1	Situación del contrato de arrendamiento.....	42
4.2	Permanencia de las Medidas en la ciudad de Valdivia	44
5.	CONCLUSIONES.....	46

1. ANTECEDENTES

1.1 La Consulta de Cencosud ante el H. TDLC

1. El 23 de mayo de 2020 Cencosud presentó ante este H. Tribunal una consulta, en los términos de los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211, solicitando la aprobación de un contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. – filial del solicitante – e Inmobiliaria Catedral S.A, el cual recayó sobre parte de un inmueble ubicado en calle Errázuriz N°1040, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos (“**Inmueble**”), donde se encuentra instalado un local comercial que Cencosud opera actualmente como un supermercado, bajo la marca “*Jumbo*” (“**Contrato de Arrendamiento**”). Asimismo, solicitó el alzamiento parcial de la medida de mitigación que le afecta (respecto de la ciudad de Valdivia) según lo fallado en la Resolución N°43/2012 de este H. Tribunal, donde se obligó a SMU S.A. (“**SMU**”) a enajenar como unidad económica un conjunto de activos a un mismo adquirente no relacionado y que no tuviese una participación superior al 25% de las ventas en el mercado de supermercados a nivel nacional (“**Medida**” o “**Medida de Mitigación**”).

2. Cencosud argumentó que desde el establecimiento de la Medida de Mitigación han existido distintas circunstancias que justificarían la modificación de ésta. En un primer grupo de circunstancias Cencosud mencionó la evolución que ha tenido la industria desde 2012 hasta ahora, tanto a nivel nacional como en la ciudad de Valdivia, la irrupción del comercio electrónico y la entrada en vigencia del sistema de control obligatorio de operaciones de concentración. Como segunda circunstancia, Cencosud alegó la existencia de hechos consolidados: ya se produjo la entrada de su supermercado “*Jumbo*” en la ciudad y, en ese contexto, el mantenimiento de la Medida no sería idóneo.
3. A continuación, a modo de contexto, resumiremos los distintos hechos relevantes para el análisis de la Consulta:

1.2 El Acuerdo Conciliatorio con la FNE

4. El 20 de julio de 2006 esta Fiscalía presentó una solicitud de medidas cautelares contra Distribución y Servicio D&S S.A. (“**D&S**” el anterior controlador de los supermercados de Walmart Chile S.A. “**Walmart**”) y Cencosud, solicitando se prohibiera a dichas empresas la celebración de actos o contratos que tuvieran por objeto o efecto la adquisición o toma de control, directa o indirecta, de cualquier supermercado o cadena de supermercados que operara en el país. El H. TDLC accedió a aquello y posteriormente, el 18 de agosto de 2006, la FNE formuló un requerimiento en contra de las empresas señaladas aduciendo que ambas habrían ejecutado y celebrado actos y convenciones que restringían o entorpecían la competencia en la industria supermercadista, o bien, habrían tendido a producir dichos efectos, solicitando determinadas medidas preventivas, correctivas y prohibitivas¹.
5. En aquella oportunidad la Fiscalía reprochó a estas empresas el encontrarse desarrollando estrategias de crecimiento agresivas y publicitadas, basadas en la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos aptos para instalar supermercados, con lo cual eliminaban competidores y levantaban una barrera estratégica de entrada al mercado², oponiéndose especialmente en dicha oportunidad a la toma de control, por D&S o Cencosud, de ciertos supermercados en el país, a

¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, tramitado bajo el Rol C-101-2006, cuyo procedimiento llegó a término en virtud de la Resolución N° 65/2008.

² Ibid., p. 2.

saber: Infante y Korlaet en la Región de Antofagasta, Rendic en las Regiones de Atacama y Coquimbo, Economax en la Región Metropolitana, Montserrat en la zona central y El Pilar en la Región del Biobío.

6. Con ocasión de este litigio, con fecha 15 de diciembre de 2006 esta Fiscalía y D&S presentaron un avenimiento que proponía el establecimiento de dos condiciones para esta última: a) que debían sujetarse a un contrato marco que regulara sus relaciones con todos sus proveedores; y b) que debía informar a la FNE cualquier operación de concentración que pretenda realizar con una antelación no menor a treinta días corridos previos a su perfeccionamiento, manteniéndose en lo demás el procedimiento ante este H. Tribunal respecto de Cencosud. En definitiva, dicho avenimiento fue aprobado por este H. Tribunal respecto de D&S con fecha 17 de enero de 2007.
7. Respecto de Cencosud, a través de la Sentencia N°65/2008 de fecha 8 de mayo de 2008, se le impuso la obligación de consultar en forma previa al H. TDLC, en los términos del artículo 31 del DL 211, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervinieran, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores³.
8. Contra dicha sentencia, Cencosud presentó un recurso de reclamación ante la Excelentísima Corte Suprema, que se tramitó bajo el rol N°2998-2008. En este proceso la FNE y Cencosud alcanzaron un avenimiento, el cual fue aprobado por la Excelentísima Corte en resolución de fecha 24 de julio de 2008. Dicho avenimiento contemplaba las siguientes obligaciones de Cencosud: a) mantener condiciones generales con sus proveedores; b) pagar a sus proveedores dentro de 30 días; c) no exigir a sus proveedores el pago de prestaciones antes del plazo de pago; y d) consultar a este H. TDLC en los términos del artículo 31 del DL 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que interviniera, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores, tal y como ordenase este H. TDLC en la Sentencia N°65/2008 (“**Acuerdo Conciliatorio**”).

1.3 La Resolución N°43/2012

³ Ibid., p. 64.

9. En el mes de septiembre de 2011, SMU consultó a este H. Tribunal una operación de concentración, consistente en la fusión de éste con Supermercados del Sur S.A. (“**Supermercados del Sur**”). Luego del correspondiente análisis, la Resolución N°43/2012 de fecha 12 de diciembre de 2012 dictada por este H. TDLC consideró que la operación consultada podía reducir sustancialmente la competencia, al producir riesgos unilaterales y coordinados, a menos que ésta se sometiera a las medidas de mitigación que este mismo H. Tribunal consideró como idóneas para mantener la competencia en los mercados⁴.
10. Este H. Tribunal consideró que una desinversión era necesaria en este caso, añadiendo que *“para que las desinversiones sean capaces de morigerar los efectos en el mercado que produce esta concentración, deben servir de base para la pronta entrada de un competidor efectivo”*. En atención a aquello, la misma resolución señaló que *“no se permitirá que los activos de los que deberá desprenderse SMU puedan ser adquiridos por empresas incumbentes que posean más de veinticinco por ciento del mercado supermercadista a nivel nacional, en términos de ventas anuales, a la fecha de dictación de esta resolución”*⁵.
11. En definitiva, el H. Tribunal impuso las siguientes medidas de mitigación (“**Medidas de Mitigación**”)⁶:
- a) Condición Primera: ordenó la enajenación de: (i) locales en Casablanca, Chimbarongo, San Carlos, Tomé, Penco, San Pedro de la Paz, Chiguayante, Lota, Angol, Temuco, Panguipulli, Valdivia, La Unión, Río Bueno, Frutillar, Puerto Montt, Ancud y Coyhaique; (ii) centros de distribución en que operaba Supermercados del Sur en Concepción, Osorno y Pudahuel; y (iii) al menos una de las marcas comerciales de la entidad resultante de la operación. Lo anterior dentro de un periodo de ocho meses. Se dispuso que dichos activos debían ser adquiridos como una sola unidad económica y que el adquirente, no relacionado a SMU, no podía tener una participación superior al 25% en las ventas del mercado supermercadista a nivel nacional, medida en términos de ventas anuales a la fecha de la resolución y que además debía informarse al Fiscal Nacional Económico de cada etapa de la desinversión (“**Condición Primera**”).

⁴ H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p. 115.

⁵ Ibid., p. 115.

⁶ Ibid., pp. 177-122.

- b) Condición Segunda: ordenó que mientras no se produjere la enajenación, debían mantenerse los locales en operación, equiparando los precios a los de la localidad más cercana y pactando con los proveedores precios que no fueran desfavorables en comparación con la capital regional más cercana.
 - c) Condición Tercera: ordenó la enajenación de la participación que SMU tenía en Supermercados Montserrat S.A., dentro del plazo y en las condiciones previstas para la Condición Primera.
 - d) Condición Cuarta: SMU y sus relacionadas debían modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas de supermercados adquiridas por Supermercados del Sur, ajustándolas a un plazo máximo de dos años, debiendo comunicar a cada una de las personas obligadas por tales cláusulas su renuncia a los derechos en ellas conferidos, remitiendo copia de aquello a esta Fiscalía.
 - e) Condición Quinta: SMU y sus relacionadas debían establecer términos y condiciones generales de contratación, públicos, complementarios de sus acuerdos individuales y que establecieran aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros en su relación con proveedores.
 - f) Condición Sexta: Finalmente, SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista -ya sea en su segmento mayorista o minorista- en que intervenga, directamente o a través de sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores (“**Condición Sexta**”).
12. Cumpliendo lo ordenado en la Resolución N° 43/2012, y puntualmente en la Condición Primera, SMU desinvertió un paquete de activos destinados a supermercados, entre los que se encontraba el Inmueble. Dicho paquete fue adquirido por el grupo empresarial de la familia Villablanca, que lo operó bajo la marca “*Bigger*”, entre 2014 y 2015⁷.

⁷ Dice la Consulta: “[l]a unidad económica – incluyendo el Local Valdivia – fue adquirida el año 2014 por Network Retail SpA, empresa que el año 2015 salió del mercado, producto de su solicitud de reorganización judicial y luego su liquidación voluntaria”, p. 1.

1.4 La demanda de Conadecus contra Cencosud

13. Con fecha 28 de septiembre de 2016, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“**Conadecus**”) presentó ante el H. Tribunal una demanda contra Cencosud, la cual fue tramitada bajo el rol C-315-2016. En esa demanda Conadecus argumentaba que el Contrato de Arrendamiento celebrado por Cencosud Shopping Centers S.A. con Inmobiliaria Catedral S.A., en el cual esta última dio en arriendo a la primera el Inmueble, habría infringido el inciso primero del artículo 3° del DL 211.
14. A juicio de la demandante, el primer motivo que causaría dicha infracción se justificaría en el incumplimiento, por parte de Cencosud, de la Condición Primera de las Medidas de Mitigación establecidas en la Resolución N°43/2012, pues al tener Cencosud más del 25% del mercado supermercadista a nivel nacional, se vería obligada por lo señalado en dicha condición. El segundo motivo sería el incumplimiento del deber de consulta establecido en el Acuerdo Conciliatorio, pues el Contrato de Arrendamiento sería una operación de concentración que debió haber sido sometida al control de este H. Tribunal de manera previa a su perfeccionamiento⁸.
15. Este H. Tribunal resolvió el asunto con fecha 9 de noviembre de 2017 mediante la Sentencia N°159/2017. En ésta se señaló que la finalidad de una de las Medidas de Mitigación, esto es la Condición Primera, era restablecer las condiciones competitivas luego de la fusión entre SMU y Supermercados del Sur, siendo el destinatario de dicha medida el mismo SMU y no posteriores adquirentes que también resulten competidores en el mercado, como Cencosud. El H. TDLC rechazó por tanto que el Contrato de Arrendamiento haya conllevado una infracción por incumplimiento de dicha medida⁹. Adicionalmente, señaló que el Contrato de Arrendamiento no podía

⁸ En su contestación, Cencosud señaló que Conadecus pretendía extralimitar la Condición Primera de la Resolución N°43/2012 al extender sus efectos con posterioridad al cumplimiento cabal de la Medida de Mitigación y las otras condiciones establecidas. Añadió además que no debía consultar a este H. Tribunal la operación, puesto que el Inmueble no tenía la suficiencia necesaria para que ésta, como activo, diera lugar a una operación de concentración, no siendo más que un casco vacío utilizable para cualquier tipo de actividad del *retail* que requiere de una gran superficie, tal como una tienda de mejoramiento del hogar.

⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°159/2017. En dicha oportunidad el H. Tribunal señaló que la obligación de enajenar que pesaba sobre SMU recaía sobre una unidad económica, un conjunto de bienes entre los cuales se encontraba el Inmueble, descartándose entonces que aquella obligación recayera sobre bienes específicos, integrantes o no de la mentada unidad. De esta manera, el H. Tribunal resolvió que SMU dio cumplimiento a la obligación impuesta en la Resolución N°43/2012 al enajenar la unidad económica conformada por el conjunto de bienes individualizados en la misma resolución, y que no resultaba procedente declarar el incumplimiento de la Medida de Mitigación.

ser considerado una operación de concentración, pues para que ello ocurra deben reunirse ciertas condiciones que en este caso no aplican, principalmente porque el Inmueble tendría la categoría de *activo desnudo*¹⁰.

16. Contra la Sentencia N°159/2017, Conadecus interpuso recurso de reclamación, el cual fue resuelto por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 24 de febrero del año en curso. En esa sentencia, el máximo tribunal revocó lo resuelto por el H. Tribunal y declaró que Cencosud habría incumplido la Resolución N°43/2012 y el Acuerdo Conciliatorio.
17. Respecto al incumplimiento de la Resolución N°43/2012, la Excelentísima Corte señaló que el DL 211 tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia como, asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico, en los términos contemplados por la

¹⁰ En este sentido, la la Corte Suprema del Reino Unido ha distinguido entre “*Enterprise*” (símil a la noción de “agente económico” del DL 211) y activos desnudos (o “*bare assets*”), señalando: “[...] *la finalidad de distinguir entre*” *activos desnudos*” y *activos sumados a una “empresa”, es prevenir que el régimen de control de fusiones revise la adquisición de activos que simplemente sirven como factores de producción en una nueva empresa, o como medios de crecimiento orgánico. Está diseñado para distinguir un caso donde el adquirente adquiere un negocio explotando una combinación de activos del caso donde adquiere no más de lo que podría haber adquirido en el mercado, comprando equipamientos, contratando trabajadores, y así, separadamente [...]* Así, para que los activos a adquirir sean considerados una “*empresa*”, (i) deben proveer más que aquellos que podrían haber sido adquiridos en el mercado, comprando factores de producción; y (ii) este extra debe ser atribuible al hecho de que los activos fueron previamente empleados combinadamente en las “*actividades*” de la empresa adquirida [...]. Claramente, mientras mayor sea el intervalo entre el cese de los negocios de la empresa adquirida y la adquisición del control de sus activos, es menos probable que se cumpla cualquiera de estos criterios”). Traducción libre del inglés: “*The object of distinguishing between “bare assets” and assets amounting to an “enterprise” is to prevent the merger control regime from capturing an acquisition of assets which simply serve as factors of production in a new enterprise or as a means of achieving organic growth. It is designed to distinguish a case in which the acquirer acquires a business exploiting a combination of assets and a case where he acquires no more than he might have acquired by going into the market and buying equipment, hiring employees, and so forth separately. [...] So if the assets of which he acquires control are to be regarded as constituting an “enterprise”, (i) they must give him more than he might have acquired by going into the market and buying factors of production, and (ii) the extra must be attributable to the fact that the assets were previously employed in combination in the “activities” of the target enterprise [...]. Plainly, the longer the interval between a target enterprise’s cessation of trading and the acquisition of control of its assets, the less likely it is that either criterion will be satisfied*”. and *assets amounting to an “enterprise” is to prevent the merger control regime from capturing an acquisition of assets which simply serve as factors of production in a new enterprise or as a means of achieving organic growth. It is designed to distinguish a case in which the acquirer acquires a business exploiting a combination of assets and a case where he acquires no more than he might have acquired by going into the market and buying equipment, hiring employees, and so forth separately. [...] So if the assets of which he acquires control are to be regarded as constituting an “enterprise”, (i) they must give him more than he might have acquired by going into the market and buying factors of production, and (ii) the extra must be attributable to the fact that the assets were previously employed in combination in the “activities” of the target enterprise [...]. Plainly, the longer the interval between a target enterprise’s cessation of trading and the acquisition of control of its assets, the less likely it is that either criterion will be satisfied*”. Este criterio ha sido utilizado por esta Fiscalía. Véase Informe de aprobación de la adquisición de activos de Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada y don José Luis Cisternas Zañartu por parte de Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., rol FNE F227-2020, p. 5).

