

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

RESOLUCIÓN N° 65/2021

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil veintiuno.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N°465-20

CONSULTANTE: Cencosud S.A.

OBJETO: Se solicita que el Tribunal apruebe el contrato de arrendamiento entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A. respecto del área destinada a supermercado ubicado en la ciudad de Valdivia, en forma pura y simple; y modifique parcialmente la medida de mitigación establecida en la Condición Primera, número 1 letra l) de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal, específicamente eliminando aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante: Cencosud S.A. (la "Consultante" o "Cencosud");
2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:
 - a) Inmobiliaria Catedral S.A.
 - b) Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores.
 - c) Fiscalía Nacional Económica.

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. Al folio 5, el 22 de mayo de 2020, la Consultante solicitó que este Tribunal aprobara el contrato de arrendamiento entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A. respecto del área destinada a supermercado ubicado en la ciudad de Valdivia, en forma pura y simple; y que se modificara parcialmente la medida de mitigación establecida en la condición primera, número 1 letra l) de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal (Resolución N° 43), específicamente eliminando aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia ("Consulta").

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. En primer lugar, Cencosud explica el contexto de esta Consulta, señalando que la Resolución N° 43 aprobó la fusión entre SMU S.A. (“SMU”) y Supermercados del Sur S.A. (“SDS”), sujeta a seis condiciones. La condición primera obligó a SMU a enajenar como unidad económica un conjunto de activos, entre ellos, dieciocho locales comerciales, dentro de los cuales se encuentra el área destinada a supermercado ubicado en la ciudad de Valdivia (“local Valdivia”) donde operaba SDS. Todos estos inmuebles debían enajenarse a un mismo adquirente, no relacionado con SMU y que no tuviera participación superior a un 25% de las ventas en el mercado supermercadista nacional.

3. En cuanto al desarrollo del proceso de desinversión en Valdivia, señala que, el año 2014, los derechos sobre el local Valdivia fueron adquiridos por Network Retail SpA (“Bigger”). Sin embargo, Bigger salió del mercado en 2015 por reorganización judicial y, luego, la empresa fue liquidada. De esta forma, en agosto de 2015 el local Valdivia dejó de operar. Posteriormente, en 2016, Cencosud Shopping Centers S.A. celebró un contrato de arrendamiento sobre el local Valdivia, recibiendo un inmueble vacío, en el que, luego de una serie de inversiones en infraestructura y equipamiento, inauguró el supermercado Jumbo.

4. A continuación, da cuenta de que la Sentencia Rol N° 44.266-17 de la Excma. Corte Suprema ordenó a la Consultante desinvertir el local Valdivia o someter el contrato de arrendamiento anteriormente señalado a consulta ante este Tribunal. De conformidad con dicha orden, Cencosud inició este procedimiento no contencioso.

5. Cencosud explica que la condición primera de la Resolución N° 43 buscaba que la enajenación conjunta de los inmuebles singularizados en ésta reestableciera las condiciones de competencia anteriores a la fusión entre SMU y SDS, potenciando la entrada o el fortalecimiento de un nuevo competidor. De esta forma, mediante la enajenación conjunta se buscaba que quien adquiriera la unidad económica en operación tuviera una escala suficiente para operar de manera eficiente. Sin embargo, luego de que Bigger salió del mercado, Cencosud celebró el contrato sobre un inmueble vacío y sin operación.

6. Respecto del mercado relevante del producto, la Consultante señala que en la Resolución N° 43 se definió este como el de *“aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en la 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”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Por su parte, sobre el mercado relevante geográfico, sostiene que, si bien en la Resolución N° 43 fue analizada la dimensión nacional, se consideró específicamente la dimensión local desde el punto de vista de los consumidores, concluyendo que corresponde al mercado geográfico “[e]l área comprendida en cada mercado geográfico varía según las características de la zona, por ejemplo si es urbana o rural, pero en general se delimita por isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 minutos.” Para Valdivia, el mercado geográfico quedó restringido a la zona céntrica de la ciudad, delimitada por isócronas de 5 minutos contadas desde los locales céntricos de la entidad fusionada. Finalmente, la Consultante señala que se analizó el Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) antes de la operación de concentración (2.708 puntos) y después de ella (4.182 puntos). De modo similar, indica que la Fiscalía Nacional Económica calculó un HHI previo a la operación de concentración entre SMU y SDS en la comuna de Valdivia, de 2.944 puntos; y uno posterior a la operación, de 4.580 puntos.