Constitución Política de la República. En ese contexto, el máximo tribunal reconoció que una de las limitaciones al derecho a la libre iniciativa económica (contemplado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República) viene dada por las normas de libre competencia contenidas en el DL 211¹¹, dentro de las cuales los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211 facultarían a este H. TDLC para fijar condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión, ejerciendo en ello una potestad consultiva – preventiva.

18. Que, en este contexto, el máximo tribunal consideró que el razonamiento esgrimido tanto por Cencosud como por el H. TDLC, en el sentido que la Condición Primera de las Medidas de Mitigación se circunscribiría a la desinversión de SMU, no habría sido adecuado, toda vez que dicha medida no había sido modificada por el H. TDLC. A su vez, señaló que la Condición Primera suprimiría la posibilidad de que los activos del paquete de desinversión (dentro del que se encontró el Inmueble) fuesen adquiridos de manera disgregada, entre otros, por un actor respecto de quien dicha adquisición no estaba permitida, entre los cuales se encontraba Cencosud¹².
19. Consecuentemente, la Excelentísima Corte Suprema consideró que si Cencosud pretendía adquirir influencia decisiva sobre el Inmueble debió haberlo hecho mediante un procedimiento no contencioso destinado a modificar la Condición Primera de las Medidas de Mitigación, pues se encontraba vinculada por ésta. En ese contexto, reafirmada la vigencia de dicha medida y habiéndose verificado su incumplimiento, la Excelentísima Corte determinó que debía reprocharse la conducta, independiente de un eventual cambio en las condiciones competitivas, sin que el sentido y alcance de la Condición Primera pudiese ser modificado en un procedimiento contencioso¹³.
20. En cuanto al Acuerdo Conciliatorio, la Excelentísima Corte Suprema consideró que el Inmueble sí cumplía con los criterios que tanto la jurisprudencia como la FNE han

¹¹ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 (rol N° 44.266-2017). En el considerando duodécimo de dicho fallo la Corte Suprema señala: “[e]n el contexto descrito, la regla general establecida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial y el derecho consagrado en el artículo 23 de la mencionada Carta Fundamental, esto es el derecho a adquirir toda clase de bienes, cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus competidores y por ende se ponga en peligro el bien común” (considerando duodécimo).

¹² CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 (Rol N°44.266-2017), considerando décimo séptimo.

¹³ *Ibíd.*

considerado para dar relevancia a los activos objeto de una operación, descartándose que éstos tengan la naturaleza de *activo desnudo* que le reconoció la Sentencia N°159/2017¹⁴.

21. En base a lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema concedió la demanda, disponiendo el cese de la conducta anticompetitiva mediante la desinversión del Inmueble – con las restricciones impuestas en la Resolución N°43/2012 – dentro de un plazo máximo de seis meses, o bien el inicio de un procedimiento de consulta en un plazo no superior a tres meses.

1.5 Situación actual

22. Cumpliendo lo señalado en el fallo del máximo tribunal, Cencosud formuló la presente Consulta respecto de la adquisición del Inmueble, solicitando la aprobación del Contrato de Arrendamiento y el alzamiento de la Condición Primera para la ciudad de Valdivia.
23. Al respecto, esta Fiscalía se pronunciará respecto de la solicitud de Cencosud, consistente en la aprobación pura y simple del Contrato de Arrendamiento y modificación parcial de la Condición Primera, eliminando aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia.
24. Por tanto, esta Fiscalía hace presente que limitó su análisis a las condiciones competitivas del mercado supermercadista en la ciudad de Valdivia en relación con el Contrato de Arrendamiento, en los términos que se expondrán más adelante, a fin de poder justificar las conclusiones arribadas respecto al mismo y a la solicitud de modificación de la Condición Primera, haciéndose presente que no ha sido tratado en el presente aporte de antecedentes la materia que fue objeto del procedimiento Rol N°315-2016, seguida ante este H. Tribunal, culminado con la Sentencia N° 159/2017 y, en definitiva, con la sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 tramitada bajo el Ingreso Corte Suprema N° 44.266-2017.

¹⁴ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 (Rol N°44.266-2017), considerando primero.

2. PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN

2.1 Competencia del H. TDLC para conocer la solicitud de la Consulta

25. Tanto este H. Tribunal¹⁵ como la Fiscalía han considerado¹⁶ que esta magistratura es el órgano competente para conocer y revisar medidas de mitigación impuestas en el marco de un procedimiento no contencioso, de acuerdo al régimen jurídico vigente antes de la ley 20.945.
26. La facultad del H. TDLC para modificar las medidas de mitigación impuestas en procedimientos contenciosos y no contenciosos está contenida en el artículo 32 del DL 211¹⁷, el cual permite el cambio de las mismas cuando nuevos antecedentes permiten variar la calificación de los actos que son objeto de ellas. Dicha norma dispone: “[...]os actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.
27. Aquello tiene como finalidad otorgar certeza a los agentes económicos, en el sentido que actuando ajustados a una autorización no recibirán un reproche *ex post*. Sin

¹⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°117/2011. En autos caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone”, Rol N° C-156-2008, al discutir la procedencia de la prescripción alegada se señala: “[...] dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser **objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron**, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad. Mientras ello no ocurra, las condiciones establecidas en esas resoluciones permanecen vigentes y su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3 del D.L. N° 211. La prescripción, en suma, no es la manera que el derecho establece para extinguirlas, sino **su revisión en un nuevo procedimiento en el que se acredite la mutación o cambio antes mencionado, lo que el legislador contempló expresamente en el artículo 32, inciso 1º, del D.L. N° 211**”. Considerando Vigésimo primero.

¹⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, presentación ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 13 de enero de 2020 en el expediente rol NC-461-2019, caratulado “Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N°1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007”, pp. 20-28.

¹⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°147/2015. En efecto, conforme se indicó en esta sentencia, “[...] en materia de libre competencia, **la autorización legal necesaria para modificar las medidas de este Tribunal está contenida en el artículo 32º del D.L. N° 211**, que permite el cambio de las medidas cuando nuevos antecedentes permitan variar la calificación de competitivos o anticompetitivos de los actos objeto de las mismas.”.

embargo, también ha servido de fundamento para que, de acuerdo a lo señalado por este H. TDLC, puedan ser modificadas medidas de mitigación que éste haya impuesto con anterioridad¹⁸.

28. Consecuentemente, mantenemos la opinión que esta Fiscalía, en el sentido que el H. Tribunal es el órgano competente para conocer de la presente consulta y modificar, si lo estima conveniente, la Medida de Mitigación en los términos solicitados por la Consulta.

2.2 Estándar aplicable para la revisión y/o alzamiento de medidas de mitigación impuestas como condición para perfeccionar una operación de concentración

29. Según sostiene la doctrina¹⁹, la resolución que fija condiciones en el marco de un procedimiento de consulta es lo que se denomina una resolución *constitutiva*, creadora de un estado jurídico que no existía previamente²⁰. En ese sentido, el H. Tribunal ha resuelto que procede la revisión de condiciones impuestas en el marco de un procedimiento de consulta sobre la base de nuevos antecedentes, que constituyan un cambio de circunstancias respecto de aquellas que se tuvieron a la vista para imponerlas²¹.
30. La Sentencia N°147/2015 de este H. Tribunal señala que las modificaciones de medidas de mitigación dictadas por éste tienen una naturaleza de pretensión constitutiva modificatoria, las cuales *“tienen por objeto un cambio en el estado jurídico existente en virtud de una norma legal que autoriza al juez a crear dicho cambio si concurren los presupuestos establecidos en la norma”*²² y que *“están regidas por el*

¹⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°147/2015, p. 59. En este mismo sentido: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, presentación ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 13 de enero de 2020 en el expediente rol NC-461-2019, caratulado “Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N°1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007”, pp. 20-28.

¹⁹ ROMERO SEQUEL (2017): “El carácter de los actos del Tribunal de Libre Competencia, Revista Jurídica Digital UANDES 1, pp. 118-125.

²⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, presentación ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 13 de enero de 2020 en el expediente rol NC-461-2019, caratulado “Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N°1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007”, pp. 20-28. En el mismo sentido: ROMERO SEQUEL (2017): *El carácter vinculante de los actos del Tribunal de Libre Competencia*. En: Revista Jurídica Digital UANDES, pp. 118-125.

²¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°18/2006, p. 15.

²² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°147/2015, considerando centésimo cuarto.

*principio rebus sic stantibus que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer principalmente su eficacia y justicia*²³. En este mismo sentido la Resolución N°53/2018 de este H. Tribunal señala que “[l]a posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio”²⁴.

31. La Fiscalía considera que el estándar apropiado para analizar la procedencia de la revisión de las condiciones impuestas por medio de una resolución que autoriza el perfeccionamiento de una operación de concentración debe ser de naturaleza finalista. En este contexto, resulta atinente identificar los elementos que hacen que las medidas dejen de corresponder a su fin, para decretar su modificación o extinción²⁵.
32. En definitiva, en el marco de un procedimiento en que un agente económico solicite a este H. Tribunal el alzamiento, revocación o modificación de medidas de mitigación impuestas por éste como condición para el perfeccionamiento de una operación de concentración, corresponde analizar los nuevos antecedentes que, a la luz del artículo

²³ Ibid., considerando centésimo quinto.

²⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°53/2018, párrafo 123.

²⁵ En este sentido véase la Guía de Remedios de la COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (“CMA”), que establece que uno de los motivos por los cuales se pueden modificar las medidas de mitigación establecidas en el contexto del control de operaciones de concentración es la ocurrencia de un cambio de circunstancias en el mercado afectado, de magnitud tal que torne a las medidas inapropiadas para resguardar el fin que pretendían cautelar (Annex 2, Enterprise Inns plc. / Laurel Pub Group Limited, en *Administrative, provisional and final decisions on reviews of 12 Enterprise Act 2002 merger remedies*, publicada por la CMA y disponible online en: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/56bb0cb7e5274a0366000014/Admin-prov-final-decisions-reviewofEA02mergerremedies.pdf>> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

En este sentido la CMA ha considerado que concurre dicho cambio cuando las medidas de mitigación ya no son prácticas en su ejecución por el autorizado, o incluso cuando ya no existen los riesgos en virtud de los cuales se ha impuesto la medida. Del mismo modo, si los antecedentes no son concluyentes para sustentar un cambio de circunstancias relevante, la práctica consistente de la CMA ha sido mantener las medidas (casos *GWR Group plc / Scottish Radio Holdings plc, Galaxy Radio Wales and the West Ltd* (2003), *Greene King plc / Laurel Pub Holdings Limited* (2004) y *Hanson plc / Pioneer International Ltd* (2000)).

Igualmente, la Comisión Europea contempla la posibilidad de una revisión excepcional de las medidas con las cuales ha sido aprobada una operación de concentración, la cual será procedente siempre que acaezca una modificación de circunstancias que reúna tres requisitos copulativos, a saber: (i) que el cambio sea significativo – que cuente con una magnitud tal que altere la naturaleza de los riesgos tenidos a la vista para fundar la resolución de la autoridad de competencia –; (ii) que el cambio sea permanente, es decir, debe tratarse de un cambio no transitorio y cuya permanencia en el tiempo pueda razonablemente argumentarse; y (iii) que el cambio torne las medidas inoficiosas e inconducentes – esto es, que dejen de operar en el sentido esperado por la autoridad de competencia que las impuso – (casos M.3770, *Lufthansa / Swiss.*, N° OMP/ M.950, *Hoffmann – La Roche / Boehringer Mannheim*).

32 del DL 211, deben concurrir para acreditar que ha acontecido un cambio significativo y de carácter permanente en la estructura del mercado, que torne las medidas de mitigación ineficaces o inconducentes para el fin originalmente perseguido con su imposición²⁶.

²⁶ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, presentación ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 13 de enero de 2020 en el expediente rol NC-461-2019, caratulado “Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N°1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007”, pp. 20-28. En el mismo sentido: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, presentación ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 13 de diciembre de 2019 en el expediente rol NC-459-2019, caratulado “Consulta de VTR Comunicaciones SpA sobre alzamiento de condiciones impuestas por la Resolución N°1/2004”, pp. 15 y ss.

3. ANÁLISIS COMPETITIVO

3.1 Industria

3.1.1 Descripción general

33. Entendemos como supermercado a un establecimiento comercial de gran superficie, destinado a la distribución minorista, principalmente de productos de alimentación, artículos del hogar y no alimenticios de consumo frecuente²⁷.
34. Este H. Tribunal ha señalado que en esta industria pueden distinguirse tres tipos de actores, en razón de su relación comercial con los demás participantes. En primer lugar, podemos mencionar a los locales de distribución minorista o supermercados, los cuales comercializan bienes al detalle mediante establecimientos de autoservicio, conocidos como supermercados o hipermercados, cuyos productos son adquiridos a proveedores con el objeto de venderlos a los consumidores finales. En segundo lugar, podemos mencionar a los proveedores, que son actores que manufacturan y/o distribuyen dichos bienes a comerciantes minoristas. Y, en tercer lugar, encontramos a los consumidores finales, quienes compran y se abastecen de distintos bienes en los supermercados²⁸⁻²⁹.

3.1.2 Principales actores

35. Las ventas de supermercados a nivel nacional se concentran mayoritariamente en cuatro grupos empresariales, de los cuales únicamente los tres primeros tienen presencia en la ciudad de Valdivia:
- a) Walmart: este grupo, de capitales estadounidenses, es la cadena de supermercados más grande del país en base a ingresos, operando alrededor de 230 tiendas bajo las marcas *Líder*, *Líder Express*, *Acuenta* y *Central Mayorista*.

²⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2007): Análisis económico de la industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N°101/2006. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/02/Analisis-economico.pdf>> (última consulta 26 de agosto de 2020). En el mismo sentido: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p. 23.

²⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°9/2004, pp. 14-15.

²⁹ En el mismo sentido, requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Walmart Chile S.A., Cencosud S.A. y SMU S.A. de fecha 6 de enero de 2016, por colusión en el mercado de la carne de pollo fresca. p. 11.

- b) Cencosud: este grupo, de capitales chilenos, ocupa el segundo lugar en la industria, operando aproximadamente 247 locales bajo las marcas *Jumbo* y *Santa Isabel*.
 - c) SMU: este grupo, también de capitales nacionales, ocupa el tercer lugar en la industria, operando aproximadamente 297 locales bajo las marcas *Unimarc* y *Mayorista 10*.
 - d) Grupo Falabella: este grupo, también de capitales chilenos, ocupa el cuarto lugar a través de su marca *Tottus*, que opera su filial Hipermercados Tottus S.A. ("**Tottus**"), con 70 locales en el país.
36. Dichas cadenas capturarían gran parte de la demanda presente en la industria, destacando por su infraestructura, escala y alcance, extendiéndose por casi todo el territorio de la República³⁰.
37. Esta Fiscalía ha podido notar que las distintas cadenas y marcas de supermercados han ido logrando, con el pasar del tiempo, un posicionamiento en el mercado mediante distintas estrategias competitivas, a través de las cuales pretenden imprimir una diferenciación entre las distintas marcas³¹.
38. Walmart trata de diferenciar su oferta mediante una estrategia de precios bajos. No obstante, y especialmente mediante sus supermercados Líder, apunta también a una estrategia de variedad, lo que la lleva a competir intensamente con aquellas cadenas que tienen una cartera de productos variada y de calidad, como Cencosud³². SMU, por su parte, mediante su supermercado Unimarc, apunta a una demanda que valora igualmente productos de calidad y variedad aunque con cierta sensibilidad al precio, la que satisface mediante una publicidad intensiva en promociones³³.

³⁰ Memoria de SMU S.A. del año 2019, disponible vía web en: <https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=857c82506ad9cff8e9acc7be59a6831bVFdwQmVVMUVRWHBOUkVFeVRWUIJkMDISUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1596817523> (última consulta: 26 de agosto de 2020) ("**Memoria de SMU**"), p.24.

³¹ En este sentido, véase EMEK BASKER; Michael Noel (2012): Competition. "*Challenges in the Supermarket Sector with an Application to Latin American Markets*", p.9.

³² Reporte de Responsabilidad Corporativa de Walmart Chile S.A., disponible vía web en: <<https://www.diariosustentable.com/wp-content/uploads/2018/02/WALMART.pdf>> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

³³ Memoria de SMU, p.24.

39. Cencosud, por su lado, mantiene dos cadenas de supermercados, con las marcas Jumbo y Santa Isabel, que apuntan a sectores distintos de la demanda. Santa Isabel tiene una estrategia de negocios que va en línea con mantener precios competitivos y variedad de productos. Jumbo busca mantener un sólido posicionamiento de marca en un sector de la demanda que – teniendo mayores ingresos – reclama variedad y calidad en los productos que se comercializan³⁴⁻³⁵.
40. Finalmente, Falabella, a través de Tottus, pretende diferenciarse en el mercado con establecimientos amigables tanto física como digitalmente, ofreciendo gran variedad de productos y con especial énfasis en marcas propias que le han propiciado disponer de precios más competitivos³⁶.
41. Existe también un segmento de supermercados mayoristas, cuyo público objetivo es *business to business*, sin perjuicio de poder atender también a consumidores finales. Entre los clientes más relevantes de este segmento se encuentran los almacenes de barrio y el canal de hoteles, restaurantes y casinos (Horeca). De acuerdo a un actor de la industria, las principales marcas con las que los antedichos actores operan en este segmento serían Alvi y Mayorista 10 – de SMU –, Central Mayorista– de Walmart –, Precio Uno – de Falabella – y La Caserita, entre otros³⁷.

3.1.3 Competidores locales

42. Habiendo expuesto las características generales de la industria supermercadista y aquellos actores con presencia nacional, corresponde centrarse en la ciudad de Valdivia, lugar donde se emplaza el Inmueble que es objeto del Contrato de Arrendamiento suscrito por Cencosud.
43. Como ya se mencionó, en la ciudad de Valdivia se encuentran presentes todas las cadenas nacionales de supermercados que se han mencionado precedentemente,

³⁴ Memoria de Cencosud S.A. del año 2019, disponible vía web en: <http://s2.q4cdn.com/740885614/files/doc_financials/2019/ar/Memoria-Anual-Integrada-Cencosud-14042020v2.pdf> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

En el mismo sentido se encuentra la descripción que, para sus distintos supermercados, hace el sitio web de Cencosud, en : <<https://www.cencosud.com/supermercados-chile/cencosud/2016-01-21/130847.html>> (última consulta: 12 de agosto de 2020).

³⁵ Declaración de don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A., quien con fecha 3 de agosto de 2020 señaló: **[1]**.

³⁶ Reporte de sostenibilidad de Tottus 2018, disponible vía web en <<https://www.tottus.com.pe/static/pdf/reporte-de-sostenibilidad-tottus-2018.pdf>> (Última visita 26 de agosto de 2020).

³⁷ Memoria de SMU, p. 26.

excepto Tottus. En la Sección 3.2 siguiente de mercado relevante, se expone una descripción detallada de sus participaciones en dicha comuna.

44. Además, existen supermercados de menor escala activos en la ciudad de Valdivia. Dentro de estos competidores encontramos a Eltit S.A. (“**Supermercados Eltit**”), cadena con presencia en las ciudades de Villarrica, Pucón y Valdivia, que ingresó hace pocos años a la ciudad. También encontramos al grupo de supermercados Teja Market – Mi Barrio que, con distintos formatos, tiene presencia en diversos barrios de la ciudad de Valdivia (ambos supermercados operan bajo una misma razón social: Comercial Mi Barrio Limitada).
45. Luego, es posible reconocer otros actores menores con ubicación local y presencia en la ciudad de Valdivia, que operan bajo la marca El Trébol y Puritán³⁸.
46. En cuanto a las características de cada uno, podemos señalar que Eltit apunta a un sector de la población que es **[2]**³⁹. Teja Market y Mi Barrio, por su parte, **[3]**⁴⁰.

3.1.4 Evolución del número de actores

47. Desde la Resolución N°43/2012 hasta la fecha ha existido una evolución relevante de los supermercados presentes en la ciudad de Valdivia. En particular, se han producido cinco entradas y cuatro salidas. En 2013 salieron de operación dos locales de SMU, uno ubicado en la Avenida Simpson N°499 y otro en calle René Schneider N°3.722⁴¹. El siguiente año también cesó en su operación en el Inmueble la cadena Bigger y, en 2016, salió de operación otro local de SMU, esta vez en Avenida Ramón Picarte N°323⁴².
48. Los supermercados que SMU dejó de operar en el año 2013, en calle René Schneider 3722 y Av. Simpson 499 fueron adquiridos por un operador local, El Trébol. En 2014 se produjo la entrada de un local de supermercado de Teja Market en calle Los

³⁸ Los competidores locales de uno o dos centros comerciales, aunque menos cercanos competitivamente a Cencosud que los competidores de cadena, compiten igualmente dentro del mismo mercado relevante.

³⁹ Declaración de don Miguel Krause Gutiérrez, Gerente Comercial de Eltit S.A. de fecha 6 de agosto de 2020, quien declaró: **[4]**.

⁴⁰ Declaración de don Héctor Segovia Velásquez, Gerente de Finanzas de Supermercados Mi Barrio y Teja Market de Valdivia de fecha 7 de agosto de 2020, quien declaró: **[5]**.

⁴¹ Dichos inmuebles actualmente son operados por El Trébol.

⁴² Donde actualmente hay distintos locales comerciales.

Helechos N°500⁴³. Además, en 2017, se produjeron dos entradas: el local Jumbo de Valdivia, ubicado en el Inmueble, y un supermercado Líder en calle Carlos Anwandter N°930. Finalmente, Eltit entró en 2018 en calle Camilo Henríquez N°780, posicionándose en poco tiempo como un actor relevante en la ciudad, con uno de los locales de mayor superficie⁴⁴. A continuación, la Tabla 1 siguiente describe la situación de entradas y salidas, agrupadas por grupo empresarial:

Tabla 1. Entradas y salidas de supermercados en Valdivia (2013-2020)

Grupo empresarial	Entrada	Salidas	Año	Superficie (m2)
SMU	-	Av. Simpson 499	2013	S/I
	-	R. Schneider 3722	2013	S/I
	-	Ramón Picarte 323	2016	S/I
	-	Errázuriz 1040	2014	5050
Teja Market	Los Helechos 500	-	2016	1325
Cencosud	Errázuriz 1040	-	2017	5050
Eltit	C. Henríquez 780	-	2018	7391
El Trébol	Av. Simpson 499	-	2014	S/I
	R. Schneider 3722	-	2015	S/I
Bigger	Errázuriz 1040	-	2014	5050
	-	Errázuriz 1040	2015	5050

Fuente: Elaboración propia con datos públicos y aportados por terceros.

3.1.5 Importancia de los centros de distribución

49. Tal como reconoce la misma Resolución N°43/2012, la escala de operación de las principales cadenas de supermercados les permite obtener significativas ventajas de costos, tales como, por ejemplo, la capacidad de obtener mejores condiciones de aprovisionamiento, negociando menores precios con sus proveedores⁴⁵, lo cual como

⁴³ Según señaló don Héctor Segovia Velásquez, Gerente de Finanzas de Supermercados Mi Barrio y Teja Market de Valdivia, en su declaración de fecha 7 de agosto de 2020.

⁴⁴ Respuesta de Supermercados Eltit al oficio ORD. N°1259-2020 de 21 de julio de 2020, correlativo ingreso N°2571-20. En ésta se señala que el supermercado de calle Camilo Henríquez N°780 tiene una superficie de 7.391 metros cuadrados. En comparación, el Líder de calle Bueras N°1.400 tiene 5.902 metros cuadrados de superficie y el Inmueble, el Jumbo de Valdivia, tiene 5.050 metros cuadrados.

⁴⁵ De acuerdo a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, las ventajas de costos vendrían dadas por el volumen de compra, que permitiría a los supermercados de cadena abastecerse a costos menores que aquellos que sólo tienen presencia local. Además, las condiciones de aprovisionamientos serían mejores puesto que los supermercados de cadena pueden instalar y operar centros de distribución centralizados, que le permiten adquirir y almacenar vastos volúmenes de mercadería que luego son distribuidos entre los distintos locales según sus necesidades. Finalmente, al ser los supermercados una de las vías principales de comercialización de distintos productos, y teniendo los supermercados de cadena una capacidad de compra relevante, éstos ejercen un poder de negociación significativo respecto de distintos proveedores con los cuales se abastecen. En este sentido, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N°43/2012, p. 39.

veremos *infra*, se ve acentuado por el desarrollo de marcas propias de los supermercados⁴⁶.

50. Ha demostrado ser de vital importancia para las cadenas de supermercados el desarrollo de redes propias de distribución, las cuales pueden implementarse cuando se trata de empresas de gran tamaño. Aquello les permite contar con economías de densidad considerando su titularidad y operación de múltiples locales, capaces de compartir costos de distribución⁴⁷. Todo lo anterior permite ahorrar el costo que genera almacenar inventario en las superficies de los locales comerciales y reduce las exigencias de personal para la recepción de la mercadería⁴⁸.
51. Las reducciones de costos que conllevan estas economías de escala y densidad aumentan el tamaño óptimo de cada cadena de supermercados. Ello hace especialmente complejo – dadas las características del mercado chileno – que frente a una posibilidad de ejercicio de poder de mercado por parte de los incumbentes se produzca suficiente presión competitiva por parte de actores menores⁴⁹⁻⁵⁰.

3.1.6 Comercio electrónico

52. En términos generales, como esta Fiscalía ya ha definido en informes anteriores⁵¹, el comercio electrónico comprende aquellos intercambios de bienes y/o servicios que se producen mediante internet, ya sea a través del uso de un sitio *web* o mediante una aplicación de teléfono móvil. Los intercambios por medios electrónicos obedecen a un fenómeno global, que se encuentra en expansión en Chile y en el mundo⁵². Si en

⁴⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N°43/12, p. 48.

⁴⁷ A este respecto se ha dicho: “*Holmes (2011) identifica una forma especial de economías de escala, que él llama “economías de densidad”. El término se refiere a la habilidad de una cadena con alta densidad de tiendas a nivel local de compartir costos entre estas cadenas, por ejemplo en publicidad local, rutas de distribución compartidas y gestión de labores cruzadas entre tiendas cercanas*”. Traducción libre del inglés, cuyo texto señala: “*Holmes (2011) identifies a special form of economies of scale, which he calls “economies of density”. The term refers to the ability of a chain with a high local store density to share costs across those stores, for example in local advertising, shared delivery routes, and management cross-training in nearby stores*”. BASKER, Emek y NOEL, Michael (2012): Competition Challenges in the Supermarket sector with an Application to Latin American Markets p.5. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/12/Competition-Challenges-in-the-Supermarket-Sector.pdf>> (última consulta: 25 de agosto de 2020).

⁴⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N°43/12, p. 48.

⁴⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N°43/12, pp. 48 y 49.

⁵⁰ Declaración de don Héctor Segovia Velásquez, Gerente de Finanzas de Supermercados Mi Barrio y Teja Market de Valdivia de fecha 7 de agosto de 2020. En esa ocasión se señaló que [6]. Asimismo, don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A. declaró con fecha 3 de agosto de 2020 que: [7].

⁵¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020): Informe de aprobación. Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc. Rol FNE F217-2020.

⁵² OCDE (2018): *Implications of E-commerce for Competition Policy – Note by France*, p. 2.

el año 2015 las ventas por medios electrónicos alcanzaban en Chile a los 2.480 millones de dólares, en el año 2019 las mismas llegaron a 6.079 millones de dólares⁵³. Resulta un hecho indiscutible que el comercio electrónico se ha consolidado como un sector dinámico y en expansión dentro de nuestra economía⁵⁴.