8. A continuación, Cencosud revisa los cambios de circunstancias relevantes desde el año 2012 en adelante, dividiéndolos en dos conjuntos, el primero relativo a cambios relevantes en el escenario competitivo; y el segundo, relacionado con los antecedentes sobrevinientes que implican que la medida impuesta sea inidónea para conseguir su propósito principal, además de que ya se produjo el cumplimiento efectivo por SMU de dicha condición, lo que fue confirmado tanto por este Tribunal como por la Excma. Corte Suprema.

9. Dentro del primer conjunto, considera como un cambio relevante en el escenario competitivo, en primer lugar, la evolución del mercado supermercadista en Valdivia, destacando el aumento de la cantidad de supermercados desde 2012, ya que ingresaron, a lo menos, cinco nuevos supermercados (dos del grupo Walmart, uno de Eltit, uno de El Trébol y otro de Teja Market). Lo anterior, muestra un mercado dinámico y en constante crecimiento. Añade que el índice HHI actual es menor al índice previo a la operación de concentración entre SMU y SDS (2.708 puntos versus 2.569 puntos, luego del ingreso de Jumbo en Valdivia), lo que muestra que el mercado se ha desconcentrado.

10. En segundo lugar, sostiene que, según encuestas realizadas en los años 2017 y 2018, antes del ingreso de Eltit, el actual comportamiento de los consumidores permite una definición más amplia de mercado relevante geográfico, por lo que propone que se considere isócronas de 15 minutos o toda la ciudad de Valdivia.

11. En tercer lugar, enfatiza la evolución de los operadores supermercadistas, señalando que el fin accesorio de la Resolución N° 43 era lograr el ingreso de un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competidor efectivo y que, si bien Bigger salió del mercado, es posible observar la evolución y fortalecimiento de nuevos actores como las cadenas independientes en Valdivia y de la marca Tottus a nivel nacional.

12. En cuarto lugar, da cuenta de la evolución del *e-commerce*, describiendo el aumento explosivo del uso de plataformas tecnológicas, especialmente en el segmento de supermercados. Al respecto señala que, en este tipo de comercio, el espacio físico o presencial de compra deja de ser tan relevante como lo era antes y sostiene que esto es una clara evidencia del dinamismo propio de este mercado. Cencosud añade que tanto las nuevas tecnologías y participaciones en el mercado dan cuenta de un mercado en evolución y dinámico, lo que modifica el escenario revisado por este Tribunal en la Resolución N° 43 e influye en la determinación del rol que se le asigna el espacio físico en donde se ubica el supermercado y la definición del mercado relevante.

13. La Consultante también señala como un cambio de condiciones que justificaría la modificación de la condición primera en los términos solicitados, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 que introdujo un nuevo sistema de control obligatorio de las operaciones de concentración a cargo de la Fiscalía Nacional Económica. Este cambio legal justificaría a su vez modificar la condición primera, pues ya existe un mecanismo de revisión de fusiones.

14. A continuación, Cencosud señala que un segundo conjunto de circunstancias que justifican la modificación de la condición primera de la Resolución N° 43 está relacionado, en primer lugar, con la pérdida de objeto y eficacia de esta condición a la luz del objetivo buscado por esta, a saber, la enajenación como una misma unidad económica de un conjunto de activos en funcionamiento para el ingreso de un nuevo competidor en el mercado relevante. Cencosud sostiene como una primera razón que demuestra la pérdida de eficacia y vigencia de esta condición, el que el conjunto de activos hoy ya no forma parte de una misma unidad económica, pues ésta fue desmembrada por la salida de Bigger del mercado. Además, afirma que mantener esta condición es desproporcionado a su objeto, pues implica una limitación de carácter permanente y general recaída, ahora, sobre un inmueble vacío.