53. La industria de supermercados no ha quedado fuera del comercio electrónico y ha experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años. Sin embargo, al día de hoy el desarrollo de ventas en línea de supermercados es aún incipiente. Así, la cadena de supermercados que posee mayor porcentaje de ventas en línea alcanza un 3,6%⁵⁵. Cabe mencionar que en Valdivia no todos los actores tienen mecanismos de venta a través de medios digitales, existiendo algunos que sólo recientemente, y frente a la contingencia, han implementado algún tipo de método de venta no presencial⁵⁶.
54. Finalmente, es menester señalar que la actual crisis sanitaria derivada de la pandemia de Covid-19 ha tenido efectos considerables en el desarrollo del comercio electrónico en el canal supermercadista. Ésta ha provocado la disminución, al menos temporal, de las ventas presenciales, motivando como reacción la aceleración de ciertos patrones de consumo que ya se venían exhibiendo en la industria, lo que ha repercutido en los segmentos en donde operan las distintas cadenas de supermercados⁵⁷.

3.1.7 Proveedores e insumos

55. Como se mencionó *supra*, la actividad de los supermercados consiste en la intermediación de los bienes de consumo diario que comercializan los proveedores

⁵³ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, Centro de Economía Digital (2018): Tendencias del comercio electrónico en Chile. Disponible vía web en <<https://www.ccs.cl/html/estudios/LEVER-ECD2018-CCS.pdf>> (Última revisión 26 de agosto 2020) ("**Estudio de la CCS**").

⁵⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, publicación vía web del día 2 de marzo de 2020. Disponible vía web en <<https://www.ecommerccecs.cl/ventas-de-comercio-electronico-superaron-los-us-6-000-millones-en-2019/>> (Última visita 26 de agosto de 2020).

⁵⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020): Informe de aprobación. Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc. Rol FNE F217-2020, p. 13.

⁵⁶ Véanse, a este respecto, las siguientes respuestas: a) respuesta de Supermercados Eltit de 21 de julio de 2020, al oficio ORD. N°1259-2020, correlativo ingreso N°2571-20; b) respuesta de Cencosud S.A. de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1264-20, correlativo ingreso N°2557-20; y c) respuesta de SMU de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. 1258-2020, correlativo ingreso N°2554-20.

⁵⁷ Véanse, a este respecto, las siguientes respuestas: a) respuesta de SMU de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. 1258-2020, correlativo ingreso N°2554-20; b) respuesta de Supermercados Eltit de 21 de julio de 2020, al oficio ORD. N°1259-2020, correlativo ingreso N°2571-20; c) respuesta de Walmart Chile S.A. de fecha 27 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1251-20, correlativo ingreso N°2679-20; d) respuesta de Cencosud S.A. de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1264-20, correlativo ingreso N°2557-20; y e) correo electrónico de Teja Market y Mi Barrio de fecha 7 de agosto de 2020, en respuesta al oficio ORD. N°1388.

para los consumidores finales. Esta intermediación de bienes se produce mediante transacciones mayoristas, cuya frecuencia depende del éxito de venta final de cada producto, lo que da lugar a una relación de mediano a largo plazo basada en compras sucesivas y periódicas⁵⁸.

56. La importancia del posicionamiento de los productos es un factor relevante en la relación de los supermercados con sus proveedores. En consecuencia, esta relación se caracteriza por ser relativamente compleja debido, entre otros motivos, a la existencia de marcas propias⁵⁹, lo que lleva a que los supermercados contribuyan a profundizar la competencia entre proveedores⁶⁰⁻⁶¹

⁵⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2007): Análisis económico de la industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N°101/2006. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/02/Analisis-economico.pdf>> (última consulta 26 de agosto de 2020).

⁵⁹ Las marcas propias designan productos que un intermediario o minorista ofrecen bajo su propio nombre de operación o uno que le pertenece, y que rivalizan en el local del negocio con productos de marcas tradicionales o posicionadas. TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 43/2012. pp. 16 y 48.

⁶⁰ Véase, a estos efectos: DOMPER, María de la Luz (2016): *Análisis económico de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia respecto del comportamiento de los supermercados (Sentencia N°9/2004, AGIP – D&S)*, en: *Sentencias destacadas 2004*, pp. 274-275. En ese texto se hace referencia a los criterios que el H. TDLC habría esgrimido para no considerar sustituible el canal supermercados por otras características de distribución, por las siguientes características: “a. Los volúmenes de compra que representan los supermercados constituyen en muchos casos parte relevante de la demanda del proveedor, lo cual le permite colocar su producto de manera más o menos estable a través de un solo canal de distribución, pudiendo, de esta manera, programar con un grado mayor de certeza su producción y sus entregas. Dado lo anterior, el proveedor debe asumir estrategias de negociación y logística específicas al momento de negociar con el supermercado. Dichas estrategias son distintas a las que aplica cuando negocia con el resto de las cadenas de distribución. b. Los supermercados ofrecen a los proveedores un conjunto de condiciones particulares de administración, exhibición y venta de sus productos. Esto porque la ventaja de saber que el producto se vende en una sala junto con otros productos aumenta las probabilidades de elevar el número de unidades vendidas debido a actos de compra no planificados. Esto hace que el supermercado se diferencie de otros canales de distribución. c. Lo anterior hace que el proveedor disponga de un mayor control sobre las condiciones de exhibición y venta de sus productos, lo cual no ocurre cuando vende a otros distribuidores mayoristas. d. Las condiciones de venta, de exhibición y logística en los supermercados pueden obligar al proveedor a hacer inversiones específicas que no son necesarias en otros canales”. A este respecto la autora señala: “a definición adoptada por el Tribunal para medir mercado relevante es la correcta, solo incluye supermercados e hipermercados, entendiendo por estos las salas de venta masiva de dichos productos al público, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicionales, económico, de conveniencia e hipermercado, y con exclusión del formato minimarket. Ello por cuanto para una cadena de farmacia o un minimarket, por ejemplo, no es posible en el corto plazo y con la capacidad instalada ofrecer todos los productos y servicios que ofrece un hipermercado. Adicionalmente, como se señaló, las relaciones comerciales son distintas entre el proveedor y el supermercado, versus el mismo proveedor y un minimarket, cadena de farmacias, etc. Finalmente, el proveedor obtiene condiciones de venta, exhibición, etc., que son distintas en los hipermercados versus los otros canales de distribución”. Texto disponible vía web en: <<https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-267-302-Analisis-economico-de-la-sentencia-del-Tribunal-de-la-Libre-Competencia-respecto-del-comportamiento-de-los-super-MDomper.pdf>> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

⁶¹ Esto es así toda vez que los supermercados no elaboran directamente los bienes que comercializan bajo la denominación marca propia, por lo que tampoco compiten directamente con los proveedores en ese ámbito. Por el contrario, los supermercados compran dichos bienes a otros proveedores, que no habían podido posicionar efectivamente su marca, dándoles la posibilidad de acceder al consumidor final vía la marca del supermercado, ya posicionada. De este modo se profundiza la competencia entre los proveedores, aumentando la escala de producción de aquellos que participan elaborando productos “marca propia”, por lo que la relación entre este grupo particular de proveedores y los supermercados es aún de mayor dependencia. FISCALÍA

57. A mayor abundamiento, los supermercados tienen un amplio alcance vertical y horizontal, ya que incorporan otros servicios dentro de la cadena productiva, tales como la logística de ventas, servicio de transporte, publicidad y difusión, áreas que también forman parte del giro tradicional de sus abastecedores⁶².

3.2 Mercado relevante

3.2.1 Mercado relevante de producto

58. En relación al mercado relevante de producto, Cencosud⁶³ en la Consulta coincide con la definición expuesta por el H. TDLC y confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, señalando que *“el mercado relevante de producto de los supermercados consistiría en el de aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar para consumidores finales”*⁶⁴.
59. De esta forma, los consumidores pueden adquirir una amplia variedad de productos de forma conjunta y en una misma oportunidad, bajo la modalidad conocida como *one stop shopping*⁶⁵.
60. A este respecto, el H. TDLC ha señalado también que *“el mercado relevante en que participan los supermercados se distingue de los diversos mercados relevantes en los que participan los productores de los bienes que se distribuyen en ellos. Por lo anterior, el mercado relevante del producto en la industria de los supermercados ha*

NACIONAL ECONÓMICA (2007): Análisis económico de la industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N°101/2006. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/02/Analisis-economico.pdf>> (última consulta 26 de agosto de 2020).

⁶² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2007): Análisis económico de la industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N°101/2006. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/02/Analisis-economico.pdf>> (última consulta 26 de agosto de 2020). TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N° 43/12, p.125.

⁶³ Consulta, p. 6.

⁶⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/12, pp. 38-39 y CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de septiembre de 2013 (rol 346-2013), p. 38.

⁶⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, párrafos 9.13. y 9.14.

sido definida por este Tribunal como el de “distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar (sentencias N°9/2004, N°65/2008 y N°103/2010, así como en la Resolución N°24/2008)”⁶⁶.

61. El análisis de esta Fiscalía ha sido realizado en el marco de estas definiciones, pues no sólo son coincidentes con lo que ha dicho este Servicio en el pasado, sino también en recientes investigaciones, siendo además concordantes con los antecedentes recopilados en la presente investigación⁶⁷.
62. Sin perjuicio de la mención al mercado relevante aguas arriba, esto es “*el de aprovisionamiento mayorista de supermercados de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar*”, dado por la relación entre proveedores de mercadería y los supermercados que adquieren dicha mercadería para su posterior venta a los consumidores finales, el presente aporte de antecedentes se enfocará en el análisis del mercado relevante “*aguas abajo*” antes mencionado⁶⁸, considerando que los efectos de relevancia del Contrato de Arrendamiento se producen principalmente en dicho segmento⁶⁹.

3.2.2 Clasificaciones y formatos

63. Sin perjuicio de la definición de mercado de producto que hemos expuesto anteriormente, es necesario atender a ciertas diferenciaciones dentro del mercado, que llevan a que exista mayor cercanía competitiva entre unos actores respecto de otros. Aun cuando Cencosud señala que la mayor parte de los consumidores de Jumbo en Valdivia provienen del local de Líder y del local de Unimarc ubicado en calle Arauco⁷⁰, es menester analizar las distintas circunstancias que podrían permitir afirmar aquello.
64. En general, la diferenciación entre los distintos formatos de supermercados está determinada por sus tamaños o bien por su finalidad de entregar una oferta variada a los consumidores finales, de tal forma que se ajuste a las diferentes necesidades que

⁶⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°147/2015, p. 40.

⁶⁷ Véase el Informe de aprobación de la adquisición de control sobre Delivery Technologies SpA por parte de Walmart Chile, Rol FNE F161-2018, pp. 9 y 10.

⁶⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N°65/2008, p. 42.

⁶⁹ Entendiendo que, en general, el alcance del mercado aguas arriba, en especial respecto a aquellos actores que constituyen cadenas de supermercado nacional, es primordialmente más amplio que local.

⁷⁰ Consulta, p. 9, en base a estudio Ipsos de 2018.

puedan tener y a las diferentes experiencias de compras que pretenden satisfacer⁷¹. De tal manera, existen formatos de supermercados de mayor tamaño donde es posible adquirir todo tipo de productos y contar con una mayor variedad de alternativas en cada categoría de productos, otros de menor tamaño que permiten efectuar compras más rápidas, otros donde se ofrece una menor variedad de productos, pero a menores precios y otros formatos que están dirigidos a clientes mayoristas que se aprovisionan de productos para luego revenderlos a consumidores finales⁷²; sin perjuicio que todos estos forman parte de un mismo mercado relevante de producto.

65. Existe una diferenciación relevante entre los supermercados de cadena, esto es, aquellos que tienen presencia en todas o casi todas las regiones del país, a través de marcas reconocidas, con una gran cantidad de locales comerciales, presentando además distintos formatos de supermercado, y aquellos que tienen una presencia menor. Dentro de los primeros encontramos a los cuatro grupos económicos que hemos mencionado *supra*: Walmart (a través de Líder, Líder Express, Central Mayorista y Acuenta), Cencosud (a través de Jumbo y Santa Isabel), SMU (a través de Unimarc, Alvi y Mayorista 10) y Falabella (a través de Tottus y Precio Uno, aunque este último sólo tiene presencia en la zona central del país, careciendo de locales en Valdivia). Los supermercados de cadena se benefician de las economías de escala que hemos señalado *supra*, tienen un surtido de mercaderías que se controla de manera centralizada, cuentan con un reconocimiento de marca relevante con publicidad que se desarrolla a nivel nacional y son intensivos en marcas propias⁷³.
66. También pueden diferenciarse los formatos de supermercado entre aquellos más enfocados en compras de abastecimiento, esto es, las llamadas compras de despensa, destinadas a abastecer una familia de manera mensual o quincenal, y los mayoritariamente enfocados en compras de reposición, donde los consumidores adquieren menor cantidad de productos⁷⁴. Los supermercados más enfocados en compras de abastecimiento suelen tener salas de venta más grandes, ubicándose en

⁷¹ COMPETITION COMMISSION (2008): The Supply of groceries in the UK Market Investigation, p. 50. Disponible vía web en: < https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402235418/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf> (última consulta: 26 de agosto de 2020). En dicho texto se evaluaron los diferentes factores de sustitución para los consumidores entre las distintas especies de locales de supermercados.

⁷² SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA, N-06076 Grupo Carrefour/Dinosol (Activos), pp. 19 y ss, disponible vía web en: <https://www.cnmec.es/sites/default/files/15206_7.pdf> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

⁷³ Véase la sección 3.1.5 anterior.

⁷⁴ Declaración de don Héctor Segovia Velásquez, Gerente de Finanzas de Supermercados Mi Barrio y Teja Market de Valdivia, en su declaración de fecha 7 de agosto de 2020

lugares más abiertos de la ciudad, como Líder, Jumbo, Acuenta, Eltit o Mayorista 10. En cambio, los supermercados con mayor foco en compras de reposición suelen tener salas de venta menores, ubicándose en sectores céntricos de la ciudad, cerca del tránsito peatonal, tales como Líder Express, Santa Isabel, Unimarc o Teja Market⁷⁵.

67. También existe una segmentación respecto al nivel económico del público objetivo. Si bien la mayoría de los supermercados tiene un enfoque transversal, existen algunos, como [8], que apuntan a la calidad y a un público de ingresos altos, mientras que otros, como [9], que apuntan al precio y a un público de ingresos menores⁷⁶.
68. Finalmente, puede distinguirse entre supermercados mayoristas, enfocados a ventas *business to business* y supermercados minoristas, enfocados a ventas *business to customers*. Dentro de los primeros encontramos a Mayorista 10 y Central Mayorista. Entre los segundos encontramos a casi todas las cadenas: Líder, Líder Express y Acuenta, Santa Isabel y Jumbo, Unimarc, Eltit, Teja Market y Mi Barrio.
69. En la Tabla 2 siguiente veremos una aproximación de cómo las distintas cadenas se adecúan a los criterios expuestos:

Tabla 2. Categorización de los supermercados presentes en Valdivia

Grupo	Cadena	Cadena / Locales	Abastecimiento / Reposición	Nivel Socioeconómico	Mayorista / Minorista
Cencosud	Jumbo	Cadena	[11]		Minorista
	Santa Isabel	Cadena			Minorista
Walmart	Líder	Cadena			Minorista
	Express	Cadena			Minorista
	Acuenta	Cadena			Minorista
SMU	Unimarc	Cadena			Minorista
	Mayorista 10	Cadena			Mayorista
Eltit	Eltit	Local			Minorista
Teja Market	Teja Market	Local			Minorista
	Mi Barrio	Local			Minorista

Fuente: Elaboración propia, en base a antecedentes de la investigación.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A. señaló con fecha 3 de agosto de 2020 que: [10].