15. Como segunda razón de la pérdida de eficacia y vigencia de la condición primera, Cencosud arguye el cese de la operación del local Valdivia y la entrada orgánica al mercado de Jumbo en Valdivia. Lo anterior, pues la condición primera y segunda de la Resolución N° 43 exigían que los locales se enajenaran en funcionamiento con el objetivo de garantizar la adquisición de un supermercado propiamente tal y no un casco vacío, que no puede considerarse como una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operación de concentración. Además, la Consultante afirma que se tuvieron que realizar inversiones tanto en infraestructura, equipamiento y recursos humanos, además de obtener los respectivos permisos para el inicio de operaciones de Jumbo en Valdivia, lo que es consistente con los tiempos e inversiones consideradas para la entrada en verde u orgánica del nuevo supermercado.

16. Cencosud añade que el local Valdivia no tenía un carácter único e irrepetible y no constituyó un activo que por sí mismo permitiera desarrollar una actividad económica exclusiva. Lo anterior, por cuanto existen otros espacios físicos disponibles en Valdivia, como lo demuestra el ingreso de cinco nuevos supermercados desde el año 2012. Además, Cencosud habría evaluado una serie de ubicaciones aptas para un supermercado en la ciudad antes de celebrar el contrato de arrendamiento objeto de esta Consulta.

17. Finalmente, a folio 62, Cencosud ofreció documentos que corresponden, en general, a cartas de clientes y trabajadores del Jumbo que dan cuenta de los beneficios del ingreso de este supermercado a la ciudad y los riesgos de su cierre. Por su parte, a folio 65, ofreció el Informe Económico “Informe económico en el contexto de la consulta ante el TDLC sobre Jumbo Valdivia”, elaborado por los economistas Fernando Coloma y Juan Pablo Montero.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

18. A folio 7, el 2 de junio 2020, se dio inicio al procedimiento no contencioso de autos relativo a la aprobación de la suscripción del contrato de arrendamiento entre la Cencosud Shopping S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A. y la modificación parcial de la medida de mitigación establecida en la Condición Primera de la Resolución N° 43, en lo referente a la comuna de Valdivia. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la FNE; al Servicio Nacional del Consumidor; a la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G.; a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile; a la Confederación de la Producción y del Comercio; a la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile; a la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile; y a la Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G., a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de treinta días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

19. Al folio 26, el 20 de agosto de 2020, Inmobiliaria Catedral S.A. (“Inmobiliaria Catedral”) aportó antecedentes dando cuenta de la información histórica de la propiedad. De esta forma, explica que en 1999 adquirió el dominio del inmueble en donde se emplaza actualmente Jumbo en Valdivia. Indica que en este inmueble se desarrolló un proyecto de construcción de un centro comercial compuesto de 28 locales comerciales, un local destinado a la operación de un supermercado (local Valdivia) y estacionamientos.

19.1. A continuación, señala que el año 2008, celebró un contrato de arrendamiento de este inmueble con Comercializadora del Sur Seis Ltda. y que, luego, esta última celebró un subarriendo con SDS respecto del mismo inmueble. En el año 2012, SDS cedió sus derechos de subarriendo a Rendic Hermanos S.A., la que, a su vez, subarrendó a Bigger SpA. Sin embargo, durante el año 2015, Bigger SpA cerró su operación y atención al público local.

19.2. Añade que entre el cierre de operaciones de Bigger y el año 2016, no recibió ofertas para arrendar el local Valdivia hasta que celebró el contrato de arrendamiento con Cencosud en agosto de dicho año. Destaca que, incluso, durante el año 2015, exploró la posibilidad de un arriendo y que, mediante una comunicación informal con un ejecutivo comercial de Tottus, éste le manifestó que no estaba interesado en el arriendo del local Valdivia.

19.3. Inmobiliaria Catedral sostiene que el local Valdivia contempla infraestructura especial para supermercados sin posibilidad de reconversión. De esta forma, no puede ser utilizado por tiendas como Easy o Homecenter, dado que la resistencias de las fundaciones y la losa del inmueble no soportarían la carga por metro cuadrado que se requiere para ese tipo de negocio. Tampoco sería viable que se instale un operador de menor tamaño porque el diseño del local no le resultaría conveniente.