3.2.3 Mercado relevante geográfico

70. En lo que respecta al mercado relevante geográfico, la Consulta define un área de influencia basada en isócronas de quince minutos para la comuna de Valdivia⁷⁷.
71. A este respecto, se ha señalado sostenidamente que desde el punto de vista de los consumidores, el mercado geográfico es fundamentalmente local, debido a los costos de desplazamiento que imponen límites al área en donde se consideran a los distintos supermercados como sustitutos cercanos⁷⁸. En este entendido, el área comprendida en cada mercado geográfico varía según las características de la zona (urbana o rural, ciudades grandes o medianas), siendo usualmente definida por isócronas delimitadas según el tiempo de viajes en automóvil, entre cinco y quince minutos⁷⁹. En el caso particular del radio urbano de la ciudad de Valdivia, el H. TDLC en la Resolución N°43/2012 consideró una isócrona de cinco minutos⁸⁰.
72. En el contexto del procedimiento que concluyó en la Resolución N°43/2012, esta Fiscalía planteó que la extensión del mercado relevante geográfico para los distintos mercados analizados, entre ellos Valdivia, sería comunal⁸¹. Para este caso en particular, y como se observa en la Imagen 1 a continuación, los locales ubicados en la comuna de Valdivia coinciden con aquellos localizados dentro de la isócrona de cinco y diez minutos en automóvil desde el Inmueble. Por otro lado, una isócrona de cinco minutos en vehículo, excluiría a un local de Mi Barrio y a un local Acuenta de Walmart. En rojo, vemos los establecimientos pertenecientes al grupo SMU, en azul, locales bajo propiedad de Walmart, en verde, Cencosud y, por último, Eltit y Teja Market en naranja y gris respectivamente.

Imagen 1: Isócronas de 5 y 10 minutos.

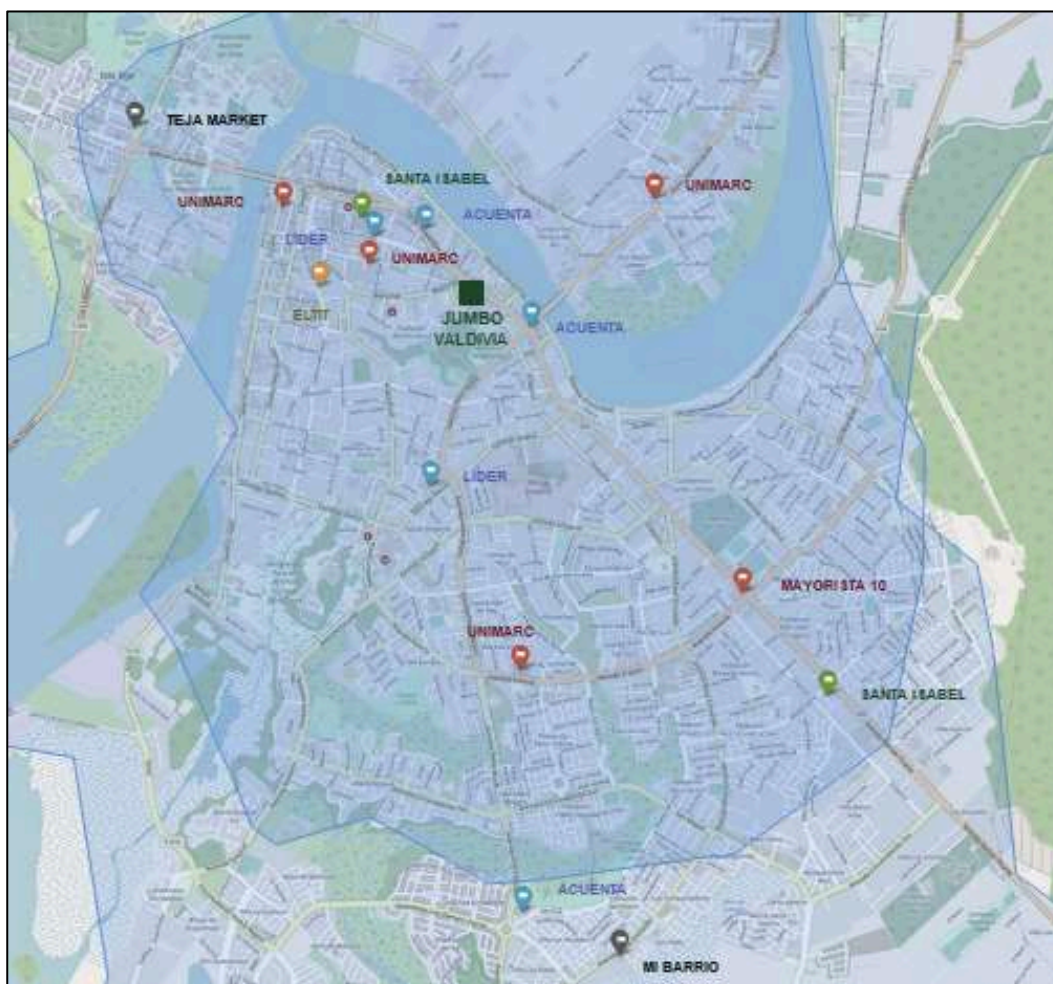
⁷⁷ Consulta, p. 2 y p. 17. Para esta conclusión, además de considerar jurisprudencia y factores internos, mencionan el estudio preparado por Criteria Research 'Apertura Sala JUMBO Valdivia', de febrero de 2017, donde señalan que los consumidores tardarían en promedio 19 minutos en llegar al supermercado.

⁷⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 8 de abril de 2020 (rol 9361-2019), p.70.

⁷⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/12, p.39.

⁸⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/12, p.110.

⁸¹ Lo anterior, con excepción de la Región Metropolitana, donde éste se definiría a través de isócronas de diez minutos en automóvil FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, aporte de antecedentes ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa Rol NC-397-2011, caratulada "Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A".



Fuente: Elaboración propia⁸²⁻⁸³.

73. Según señala la Resolución N°43/2012, la Condición Primera de las Medidas de Mitigación fue impuesta definiendo el alcance de la isócrona de cinco minutos como mercado geográfico relevante para la ciudad de Valdivia⁸⁴. En este aporte de antecedentes, el análisis realizado utilizará dicha definición, la que resulta ser conservadora (maximizando los efectos de la entrada de Jumbo en Valdivia) considerando que una isócrona mayor provocaría la incorporación de supermercados adicionales, que no forman parte del grupo empresarial de Cencosud, conforme se grafica en la Imagen 1 anterior.

⁸² En base a información proporcionada por terceros. Véanse, a este respecto, las siguientes respuestas: a) respuesta de Supermercados Eltit de 21 de julio de 2020, al oficio ORD. N°1259-2020, correlativo ingreso N°2571-20; b) respuesta de Cencosud S.A. de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1264-20, correlativo ingreso N°2557-20; y c) correo electrónico de Teja Market y Mi Barrio de fecha 7 de agosto de 2020, en respuesta al oficio ORD. N°1388.

⁸³ El mapa ha sido elaborado a partir de la información de las coordenadas de los distintos agentes. Para trazar las isócronas, se utiliza software para sistema de información geográfica llamado QGIS, y con ello se diseña un mapa mediante el módulo *Folium* de *Python*, el cual utiliza formato de mapa de OpenStreetMap.org.

⁸⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p. 110.

74. Dado lo anteriormente expuesto, debido a la presencia en la ciudad de Valdivia de cadenas con presencia geográfica diversa, esta Fiscalía analizó la estructura del mercado tanto a nivel local como nacional, tal como ha señalado previamente el H. TDLC⁸⁵ y la Excelentísima Corte Suprema⁸⁶⁻⁸⁷. Por lo tanto, si bien primero se analizarán las características locales de este mercado para el análisis de potenciales efectos unilaterales, para el análisis de riesgos coordinados y la revisión de las condiciones de entrada al mercado, se considerarán también las características nacionales en la industria supermercadista.

3.3 Posibles efectos para la libre competencia derivados del Contrato de Arrendamiento

3.3.1 Efectos unilaterales

75. Primeramente, esta sección presenta un análisis estructural basado en participaciones de mercado, el que entrega una aproximación inicial respecto de cómo han evolucionado las condiciones de competencia en el mercado relevante del cual forma parte el Contrato de Arrendamiento. Para ello, se comienza por calcular las participaciones de mercado de los distintos supermercados en la ciudad de Valdivia desde el año 2013 en adelante, fecha en la que se fijaron las medidas de mitigación de la Resolución N°43/2012. Aquello considerando a los distintos grupos empresariales presentes en la industria (v.gr. Cencosud), pero también distinguiendo entre sus marcas (v.gr. Jumbo, Santa Isabel).
76. A continuación, se realiza un análisis descriptivo de dos de las variables competitivas que podrían haber sido afectadas por la entrada de Jumbo en Valdivia, particularmente variedad y precio⁸⁸. Cabe mencionar que dicho análisis cualitativo no evidencia un deterioro de las condiciones de competencia en el mercado relevante.

⁸⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.39.

⁸⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 8 de abril de 2020 (rol N°9361-2019), pp. 70-71. En el mismo sentido: CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2013 (Rol N°346-2013), pp. 38-39.

⁸⁷Al respecto, en el aporte de antecedentes de la FNE en causa Rol NC-397-2011, Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. se señaló que: *“De este modo, si bien la determinación o fijación de precios no es única para todo el territorio, sí existe normalmente un margen de explotación proyectado para cada categoría, que es de fijación nacional, y cuyo precio resultante es adaptado a nivel regional y ajustado en forma puntual a nivel local. De esta suerte, al analizar si existen riesgos de coordinación luego de la fusión, no basta con mirar cada mercado local, sino que es necesario tener presente las condiciones del mercado a nivel regional y nacional”*

⁸⁸ ARGENTESI, Elena, et al. (2016): *The Effect of Retail Mergers on Prices and Variety: An Ex-Post Evaluation*. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Düsseldorf University Press.

En particular, no se observa una disminución en la variedad de productos ofrecidos por los diferentes supermercados en esta ciudad; más bien se muestra que la presencia de Jumbo desde el año 2017 se asocia con una propuesta de posicionamiento que contiene una mayor variedad de productos. Adicionalmente, no se observa un aumento significativo en precios, ni en términos de la evolución de esta variable en el tiempo ni en comparación con los precios de otras capitales regionales del sur del país⁸⁹.

3.3.1.1 Participaciones de mercado

77. Como se ha señalado a propósito del mercado relevante geográfico, se analiza la concentración que produciría la operación en un área delimitada por la isócrona de cinco minutos con centro en el Inmueble. Primero la Tabla 3 siguiente muestra para el año 2019 la distancia del local respecto del Inmueble, las ventas, número de cajas, superficie, la relación entre estas últimas variables y el número de establecimientos por grupo empresarial. Posteriormente, la Tabla 4 expone la evolución de la participación de mercado y de la concentración medida en ventas desde el año 2013 hasta el año 2019 utilizando el índice Herfindahl-Hirschman (“HHI”) y mostrando su respectivo cambio en caso que proceda.
78. Independiente de la forma de medición, la participación de mercado de Cencosud muestra cierta consistencia, según puede observarse en lo siguiente:

Tabla 3. Participaciones en superficie, número de cajas, locales y ventas (2019)

MARCA	DISTANCIA KM	M ²	%	CAJAS	%	VENTAS (MM CLP)	%	MM CLP / M ²
UNIMARC ARAUCO 697	0,65	3.064	7,7	21	10,4	[12]	[0%-10%]	[11]
UNIMARC BOMBERO CLASSING 204	1,24	782	2,0	9	4,5		[0%-10%]	
UNIMARC YUNGAY 420	1,25	427	1,1	7	3,5		[0%-10%]	
UNIMARC AVDA FRANCIA 2651	2,14	3.346	8,4	15	7,5		[0%-10%]	
M.10 AV. RAMON PICARTE 2593	2,29	1.298	3,2	11	5,5		[0%-10%]	
TOTAL SMU			22,3		31,3		[20% - 30%]	
STA ISABEL CHACABUCO 555	0,83	1.140	2,9	13	6,5		[0%-10%]	
SANTA ISABEL RAMON PICARTE 3057	3,07	890	2,2	8	4,0		[0%-10%]	
JUMBO ERRAZURIZ 1040	0,00	5.050	12,6	19	9,5		13,1	
TOTAL CENCOSUD			17,7		19,9		[20% - 30%]	
ELTIT	0,9	7.391	18,5	23	11,4		[0% - 10%]	
LIDER EXPRESS PICARTE 640	0,71	1.681	4,2	10	5,0		[0%-10%]	
HIPER LIDER BUERAS 1400	1,07	5.902	14,8	24	11,9		[20% - 30%]	
ACUENTA CARLOS ANWANDTER 930	0,53	1.778	4,5	9	4,5		[0%-10%]	

⁸⁹ No obstante, estos resultados deben ser interpretados con cautela, ya que este análisis corresponde a la simple observación de la evolución de estas variables en el tiempo y su correlación con la entrada de Jumbo en el Inmueble, y no necesariamente representan causalidad. En efecto, para determinar el impacto de la entrada de Jumbo en precios y variedad, se debiese controlar por características observables y no observables que pudiesen tener un impacto en estas variables.

ACUENTA PICARTE 2661	0,36	1.954	4,9	7	3,5		[0%-10%]
ACUENTA AVDA PEDRO MONTT 4300	3,53	2.113	5,3	10	5,0		[0%-10%]
TOTAL WALMART			33,6		29,9		[30% - 40%]
SALA MI BARRIO	3,87	1.794	4,5	8	4,0		[0%-10%]
SALA TEJA MARKET	2,23	1.325	3,3	7	3,5		[0%-10%]
TOTAL TEJA MARKET			7,8		7,5		[0% - 10%]

Fuente: Elaboración propia con información aportada por terceros.

79. En cuanto a la evolución de las participaciones de mercado y el grado de concentración del mismo desde la Resolución N°43/2012 hasta la fecha, medidas según las ventas, puede observarse que existen variaciones relevantes, relacionadas a la entrada de Cencosud en el Inmueble, la disminución de la presencia de SMU y la incorporación de nuevos competidores como Supermercados Eltit. En efecto, los supermercados que más vieron afectadas sus participaciones luego de la entrada de Jumbo en Valdivia son **[13]**⁹⁰.