19.4. Luego, respecto de los beneficios del actual arriendo a Cencosud, señala que con la llegada de Jumbo a Valdivia existe una mayor variedad y calidad de productos para los clientes. Asimismo, se creó un polo de actividad económica que favorece a los locales comerciales que funcionan “trascaja”; y se instalaron y mantuvieron otros comercios en locales adyacentes o cercanos que durante el cierre de Bigger se habían visto afectados y que con el funcionamiento de Jumbo volvieron a operar normalmente. También, arguye que la llegada de Jumbo a Valdivia habría generado beneficios a la comunidad por una mayor competitividad en el mercado, tanto en precios, variedad y calidad de productos, entre otros. Por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

último, indica que, al no encontrarse el local Valdivia abandonado, sino que, operado por Jumbo, se evita la generación de focos de insalubridad y de inseguridad para la comunidad.

20. A folio 31, el 29 de agosto de 2020, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (“Conadecus”) aportó antecedentes describiendo, en primer lugar, los antecedentes de este procedimiento y el origen de la Consulta, además de dar cuenta de su interés legítimo en participar.

20.1. En cuanto al mercado relevante, señala que pueden inferir que es el de *“aprovisionamiento regular por parte de tiendas de superficie diseñadas para tales efectos ubicadas en la ciudad de Valdivia para un consumidor local, comunal como regional donde se pueden adquirir productos alimenticios, como de otro carácter para el consumo corriente del hogar”*. Indica que, desde el punto de vista del consumidor, se espera un aprovisionamiento periódico (semanal, quincenal o mensual) y su comportamiento dependerá, en el aspecto geográfico, de los costos de desplazamiento y de la calidad como disponibilidad de los productos.

20.2. Asimismo, Conadecus sostiene que se debe considerar para su análisis que la industria de los supermercados es una industria de redes, donde el negocio no es la explotación de cada local por separado, sino que la suma de estos asociados, a su vez, a un negocio financiero y crediticio.

20.3. En cuanto al mercado relevante geográfico, Conadecus afirma que, para el caso de Valdivia, debe analizarse tanto a nivel de provincia como de comuna y como ciudad, no siendo esta última un mercado único. Concluye que la alternativa principal de las familias que viven tanto dentro de la comuna como en la provincia de Valdivia es la ciudad de Valdivia, debido a las distancias de desplazamiento que implica y a que no existen grandes urbes cercanas.

20.4. Luego, Conadecus caracteriza a los consumidores de Valdivia destacando, en primer lugar, que el 76% de los habitantes de Valdivia se clasifican en nivel socioeconómico de ingresos medio-bajo y muy bajo (similar a la estructura promedio del país). Señala que el principal ítem de gasto para las familias es en alimentos y bebidas no alcohólicas (entre un 21,54% y un 28,99%) y que, si se añaden otros ítems relacionados al *retail* como vestuario, calzado, muebles y artículos para el hogar, las familias pertenecientes al 60% de los ingresos más bajos gastan entre un 32,6% y un 38,3% de su presupuesto mensual en estos ítems. De esta forma, las consideraciones de real competencia en sector de *Retail* / supermercados son especialmente importantes, dada su relevancia en el gasto general de las familias (aún más si se agrega *retail* financiero).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.5. Continúa su aporte de antecedentes, refiriéndose a la Consultante y el mercado de redes, señalando que Cencosud forma parte del Grupo Cencosud que es un *retailer* con estrategia multiformato y con operaciones en diversos países de la región. Afirma que el negocio más relevante de este grupo es el de supermercados e hipermercados, en donde posee una participación del 28% aproximadamente siendo el segundo actor, después de Walmart. También Cencosud opera tiendas por departamento con su marca Paris (y, antes, con Johnson) siendo el primer operador de Tiendas por Departamento en términos de número de tiendas y sala de ventas, pero el segundo en cuanto a los ingresos. Asimismo, el grupo participa en el segmento de mejoramiento del hogar con la tienda Easy, que es el segundo actor en el mercado en término de ingresos. Mientras que, en centros comerciales, Cencosud ostenta el tercer lugar tras el Grupo Plaza (Falabella y Saitec-Walmart). En el negocio financiero, participa con Scotiabank y, respecto de tecnología digital, Conadecus indica que desconoce si la introducción de nuevas tecnologías como Cornershop y otras han generado algún cambio en las condiciones de competencia en la industria.