Tabla 4. Evolución participaciones en ventas por cadena y grupo. Isócrona 5 minutos (2013-2019)

[15]

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Líder	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]
Express	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]
Acuenta	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]
Total Walmart	[40% - 50%]	[40% - 50%]	[40% - 50%]	[40% - 50%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]
Jumbo	-	-	-	-	[10% - 20%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]
Santa Isabel	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]
Total Cencosud	7,52%	7,23%	7,50%	9,08%	20,46%	21,46%	20,62%
Unimarc	[30% - 40%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]
Mayorista 10	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]
Total SMU	[40% - 50%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[30% - 40%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]	[20% - 30%]
Eltit	-	-	-	-	-	[0% - 10%]	[0% - 10%]
Teja Market	-	-	-	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]	[0% - 10%]

⁹⁰ [14].

Otros ⁹¹	[0% - 10%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]	[10% - 20%]
HHI por cadena	2.544	2.275	2.153	2.088	1.645	1.607	1.486
HHI por grupo	3.740	3.524	3.337	3.224	2.728	2.652	2.401

Fuente: Elaboración propia con información aportada por terceros.

80. La concentración de mercado medida según índice HHI en el histórico de ventas muestra que el mercado ha seguido una tendencia de desconcentración desde el año 2013 a 2019.

3.3.1.2 Análisis de variedad

81. La variedad se presenta para este análisis en particular como la disponibilidad de productos que tienen los supermercados. Existen otras variables de calidad, tales como la frescura de los productos, el estándar de las instalaciones y el servicio en sala, donde Jumbo es un competidor con una posición reconocidamente buena⁹². Un supermercado de mayor calidad tendrá un surtido más variado y permitirá a los consumidores optar por distintas alternativas para satisfacer sus necesidades individuales.
82. En dicho sentido, esta Fiscalía analizó la variedad contabilizando el número de productos distintos disponibles en cada uno de los supermercados de Valdivia durante todo el periodo de análisis (desde la dictación de la Resolución N°43/2012 hasta ahora). Como se observa en el Gráfico 1 siguiente Jumbo ingresa al mercado con una variedad de productos que es mayor a la de los demás actores en el mercado. Esto sería congruente con la estrategia competitiva adoptada por Jumbo según ha sido señalado *supra*⁹³. Sin perjuicio de lo anterior, no nos resulta posible descartar *prima*

⁹¹ Esta categoría está conformada por El Trébol, Bigger y otros actores menores, de los cuales no contamos con información sobre ventas. La información para el cálculo de esta categoría se hizo en base a información de tamaño de mercado proporcionada por el Instituto Nacional de Estadísticas. Respuesta del Instituto Nacional de Estadísticas al ORD N°1465, con fecha 21 de agosto de 2020, correlativo ingreso 02977-20.

⁹² Véase el pie de página N°82

⁹³ A este respecto se ha señalado: “Un objetivo importante de las autoridades de Competencia es asegurar que los consumidores paguen precios competitivos y bajos para adquirir comida. Sin embargo, los supermercados y otros vendedores de comida compiten en muchos atributos distintos del precio, que también importan a los consumidores. Estos atributos, en general referidos como “calidad”, incluyen la selección de productos, su frescura, inventario, servicio, limpieza, ubicación, estacionamiento, promociones, etcétera”. Traducción libre del inglés que señala: “An important goal of competition authorities is to ensure consumers pay competitively low prices for food. However, supermarkets and other food retailers compete on many nonprice attributes that also matter to consumers. Non-price attributes, broadly referred to as “quality,” include product

facie una disminución en la variedad de productos ofrecidos por Líder, con posterioridad a la entrada de Jumbo⁹⁴.

Gráfico 1. Evolución número de productos por cadena (enero 2013 a diciembre de 2018)

[16]

Fuente: elaboración propia con datos de terceros⁹⁵

83. El mismo análisis se realizó considerando sólo las marcas propias de los supermercados⁹⁶. En este caso, no se observan cambios relevantes en la variedad por parte de los distintos actores del mercado. Adicionalmente, se observa un aumento de la cantidad de productos de marcas propias a nivel agregado como consecuencia de la entrada de Jumbo en Valdivia:

Gráfico 2. Evolución número productos de marcas propias por cadena (enero 2013 a diciembre de 2018)

[17]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros⁹⁷

3.3.1.3 Evolución de los precios

84. Un análisis similar se realizó respecto a la evolución de los precios de los distintos supermercados de cadena nacionales, evaluándose los cambios que habían tenido desde el año 2013 al 2019. En el Gráfico 3 siguiente se puede observar dicha variación, singularizando uno a uno a los distintos locales de supermercados de la ciudad de Valdivia. El gráfico muestra una tendencia al alza en los precios para todas

selection, freshness, inventory replenishment, service, cleanliness, location, parking, return policies, etc." BASKER, Emek y NOEL, Michael (2012): Competition Challenges in the Supermarket sector with an Application to Latin American Markets. Disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/12/Competition-Challenges-in-the-Supermarket-Sector.pdf>> (última consulta: 25 de agosto de 2020, p.9.

⁹⁴ Se identificó que al final del periodo de 2019 habría un cambio en la categorización de los productos, lo cual podría explicar ciertos cambios en las tendencias presentes en los gráficos de variedad y precios a continuación. Por lo mismo, para los gráficos posteriores se excluye desde 2019 en adelante. Esto no afectaría las conclusiones del análisis.

⁹⁵ Datos de Nielsen, contenidos en respuesta de Cencosud al ORD 1264, con fecha 21 de julio de 2020.

⁹⁶ Al igual que en el gráfico anterior, se contabiliza el número de productos distintos únicos por semana por grupo empresarial, pero solo para los productos que son marcas propias.

⁹⁷ Datos de Nielsen, contenidos en respuesta de Cencosud al ORD 1264, con fecha 21 de julio de 2020.

las cadenas, sin que se observe a primera vista un cambio drástico en dicha tendencia después de la entrada de Jumbo en el Inmueble.

Gráfico 3. Precio promedio de productos en supermercados de Valdivia (enero 2013 a diciembre 2018)⁹⁸

[18]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros.

85. La tendencia al alza en las series de precios que se aprecia en el gráfico anterior es probablemente atribuible al aumento natural de los precios, consecuencia de la inflación. Aquello queda manifiesto si se efectúa el mismo análisis ajustado los precios por la variación que experimentó el Índice de Precios al Consumidor, del Instituto Nacional de Estadísticas, durante el periodo de estudio, observándose en tal caso una evolución plana de las series, tal como se ve en el Gráfico 4.

Gráfico 4. Evolución de precios considerando inflación (enero 2013 a diciembre 2019, en precios del año 2018)⁹⁹.

[19]

Fuente: elaboración propia con datos de terceros.

86. Cabe mencionar que lo relevante en los gráficos anteriores es la evolución de la tendencia de las series en el tiempo, más que el nivel de los precios. En efecto, la ubicación de Jumbo y Líder como los supermercados con mayores precios promedio se explica, en buena parte, por la mayor diversidad de productos que éstos venden, que incluyen línea blanca, vestuario y ferretería, entre otros (los cuales tienen un precio individual más caro), los que no son comercializados por otros competidores¹⁰⁰.
87. Finalmente, y para concluir el análisis, se han comparado los precios de las distintas ciudades en cinco categorías de productos básicos: cervezas, leche líquida, pan

⁹⁸ El gráfico muestra el precio promedio de la totalidad de productos ofrecidos en cada uno de los supermercados señalados, en el tiempo.

⁹⁹ El gráfico muestra el precio promedio de la totalidad de productos ofrecidos en cada uno de los supermercados señalados, en el tiempo, ajustado por IPC a valor de 2018.

¹⁰⁰ Don Ramón Yon, Gerente de Desarrollo Inmobiliario de SMU S.A. declaró con fecha 5 de agosto de 2020 que: **[20]**. Asimismo, don Ricardo Bayelle Nahum, representante legal de Inmobiliaria Catedral S.A. declaró con fecha 23 de julio de 2020 que el Inmueble es: **[21]**.

envasado, papel higiénico y carne de pollo, para las principales cadenas de Walmart y SMU, no observándose un cambio claro ni sistemático ni relevante en la diferencia entre el logaritmo de los precios de otras capitales regionales y ciudades de la zona sur (Osorno, Puerto Montt, Talca y Temuco), y aquellos de la ciudad de Valdivia.

Gráfico 5. Comparación de precios en cerveza SMU y Walmart (enero 2013 a diciembre 2018)

[22]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros

Gráfico 6. Comparación de precios en leche líquida SMU y Walmart (enero 2013 a diciembre 2018)

[23]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros

Gráfico 7. Comparación de precios en pan envasado SMU y Walmart (enero 2013 a diciembre 2018)

[24]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros

Gráfico 8. Comparación precios papel higiénico SMU y Walmart (enero 2013 a diciembre 2018)

[25]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros.

Gráfico 9. Comparación precios carne de pollo SMU y Walmart (enero 2013 a diciembre 2018)

[26]

Fuente: Elaboración propia con datos de terceros.

3.3.1.4 Conclusión

88. Consecuentemente, podemos observar que la celebración y posterior ejecución del Contrato de Arrendamiento no se produjo en un contexto de mayor concentración en el mercado de supermercados de Valdivia, sino que, al contrario, el ingreso de Jumbo en Valdivia coincidió con una desconcentración del mismo en razón de la entrada de dos competidores locales. Adicionalmente, entre los años 2013 y 2019 no se observaría un deterioro de las condiciones de competencia en dicho mercado relevante, en términos de variedad y precio¹⁰¹.

¹⁰¹ No obstante, como se mencionó anteriormente, este análisis descriptivo en precios debe ser interpretado con cautela ya que no necesariamente representa una causalidad entre la evolución de las distintas series y la entrada de Jumbo en el Inmueble. Asimismo, tal como se muestra en la Tabla 4 la entrada de Jumbo coincide con la entrada de Eltit y Teja Market, lo cual dificulta la identificación de un efecto causal entre la evolución de variables como el precio, la variedad y la presencia de algún competidor específico. Finalmente, el análisis debiese controlar por las características de la demanda y la oferta, observables y no observables, que pudiesen afectar los niveles de precios en el tiempo y entre las distintas ciudades.

3.3.2 Efectos coordinados

89. Como ha sido señalado en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta Fiscalía de octubre de 2012 (“**Guía**”), una operación de concentración puede otorgar, reforzar o incrementar el poder de mercado aumentando los incentivos para que la entidad fusionada y sus competidores coordinen o acomoden entre sí su comportamiento¹⁰².
90. Los efectos coordinados no necesariamente implican una práctica concertada explícita sino también puede darse bajo supuestos tácitos, en mercados donde existe interacción repetida entre los actores. Lo anterior, debido a que éstos pueden incorporar las respuestas de los otros en la elaboración de su propia estrategia competitiva, generando incentivos a disminuir la agresividad de la competencia, tanto a nivel de precios, calidad, nivel de innovación u otro factor relevante, llegando a equilibrios en que renuncien “coordinadamente” a disputarse el mercado¹⁰³.
91. A fin de determinar si el Contrato de Arrendamiento produjo efectos que pudieren haber facilitado la realización de prácticas concertadas, atenderemos a las consideraciones que habitualmente son empleadas por las agencias de competencia para resolver aquello, esto es: a) que las firmas sean capaces de monitorear los términos de la coordinación (capacidad de monitoreo); b) que la coordinación sea sostenible internamente dentro de un grupo; y c) que la coordinación sea sostenible externamente, es decir, que no haya actores fuera del acuerdo que pudieren menoscabar a los actores coludidos¹⁰⁴. Dichas consideraciones ya han sido

¹⁰² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): Guía para el análisis de operaciones de concentración, p. 8, disponible vía web en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

¹⁰³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012. Al respecto, ésta señala “Así, en casos de colusión, si bien es cierto que al considerar la interacción en un único periodo las firmas no tendrían incentivos para mantener un acuerdo colusivo -ya que sería más atractivo desviarse del acuerdo, por ejemplo, reduciendo los precios- los modelos que permiten interacción repetida -que se acercan más a la realidad de esta industria pueden permitir a las firmas superar este dilema, modificando los incentivos que ellas enfrentan para mantener un acuerdo para sostener mayores precios. El hecho de que las firmas sepan que van a volver a competir en el futuro introduce un costo a la estrategia de no cumplir con el acuerdo; es decir, si bien existe un incentivo individual a romper el acuerdo -obtener ventas mayores hoy ofreciendo un precio menor al acordado-, esto genera un “castigo” en el futuro, ya que se pierde la posibilidad de seguir coordinados en adelante. Esta lógica permite que, bajo ciertas condiciones, la coordinación -expresa o tácita- se vuelva viable. Similar raciocinio se puede aplicar en casos de juegos repetidos bajo interdependencia oligopolística.” pp.77-72. Véase también FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012) Guía para el análisis de operaciones de concentración, p. 21. y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, aporte de antecedentes al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa Rol NC-397-2011, caratulada “Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.”, p.36.

¹⁰⁴ OFFICE OF FAIR TRADING (2010): *Merger Assessment Guidelines*, p. 45 y ss. En similar sentido: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2018): Anexo 1 de Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la FNE y Tianqui Lithium Corporation tramitado bajo el rol AE-16-18, denominado “Informe de la Fiscalía Nacional Económica

estimadas por el H. Tribunal, por ejemplo, en la Resolución N°43/2012¹⁰⁵ y en la reciente condena por colusión a las tres grandes cadenas de supermercados (Cencosud, Walmart y SMU) confirmada por la Corte Suprema¹⁰⁶.

92. En cuanto a la capacidad de monitoreo de las variables competitivas de los distintos competidores, ésta es relevante pues permite a los actores coordinados detectar potenciales desvíos por parte de los competidores que pudieran debilitar un potencial cartel. Entre los elementos que facilitan el monitoreo se consideran principalmente la transparencia de los precios y/o cantidades, la periodicidad con la cual se podría obtener esta información (mientras más rápido se detecte el desvío, menos rentable es ejecutar dicha estrategia) y la estabilidad de la demanda (debido a que ésta facilitaría la detección de desvíos)¹⁰⁷.
93. En la industria supermercadista existirían múltiples mecanismos de monitoreo, ya que como ha sido señalado previamente por esta Fiscalía¹⁰⁸ y por el H. TDLC¹⁰⁹, las distintas cadenas de supermercados obtendrían información de precios mediante distintas fuentes y se ayudarían de distintas tecnologías para procesar los datos recibidos. Por un lado, adquirirían de la empresa AC Nielsen información sobre precios promedios semanales por producto, desagregados por zona¹¹⁰, mientras que por otro lado recibirían información una o dos veces por semana respecto de los precios de productos básicos de sus principales competidores¹¹¹. Adicionalmente, a nivel local sería habitual que personal de las salas de venta observen precios de ciertos productos especialmente sensibles en los locales de la competencia¹¹²⁻¹¹³. Dicha circunstancia no se vio modificada con el Contrato de Arrendamiento.

sobre la adquisición por Tianqui Lithium Corporation de una participación accionaria en Sociedad Química y Minera de Chile S.A.”, p. 64.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.72.