20.6. En cuanto a su posición respecto de la Consulta, señala que la operación debe analizarse en tanto industria de redes respecto de la localización de Valdivia, sin obviar un mercado relevante más amplio. Ahora bien, Conadecus considera, según lo revisado y respecto del mercado relevante geográfico de Valdivia, que pareciera no gravarse o lesionarse aspectos competitivos en demasía. Con todo, esperan que, esta vez, la FNE vele por el cumplimiento de la Resolución N° 43, enmendada o no como consecuencia de esta Consulta. Asimismo, solicitan que Cencosud acoja el llamado de consumidores locales respecto no solo a mayor competencia sino a un clima más llano, cordial y receptivo con las comunidades locales, de manera que éstas vean en los supermercados lugares que proveen bienes a precios justos, razonables y accesibles, aún más si lleva utilizando el local Valdivia por años habiéndose vulnerado la regulación vigente conforme a lo decidido por la Excmá. Corte Suprema, sin haber remediado a la comunidad al respecto.

20.7. A modo de conclusión, señala que, sobre la base de nuevos antecedentes que constituyen un cambio de circunstancias, la resolución puede ser modificada por las vías señaladas en el D.L. N° 211. En dicho análisis se deberá considerar que Bigger se desprendió de los activos anteriormente adquiridos. Dado que las circunstancias han evolucionado y teniendo presente el gravamen que afecta el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

local Valdivia, no le cabe a la Consultante otra opción que pedir esta modificación al Tribunal.

21. Al folio 32, el 31 de agosto de 2020, la Fiscalía Nacional Económica, aportó antecedentes describiendo, en primer lugar, la Consulta. A continuación, se refiere al acuerdo conciliatorio con Cencosud de 2008, el que contemplaba las siguientes obligaciones: (i) mantener condiciones generales con sus proveedores; (ii) pagar a sus proveedores dentro de treinta días; (iii) no exigir a sus proveedores el pago de sus prestaciones antes del plazo de pago; y (iv) consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31 del D.L. N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

21.1. Luego, describe la Resolución N° 43 que aprobó la fusión entre SMU y SDS imponiendo medidas de mitigación. Dentro de las medidas se consideró la desinversión y se prohibió que los activos pudieran ser adquiridos por incumbentes que tuvieran más de un 25% del mercado supermercadista a nivel nacional, en términos de ventas anuales, a la fecha de dictación de la resolución. Cumpliendo con dicha resolución, SMU desinvertió un paquete de activos destinados a supermercados, entre los que se encontraba el local Valdivia. Este paquete fue adquirido por el grupo empresarial de la familia Villablanca que lo operó bajo la marca Bigger entre 2014 y 2015.

21.2. Continuando su aporte de antecedentes, la Fiscalía se refiere a la demanda de Conadecus que originó la causa Rol C N° 315-17 conocida por este Tribunal y a las razones que justificaban rechazarla. Explica que la demanda fue rechazada por el Tribunal mediante la Sentencia N° 159/2017, en primer lugar, atendido que se consideró que el destinatario de la condición primera de la Resolución N° 43 era SMU y no posteriores adquirentes. Por tanto, el contrato de arrendamiento celebrado por Cencosud no incumplió esa condición y tampoco este podía ser considerado como una operación de concentración, especialmente porque el local Valdivia tendría la categoría de activo desnudo. Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en Sentencia de 24 de febrero de 2020, Rol N° 44.266-2017, conociendo de un recurso de reclamación en contra de dicha sentencia, sostuvo que Cencosud incumplió la Resolución N° 43 y el acuerdo conciliatorio celebrado con la FNE.

21.3. Respecto de la competencia de este Tribunal para conocer y revisar medidas de mitigación impuestas en el marco de un procedimiento no contencioso, señala que ha sido reconocido por la Fiscalía en diversas ocasiones y que ello también ha sido reconocido por este Tribunal. La FNE sostiene que la facultad de modificación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de medidas impuestas en procedimientos contenciosos y no contenciosos está contenida en el artículo 32 del D.L. N° 211, el cual permite el cambio de estas medidas cuando nuevos antecedentes permiten variar la calificación de los actos que son objeto de ellos. Después, se refiere al estándar aplicable a la revisión o alzamiento de medidas de mitigación impuestas como condiciones para perfeccionar una operación de concentración y argumenta que este estándar debe ser de naturaleza finalista. En consecuencia, corresponde analizar los nuevos antecedentes para acreditar que ha ocurrido un cambio significativo y de carácter permanente en la estructura del mercado, que torne las medidas de mitigación inoficiosas o inconducentes para el fin originalmente perseguido con su imposición.

21.4. Posteriormente, la Fiscalía realiza un análisis competitivo a la industria, definiendo supermercado y revisando los tres tipos de actores que pueden distinguirse en este mercado (proveedores, locales de distribución minorista o supermercados, y consumidores finales). Adicionalmente, revisa las ventas de los supermercados a nivel nacional y afirma que éstas se concentran mayoritariamente en cuatro grupos empresariales, de los cuales solo los tres primeros tienen presencia en Valdivia. La FNE explica que cada grupo participa con marcas que logran posicionamiento mediante estrategias competitivas que buscan una diferenciación entre ellas, como se señala a continuación. En primer lugar, está el grupo Walmart, que participa en la industria con sus marcas Líder, Líder Express, Acuenta y Central Mayorista (que es un supermercado mayorista), y su estrategia es la oferta de precios bajos y variedad de productos en su marca Líder. En segundo lugar, está Cencosud con sus marcas Jumbo y Santa Isabel, que cuentan con estrategias de posicionamiento distintas. Así, Jumbo apuesta por la variedad y calidad de los productos, mientras que Santa Isabel ofrece precios competitivos y variedad de productos. En tercer lugar, está SMU con sus marcas Unimarc, Mayorista 10 y Alvi (estos últimos dos, son mayoristas), cuya estrategia es ofrecer calidad y variedad de productos, pero con sensibilidad al precio. Finalmente, el cuarto grupo es el Grupo Falabella, que participa con sus marcas Tottus y Precio Uno, que es mayorista. Tottus ofrece establecimientos amigables, variedad de productos y marcas propias.

21.5. En cuanto a los competidores locales en Valdivia, sostiene que los principales actores, como se indicó, son las cadenas Walmart, Cencosud y SMU. Con todo, también se observa la participación de competidores locales como Eltit S.A., cadena con presencia en las ciudades de Villarrica, Pucón y Valdivia, que ingresó hace pocos años a la ciudad. Teja Market – Mi Barrio es un grupo de supermercados con distintos formatos que tienen presencia en diversos barrios de la ciudad de Valdivia e indica que ambos supermercados operan bajo una misma

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

razón social (Comercial Mi Barrio Limitada). Finalmente, se encuentran El Trébol y Puritan, actores menores con ubicación local y presencia en la ciudad de Valdivia.

21.6. Sobre la evolución del número de actores en el mercado, la FNE señala que desde la Resolución N° 43 hasta la fecha ha existido una evolución importante de supermercados presentes en la ciudad de Valdivia. En particular se han producido, al menos, cinco entradas y cuatro salidas de participantes, según se expone a continuación. En primer lugar, en el año 2013 salieron de operación dos supermercados de SMU, los que fueron adquiridos por el operador local El Trébol. En segundo lugar, como se ha visto, durante el año 2015 cesó operaciones Bigger, pero también entró un nuevo local de supermercado de Teja Market. En tercer lugar, el año 2016 cesó operaciones otro local de SMU, mientras que en 2017 se produjeron dos entradas, el supermercado Jumbo y un supermercado Líder. Finalmente, en el año 2018, Eltit entró al mercado, posicionándose en poco tiempo como un actor relevante en la ciudad, con uno de los locales con mayor superficie.

21.7. La FNE sostiene que la escala de operación de las principales cadenas de supermercados les permite alcanzar significativas ventajas de costos, como la capacidad de obtener mejores condiciones de aprovisionamiento, negociando menores precios con sus proveedores, lo que se ve acentuado con el desarrollo de marcas propias de los supermercados. De esta forma, ha sido de vital importancia para las cadenas el desarrollo de sus propias redes de distribución y así contar con economías de densidad; ahorrar costos de almacenamiento de inventario en las superficies de los locales comerciales; y reducir las exigencias de personal para la recepción de mercadería. Sin embargo, la Fiscalía reconoce que lo anterior hace complejo que, frente a una posibilidad de ejercicio de poder de mercado por parte de incumbentes, se produzca suficiente presión competitiva por parte de competidores menores.