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de 8 de abril de 2020 (Rol 9361-2019).

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, pp.72-75, y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): Guía para el análisis de operaciones de concentración, pp. 21-22.

¹⁰⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, aporte de antecedentes al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa rol NC - 397-2011, caratulada “Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.”.

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, pp.76-77.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012. Al respecto, el H. TDLC señala en la página 76: “Sin embargo, la información entregada por Nielsen a las cadenas de supermercados no sería suficiente ni para el diseño más fino de su política de precios ni para el monitoreo de eventuales acuerdos; ello no sólo por el rezago con el que se obtiene la información sino también porque la que recibe cada cadena corresponde al promedio de las demás cadenas en cada zona. Por ello, cada cadena de supermercados gasta recursos adicionales para monitorear directamente los precios de la competencia.”

¹¹¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.76.

¹¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.77.

¹¹³ A mayor abundamiento, respecto a la dificultad de monitorear precios en mercados en los cuales se incluye una variedad tan amplia de productos, el H. TDLC señala en la página 77 de la Resolución 43: “Adicionalmente, tal como explica la FNE y, como además este Tribunal pudo constatar en una industria de

94. En cuanto a la sostenibilidad de la coordinación desde el punto de vista interno, existen varios factores que dan robustez a éste y permiten su permanencia en el tiempo, tales como la concentración del mercado, el número de actores, la transparencia, su estabilidad y la simetría en las participaciones¹¹⁴. Respecto a este último, se observa un aumento en la simetría de las participaciones de los principales actores del mercado local de la ciudad de Valdivia. En lo que respecta a la estabilidad de la demanda de la industria, según consta en la investigación de esta Fiscalía¹¹⁵, y como ya ha sido señalado por el H. TDLC¹¹⁶, ésta es bastante estable, de crecimiento constante y altamente correlacionado con el índice de actividad económica con estacionalidades que pueden anticiparse. Esto último no se ha visto alterado con la entrada de Jumbo en Valdivia¹¹⁷.
95. Adicionalmente, y tal como fue señalado por el H. TDLC en la Resolución N°43/2012, también es necesario analizar los niveles de interacción entre los actores del mercado, considerando la cantidad de mercados en que interactúan¹¹⁸. En este sentido, es particularmente relevante que los tres principales actores de la industria coinciden en múltiples mercados geográficos¹¹⁹. En efecto, tal como fue posible

similares características, la de farmacias, existen productos "sensibles" que son los que forman la percepción del cliente en cuanto al nivel general de precios de la cadena. Es en este subconjunto de productos que los oferentes en el mercado se monitorean más frecuentemente y es respecto de los cuales existe mayor probabilidad de que se coludan o, de lo contrario, de que puedan competir fuertemente."

¹¹⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, pp.74-75, y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): Guía para el análisis de operaciones de concentración, p. 21.

¹¹⁵ Véanse, a este respecto: a) respuesta de Walmart Chile S.A. de fecha 27 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1251-20, correlativo ingreso N°2679-20; b) respuesta de Cencosud S.A. de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1264-20, correlativo ingreso N°2557-20; y c) respuesta de SMU de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. 1258-2020, correlativo ingreso N°2554-20.

¹¹⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.73.

¹¹⁷ Véanse, a este respecto: a) respuesta de Walmart Chile S.A. de fecha 27 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1251-20, correlativo ingreso N°2679-20; b) respuesta de Cencosud S.A. de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. N°1264-20, correlativo ingreso N°2557-20; y c) respuesta de SMU de fecha 21 de julio de 2020 al oficio ORD. 1258-2020, correlativo ingreso N°2554-20.

¹¹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): Guía para el análisis de operaciones de concentración, p. 22.

¹¹⁹ Esto afecta las probabilidades de llegar a un equilibrio coordinado en la medida que "el contacto multimercado -en este caso en distintos mercados geográficos- permite transmitir disciplina colusiva de un mercado en el cual una firma tiene incentivos a sostener una colusión -en este caso, un mercado donde tiene alta participación- a uno en el que tiene menos incentivos a mantenerla -un mercado donde tiene menor participación-. De esta forma, ante un desvío en un mercado (esto es, incumplimiento del acuerdo) se puede castigar en otro mercado a la firma que se desvió, donde le sea menos atractivo romper el acuerdo. Así, una estrategia de este tipo permitiría mantener el acuerdo en mercados donde el castigo del desvío es menos costoso para la firma que implemente la estrategia de castigo. En este sentido, la mayor simetría en las participaciones a nivel nacional puede entenderse como un promedio ponderado de las participaciones de mercado locales, lo que indicaría que al agregar las restricciones necesarias para mantener colusión a nivel local, un aumento en la simetría a nivel nacional significa que aumentarían las posibilidades de mantener una

observar a propósito de los efectos unilaterales, la entrada de Jumbo a la ciudad de Valdivia aumenta la simetría a nivel local de las participaciones entre los tres principales grupos empresariales a nivel nacional (Walmart, Jumbo y SMU) y aumentaría el grado de contacto multimercado entre estos tres grupos, al tener en teoría Cencosud a raíz de la entrada de Jumbo una mayor capacidad de castigar un eventual desvío mediante una guerra de precios en Valdivia. No obstante lo anterior, en el mercado relevante analizado existen otros competidores que implicarían presión competitiva a un eventual equilibrio coordinado a nivel local¹²⁰.

96. Sin embargo, a diferencia de la operación de concentración que originó la Resolución N° 43/2012, en este caso sólo se modificaría la simetría competitiva en un único mercado local, siendo poco razonable que esto modifique de manera significativa los incentivos a seguir una estrategia de coordinación a nivel nacional. En efecto, si bien el Contrato de Arrendamiento podría haber implicado un aumento en la probabilidad de verificarse una coordinación, aquello se vio contrarrestado por una disminución en los niveles de concentración a nivel local, tanto desde el punto de vista del número de actores presentes en Valdivia como en los HHI. En particular, el número de actores independientes no se ve alterado con la entrada de Jumbo, considerando que Cencosud ya contaba con dos locales Santa Isabel en la ciudad de Valdivia, e incluso ha aumentado debido a la entrada de Eltit el año 2018. Adicionalmente, en lo que respecta a la concentración, el aumento en la participación de Cencosud se vio compensado por una disminución en la participación de Walmart, llevando a una caída de los HHI.
97. Atendido lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía no considera que la operación consultada aumente en forma significativa los riesgos de conductas coordinadas ya existentes en esta industria.

3.4 **Condiciones de entrada**

98. El H. TDLC se ha pronunciado respecto a las dificultades para la entrada de un actor relevante en la industria supermercadista a nivel nacional, señalando que *“las barreras a la entrada en este sector se relacionan con, a lo menos, los siguientes factores: (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas por economías de escala, ámbito y densidad y (ii) la posibilidad que tienen las empresas*

colusión debido al contacto multimercado, ya que en promedio las respectivas participaciones se vuelven más simétricas” (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p. 75).

¹²⁰ Dentro del área al interior de la isócrona de cinco minutos estarían también Eltit y Teja Market.

*incumbentes de adoptar estrategias que, en los hechos, limitan la actividad de empresas vitales*¹²¹.

99. Respecto a dichas ventajas de costo, éstas se refieren a que, con mayor escala, los incumbentes son capaces de conseguir mejores condiciones de aprovisionamiento y obtienen un mayor poder de compra que se ve además reforzado por el desarrollo de marcas propias¹²². Además, estas economías de escala y densidad producirían reducciones de costos que aumentarían el tamaño óptimo de cada cadena de supermercados, dificultando la entrada de un nuevo operador aun en el caso que las empresas incumbentes decidan explotar su poder de mercado. Consecuentemente, a nivel nacional no sería posible entrar con tamaños de empresas mucho menores a las que operan los supermercados de cadena y resultar igualmente eficiente¹²³⁻¹²⁴.
100. Por otro lado, a nivel local, y en particular para el caso de Valdivia, no se han identificado circunstancias que permitan afirmar la existencia de condiciones de entrada distintas a lo que se ha dicho a nivel nacional. Un actor de la industria señaló como circunstancia que encarecería el establecimiento de nuevos supermercados los mayores costos de construcción – en comparación con el resto del país – producto del suelo blando de la ciudad¹²⁵. No obstante, ello no fue reafirmado por otros actores y puede además contrastarse por el hecho que entre los años 2014 y 2019 se han producido cuatro entradas. En particular, Teja Market, Jumbo, Líder y Eltit¹²⁶. Los antecedentes recabados en la investigación señalarían que la disponibilidad de terrenos todavía no representaría un problema en Valdivia¹²⁷, donde incluso existe un

¹²¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, pp. 48-52.

¹²² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución N°43/2012, p.48.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A. señaló en su declaración de fecha 3 de agosto de 2020 que **[27]**.

¹²⁵ Don Ramón Yon, Gerente de Desarrollo Inmobiliario de SMU S.A. declaró con fecha 5 de agosto de 2020 que: **[28]**.

¹²⁶ Así fue señalado en la declaración de don Héctor Segovia Velásquez, Gerente de Finanzas de Supermercados Mi Barrio y Teja Market de Valdivia de fecha 7 de agosto de 2020, en la declaración de don Miguel Krause, Gerente Comercial de Eltit S.A. de fecha 6 de agosto de 2020 y en la declaración de don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A. de fecha 3 de agosto de 2020.

¹²⁷ Declaración de don Matías Montero Almarza, Gerente de Desarrollo de Walmart Chile S.A. quien con fecha 3 de agosto de 2020 señaló que: **[29]**.

proyecto en marcha¹²⁸⁻¹²⁹, lo cual podría modificarse a futuro considerando dichas circunstancias.

4. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS POR EL H. TDLC Y DE LA PROCEDENCIA DE LO SOLICITADO EN LA CONSULTA

101. Habiéndose analizado las variaciones que ha tenido el mercado de supermercados en la ciudad de Valdivia entre la dictación de la Medida de Mitigación y hoy, a continuación, se presentan las conclusiones arribadas por esta Fiscalía en cuanto al objeto del aporte de antecedentes solicitado.

4.1 Situación del contrato de arrendamiento

102. El Contrato de Arrendamiento es un hecho consolidado, cuyos efectos ya se han producido en el mercado, lo que ha sido el objeto de la indagación de esta Fiscalía, según lo que se expresa en este Informe. Tal como señalamos anteriormente, no corresponde a la FNE pronunciarse en cuanto a los incumplimientos que la celebración de dicho contrato produjo, respecto de la Medida de Mitigación y el Acuerdo Conciliatorio, pues ello fue resuelto por la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema.

103. Consecuentemente, la opinión de esta Fiscalía en cuanto a si el Contrato de Arrendamiento existente puede o no infringir las disposiciones del DL 211, se hará teniendo en consideración la evolución de las condiciones de competencia en el mercado relevante afectado y la situación contrafactual.

104. Dicho esto, y en lo que respecta a la evolución que ha experimentado el mercado supermercadista de Valdivia luego de la adquisición de influencia decisiva sobre el Inmueble por parte de Cencosud, cabe señalar que este es menos concentrado que en el año 2012. Ello, principalmente por la disminución de locales de SMU y la entrada de nuevos competidores locales como fue el caso de Supermercados Eltit.

¹²⁸ Existen planes de construcción de un nuevo centro comercial en la ciudad de Valdivia (denominado "Mall Paseo Valdivia") que incluiría un nuevo supermercado (véase: <http://www.pasmar.cl/proyectos/> (última visita: 26 de agosto de 2020). **[30]**. Del mismo modo don Ramón Yon, Gerente de Desarrollo Inmobiliario de SMU S.A. señaló con fecha 5 de agosto de 2020 que: **[31]**.

¹²⁹ En su respuesta al ORD N°1265-2020, con fecha 29 de julio de 2020, correlativo ingreso N°2710-20, Tottus señala: **[32]**.

105. Adicionalmente, la entrada del supermercado Jumbo a la ciudad de Valdivia ha incorporado un competidor con una propuesta de posicionamiento que antes de su entrada no necesariamente estaba cubierta por los actores presentes en dicha área geográfica, lo cual podría resultar beneficioso para los consumidores finales. Esto fue señalado por otros actores de la industria y no hubo ninguno – de entre todos aquellos consultados por esta Fiscalía – que planteara una opinión contraria, incluidos competidores locales¹³⁰.
106. Lo anterior más aun considerando que en un escenario contrafactual probable la posición de Cencosud no necesariamente sería reemplazada por un actor distinto a una cadena nacional o, a lo sumo, sería recogida por un actor equivalente, causando en cualquiera de esos casos una mayor concentración en el mercado de supermercados en Valdivia¹³¹⁻¹³².
107. En efecto, un actor local en la industria señaló, consultado sobre quiénes podrían haber arrendado el Inmueble en lugar de Cencosud, que *“no veo muchas posibilidades más que un Jumbo, un Tottus, u otro Líder, porque estamos hablando de una construcción importante, en una zona como el centro de Valdivia donde el valor por metro cuadrado (...) estamos hablando de estacionamientos de dos o tres pisos, de galerías comerciales de dos o tres pisos y sala importantísima (...) estamos hablando, no conozco los metros cuadrados de la sala pero deben ser unos mil, mil quinientos metros solamente de sala, no veo otra cadena más allá de estas importantes”*¹³³.
108. Atendidos los montos comprometidos en el Inmueble, el propietario del mismo declaró que tampoco aceptaría una alternativa distinta de las grandes cadenas de supermercados. De hecho, incluso rechazó la alternativa de arrendar al grupo Villablanca cuando operó el Inmueble bajo la marca Bigger. Al efecto señaló: *“nosotros nunca le aceptamos a SMU el ceder el contrato de arrendamiento a Villablanca, nuestro arrendatario siempre fue SMU, nosotros no quisimos asumir el riesgo de contraparte del señor Villablanca porque nosotros sabíamos que el respaldo*

¹³⁰ Así, podemos destacar lo siguiente lo siguiente: **[33]**.

¹³¹ Véase: respuesta de Supermercados Eltit de 21 de julio de 2020, al oficio ORD. N°1259-2020, correlativo ingreso N°2571-20 y respuesta de Hipermercados Tottus S.A. de fecha 29 de julio de 2020, correlativo ingreso N°2710-20.

¹³² Tampoco existía la posibilidad de destinar el Inmueble a un uso distinto del de supermercados. El propietario del Inmueble, don Ricardo Bayelle Nahum, representante legal de Inmobiliaria Catedral S.A. declaró con fecha 23 de julio de 2020 que: **[34]**.

¹³³ Declaración de don Héctor Segovia, Gerente de Finanzas de Mi Barrio y Teja Market, de fecha 7 de agosto de 2020.

*comercial de Villablanca no era igual que el de SMU. Desde el punto de vista legal SMU siempre fue nuestra contraparte*¹³⁴.

109. El único operador de supermercados de cadena que no tiene presencia en Valdivia, Tottus, tampoco fue una alternativa, pues su ausencia de la zona sur del país atiende a [35]¹³⁵.
110. Consecuentemente, en el escenario alternativo al Contrato de Arrendamiento se habría producido con elevada probabilidad la entrada de algún competidor equivalente a Cencosud, o en una alternativa donde el Inmueble hubiera permanecido cerrado, caso en el cual la concentración en el mercado sería mayor a la que existe actualmente.
111. La entrada de Jumbo en Valdivia, en ese contexto, resulta menos lesiva que las alternativas que existirían en una hipótesis contrafactual probable. Lo anterior considerando que la entrada de otros supermercados de cadenas nacionales en el Inmueble podría tener efectos de diversa naturaleza en el mercado supermercadista de la ciudad de Valdivia, ya sea aumentando la concentración existente o afectando otras variables competitivas de la industria.

4.2 Permanencia de las Medidas en la ciudad de Valdivia

112. En atención a los distintos argumentos esgrimidos supra, respecto a las condiciones competitivas que actualmente existen en Valdivia y la forma en que éstas han ido variando en los últimos años, para esta Fiscalía, al considerar si se ha producido un cambio significativo y permanente, es posible afirmar que efectivamente se ha producido un cambio de circunstancias que justifican la revisión de la Condición Primera en cuanto medida de mitigación para considerar si se han tornado inoficiosas o inconsistentes¹³⁶.

¹³⁴ Declaración de don Ricardo Bayelle Nahum, representante legal de Inmobiliaria Catedral S.A. de fecha 23 de julio de 2020.

¹³⁵ Véase la respuesta de Hipermercados Tottus S.A. de fecha 29 de julio de 2020, correlativo ingreso N°2710-20, donde se señala: [36].

¹³⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia 147/2015. A este respecto, el H. TDLC ha señalado que “*Que, por regla general, las pretensiones constitutivas modificatorias están regidas por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer principalmente su eficacia y justicia. Según Zafra, la posibilidad de dictar una nueva sentencia en estos casos se debe a “[...] un cambio operado en las circunstancias de hecho que dieron base a la constitución jurisdiccional –en casos en que la persistencia del efecto constitutivo está justificada en tanto en cuanto se mantienen idénticas las expresadas circunstancias–, remueve el estado de cosas creado por la primera sentencia, restableciendo el que existía con anterioridad a la misma*” (Zafra Valverde, ob. cit., 213)” pp.59-60. En el caso de Lufthansa / Swiss, COMP/M.3770, la Comisión Europea estableció en sus medidas que: “A

113. Así, entre la Resolución N°43/2012 y el día de hoy se ha producido una desconcentración relevante en el mercado, motivada por la incorporación de nuevos actores, tanto de cadena (incorporación de marca Jumbo) como regionales (Eltit y Teja Market), la disminución de la presencia de otros actores relevantes (salida de dos locales de SMU) y la afectación de las variables competitivas de la industria, traducidas en un aumento en la calidad de los productos, a través del aumento en la diversidad de productos y la consecuente existencia de marcas propias. Adicionalmente, cabe destacar que no se han producido un aumento de precios en el segmento supermercadista de la ciudad.
114. En definitiva, las circunstancias del mercado entre 2012 y el día de hoy han variado de forma significativa, tal como hemos señalado *supra*, con presencia de actores independientes, que pese a no tener igual posicionamiento que las cadenas de supermercados a nivel nacional, podrían también representar una alternativa de abastecimiento para el consumidor.
115. Al respecto, es posible a su vez esperar que dicho cambio sea permanente, considerando que de los resultados de la investigación no fue posible avizorar la salida de ninguno de dichos actores, así como tampoco de alguna modificación a las condiciones de competencia actualmente vigentes que disminuyan la calidad de los servicios prestados¹³⁷.
116. De tal forma, esta Fiscalía estima que mantener la vigencia de la Condición Primera respecto de la ciudad de Valdivia (bajo el alcance otorgado por la Excelentísima Corte Suprema, esto es, como una prohibición de entrada de actores con más de un 25% de participación nacional en el Inmueble) carecería de relevancia en el evento de

requerimiento de la entidad fusionada, todas las condiciones establecidas pueden ser revisadas, alzadas o modificadas por la Comisión en base a una evaluación de largo plazo del mercado" (traducción libre del inglés: "at the request of the Merged Entity, all the Commitments submitted herein may be reviewed, waived or modified by que Commission base don a long-term market evolution", p. 65. Finalmente, en el caso de Hoffmann – La Roche / Boehringer Mannheim, COMP/M.950 la antedicha Comisión señaló "[l]a investigación de la DG COMP indica que desde la adop-ción de la Decisión Roche ha concedido 35 licencias PCR en aplicación de los compromisos, incluidas «licencias am-plias» a algunos de sus principales competidores, lo que se ha traducido en un aumento del número de operadores significativos activos en el mercado de sondas de ADN del EEE. Además, la mayor parte de las 119 patentes rela-cionadas con la tecnología PCR a la que Roche se había comprometido a dar acceso en aplicación de los compro-misos (incluidas las patentes originales) han expirado". Disponible vía web en: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0629\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0629(07)&from=EN)> (última consulta: 26 de agosto de 2020).

¹³⁷ En sus respuestas, los competidores consultados no indicaron posibles cierres que pudieran aumentar los índices de concentración en el mercado a niveles cercanos a los existentes en 2012. Asimismo, y tal como se indica en la Nota al pie N°149 siguiente, los contratos de arrendamiento que se celebran sobre inmuebles para supermercados son de muy largo plazo. Finalmente, tal como se indicó en la Nota al pie N° 143, existe la posibilidad de que se abran nuevos supermercados en la ciudad.

aprobarse el Contrato de Arrendamiento y, en caso contrario, podría conllevar una superposición innecesaria de regulación, considerando el control previo obligatorio previsto por el Acuerdo Conciliatorio para Cencosud, y el régimen de control obligatorio de operaciones de concentración contenido en el Título IV del DL 211, tornándola en cualquier caso inoficiosa.

117. Adicionalmente, de autorizarse por este H. Tribunal la entrada de Cencosud en el Inmueble, y de mantenerse las circunstancias actuales, la Condición Primera sería aplicable únicamente a una posible operación de concentración futura que conlleve la cesión de los derechos de Cencosud en el Inmueble a Walmart o SMU. A este respecto, no obstante considerar que dicho escenario es de una baja probabilidad¹³⁸, esta Fiscalía entiende que dichas compañías están sujetas de igual manera a condiciones adicionales al control obligatorio de operaciones de concentración previsto en el título IV del DL 211. En el caso de Walmart, con la obligación de informar a la FNE con antelación las operaciones de concentración que pretenda celebrar de acuerdo al avenimiento alcanzado con ésta (según se indica en el párrafo 6) y, en el caso de SMU, con la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012, que mantiene a éste obligado a consultar ante este H. Tribunal las operaciones de concentración que realice en la industria supermercadista.

5. CONCLUSIONES

118. En conclusión, esta Fiscalía opina que debería acogerse lo solicitado por Cencosud en la Consulta, aprobándose el Contrato de Arrendamiento y alzándose la Medida de Mitigación en lo que respecta a la ciudad de Valdivia.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N°2, 31° y 32° del DL 211,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO: tener por evacuado el aporte de antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos.

¹³⁸ De acuerdo a la cláusula cuarta de la escritura pública de Contrato de Arrendamiento, éste tiene una duración de 30 años, prorrogable automáticamente por periodos de 10 años cada uno, salvo que la Arrendataria manifieste su intención de no perseverar con el arriendo mediante aviso enviado con al menos 12 meses de anticipación.

PRIMER OTROSÍ: solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes antecedentes, que constituyen el expediente de la investigación efectuada por esta Fiscalía, enumerados como se señala a continuación:

1. Copia del ORD 56 de fecha 16 de junio de 2020, remitido por el H. TDLC a la FNE.
2. Resolución de inhabilidad de la Jefa de la División de Fusiones.
3. Resolución de inhabilidad del Fiscal Nacional Económico.
4. Resolución de inicio de investigación.
5. Oficio ORD 1257-2020.
6. Oficio ORD 1258-2020.
7. Oficio ORD 1259-2020.
8. Oficio ORD 1260-2020.
9. Oficio ORD 1261-2020.
10. Oficio ORD 1262-2020.
11. Oficio ORD 1263-2020.
12. Oficio ORD 1264-2020.
13. Oficio ORD 1265-2020.
14. Correlativo ingreso N°2622-20.
15. Correo electrónico de don S. Quesney.
16. Respuesta de Inmobiliaria Catedral.
17. Oficio ORD 1303-2020.
18. Acta de declaración de Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios.
19. Audio de la declaración de Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios.
20. Correlativo ingreso N°2549-20.
21. Solicitud de prórroga de Walmart Chile S.A.
22. Correlativo ingreso N°2554-20.
23. Correo electrónico que contiene respuesta de SMU S.A.
24. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos de la primera respuesta de SMU S.A.
25. Correlativo ingreso N°2555-20.
26. Correo electrónico con segunda respuesta de SMU S.A.
27. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos de la segunda respuesta de SMU S.A.
28. Correlativo ingreso N°2557-20.
29. Correo electrónico con respuesta de Cencosud S.A.
30. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos de la respuesta de Cencosud S.A.
31. Correlativo ingreso N°2571-20.

32. Correo electrónico que contiene la respuesta de Eltit S.A.
33. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos de la respuesta de Eltit S.A.
34. Oficio ORD 1315-20.
35. Acta de declaración de don Guillermo Villablanca.
36. Audio de declaración de don Guillermo Villablanca.
37. Oficio ORD 1323-20.
38. Acta de declaración de Inmobiliaria Catedral.
39. Audio de declaración de Inmobiliaria Catedral.
40. Oficio ORD 1334-20.
41. Oficio ORD 1340-20.
42. Oficio ORD 1341-20.
43. Correlativo ingreso N°2679-20.
44. Correo electrónico que contiene la respuesta de Walmart Chile S.A.
45. Documento de respuesta de Walmart Chile S.A.
46. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos de la respuesta de Walmart Chile S.A.
47. Correlativo ingreso N°2710-20.
48. Respuesta de Hipermercados Tottus S.A.
49. Oficio ORD 1379-20.
50. Oficio ORD 1380-20.
51. Correlativo ingreso N°2475-20.
52. Documento que complementa respuesta de Cencosud S.A.
53. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos del complemento de respuesta de Cencosud S.A.
54. Oficio ORD 1384-2020.
55. Oficio ORD 1386-2020.
56. Oficio ORD 1387-2020.
57. Oficio ORD 1388-2020.
58. Oficio ORD 1389-2020.
59. Oficio ORD 1390-2020.
60. Acta de declaración de Cencosud S.A.
61. Archivo de video de declaración de Cencosud S.A.
62. Acta de declaración de SMU S.A.
63. Archivo de video de declaración de SMU S.A.
64. Acta de declaración de Walmart Chile S.A.
65. Audio de declaración de Walmart Chile S.A.
66. Acta de declaración de Eltit S.A.

67. Archivo de video de declaración de Eltit S.A.
68. Acta de declaración de supermercados Mi Barrio y Teja Market.
69. Archivo de video de declaración de supermercados Mi Barrio y Teja Market.
70. Correo electrónico de don Héctor Segovia.
71. Documento de respuesta de supermercados Mi Barrio y Teja Market.
72. Oficio ORD 1443-2020.
73. Correlativo ingreso N°2875-20.
74. Documento que aporta información de Cencosud S.A.
75. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos al aporte de información de Cencosud S.A.
76. Correlativo ingreso N°2977-20.
77. Correo de respuesta del Instituto Nacional de Estadísticas.
78. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos a la respuesta del Instituto Nacional de Estadísticas.
79. Correlativo ingreso N°3041-20.
80. Correo electrónico que contiene respuesta de Cencosud S.A.
81. Carpeta de soporte digital, que contiene los anexos a la respuesta de Cencosud S.A.
82. Anexo de confidencialidad de la presentación de esta Fiscalía ante el H. TDLC, en esta misma causa.
83. Resolución de confidencialidad, mediante Resolución Exenta N°441 de 31 de agosto de 2020.

SEGUNDO OTROSÍ: de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211 y en el Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal, solicitamos mantener la confidencialidad de los antecedentes enumerados en el primer otrosí de esta presentación, en sus numerales 1 a 82, cuya reserva fue decretada mediante Resolución Exenta FNE N° 441 de 31 de agosto de 2020 acompañada en el numeral 83 del primer otrosí anterior. Se hace presente asimismo que el Anexo de Confidencialidad acompañado en el número 82 del primer otrosí, se refiere a todos los documentos singularizados como confidenciales en este informe, mediante su enumeración en paréntesis cuadrado “[]”, cuya reserva viene dada ya sea por referirse a un documento confidencial, o por tratarse de análisis de esta Fiscalía hechos con datos confidenciales de terceros.

TERCER OTROSÍ: Vengo en acompañar versión pública del expediente de investigación compuesto por los antecedentes enumerados en el primer otrosí de esta presentación, en razón de la confidencialidad solicitada en el segundo otrosí anterior, para lo cual solicito se esté a la enumeración mencionada en dicho primer otrosí.

CUATRO OTROSÍ: Conforme al Protocolo por Emergencia Sanitaria Covid-19 dictado por este H. Tribunal con fecha 26 de junio de 2020, solicito la creación de un *drive* institucional a fin de poder adjuntar los antecedentes ofrecidos en el primer y tercer otrosí de esta presentación, habida cuenta que éstos tienen un peso que excede los 25 megabytes (la versión comprimida de los mismos supera los 2,5 gigabytes). De acuerdo a dichas instrucciones, solicito que el *drive* sea enviado a la dirección de correo electrónico del abogado Leonel Leal Salinas a la dirección lleal@fne.gob.cl.

QUINTO OTROSÍ: Solicito a este H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica deriva de mi calidad de Subfiscal Nacional Económico, según consta en Resolución Exenta N°137/122/2019 de fecha 23 de julio de 2019, y en la inhabilidad del Fiscal Nacional Económico que consta en resolución de fecha 3 de julio de 2020 que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación.

SEXTO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Aníbal Palma Miranda y don Leonel Leal Salinas, ambos de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que suscriben este documento en señal de aceptación.

Ricardo
Felipe Cerda
Becker

Firmado digitalmente por Ricardo Felipe Cerda Becker
Fecha: 2020.08.31 19:36:33 -04'00'

Aníbal
Enrique
Palma
Miranda

Firmado digitalmente por Aníbal Enrique Palma Miranda
Fecha: 2020.08.31 19:40:35 -04'00'