21.8. También, revisa el comercio electrónico en la industria, y señala que, si bien este ha experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años, el desarrollo actual de ventas en línea es aún incipiente. Sostiene que la cadena con mayor porcentaje de ventas en línea alcanza un 3,6%. Además, en Valdivia no todos los actores tienen mecanismos de ventas a través de medios digitales, existiendo algunos que solo recientemente y frente a la contingencia, han implementado algún método de venta no presencial. No obstante, también es cierto que la crisis sanitaria ha motivado 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 supermercados. También analiza la relación entre proveedores e insumos y la intermediación de los supermercados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21.9. En cuanto al mercado relevante del producto, coincide con la definición expuesta por este Tribunal y la Excma. Corte Suprema y reiterada por la Consultante, esto es, *“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”* (Resolución N°43, p. 38-39 y Excma. Corte Suprema, Sentencia de 30 de septiembre de 2013, Rol N° 346-2013, p. 38.). 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*. Afirma que, a este respecto, este Tribunal también ha señalado 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 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)”* (Sentencia N°147/2015, p. 40).

21.10. La FNE explica que su análisis se ha realizado en el marco de dichas definiciones y que, sin perjuicio de la definición de mercado relevante del producto señalada anteriormente, es necesario considerar también ciertas diferenciaciones en el mercado que llevan a que exista mayor cercanía competitiva de unos actores respecto de otros. Esta diferenciación entre supermercados puede basarse en: (i) tamaño y variedad de productos; (ii) cadenas y aquellos supermercados con presencia menor; (iii) enfoque en compras de abastecimiento (compras de despensa mensual o quincenal) y los mayoritariamente enfocados en compras de reposición, donde los consumidores adquieren menor cantidad de productos; (iv) segmentación respecto del nivel socioeconómico del público objetivo; y (v) venta mayorista y minorista.

21.11. En cuanto al mercado relevante geográfico, la FNE sostiene que la Consultante propone un área de influencia basado en isócronas de 15 minutos para la comuna de Valdivia y que, por su parte, la Resolución N° 43 consideró isócronas de 5 minutos para Valdivia. Al respecto, indica que los locales ubicados en la comuna de Valdivia coinciden con aquellos localizados dentro de las isócronas de 5 y 10 minutos en automóvil desde el Jumbo, pero que la isócrona de 5 minutos excluiría a un local de Mi Barrio y a un local Acuenta de Walmart. La Fiscalía explica

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que considera para su análisis ésta última – isócrona de 5 minutos-, pues resulta un escenario conservador y maximiza los efectos de la entrada del Jumbo en Valdivia.

21.12. A continuación, la FNE revisa los posibles efectos para la libre competencia derivados del contrato de arrendamiento celebrado por Cencosud respecto del local Valdivia. En primer lugar, respecto de los efectos unilaterales, realiza un análisis estructural basado en las participaciones de mercado (medida en ventas), señalando que en cuanto a la evolución de participaciones en el mercado desde la Resolución N° 43 hasta la fecha, pueden observarse variaciones relacionadas a la entrada de Cencosud con Jumbo a Valdivia, la disminución de la presencia de SMU y la incorporación de nuevos competidores como Eltit S.A. Agrega que la concentración de mercado medida en HHI muestra que éste ha seguido una tendencia de desconcentración desde el año 2013 a 2019.

21.13. Luego, realiza un análisis descriptivo de dos variables competitivas que podrían haber sido afectadas por la entrada de Jumbo en Valdivia que son variedad y precios. Respecto de la variedad, esto es, la disponibilidad de productos que tienen los supermercados, la Fiscalía explica que la estudió contabilizando el número de productos distintos disponibles en cada uno de los supermercados de Valdivia durante todo el periodo de análisis, y concluye que Jumbo ingresa al mercado con una variedad de productos que es mayor a la de los demás actores. Con todo, indica que no es posible descartar una disminución de la variedad de productos ofrecidos por Líder luego de la entrada de Jumbo en Valdivia y destaca que, en cuanto a las marcas propias de los supermercados, no se observan cambios en variedad, pero sí un aumento en la cantidad de productos de marcas propias a nivel agregado como consecuencia de la entrada de Jumbo. En relación con los precios, señala que la evolución entre los años 2013 y 2019, muestra una tendencia al alza en los precios para todas las cadenas, sin que se observe a primera vista un cambio drástico con la entrada de Jumbo a Valdivia. Además, esta alza es probablemente atribuible al aumento natural de los precios, consecuencia de la inflación.

21.14. La FNE concluye respecto de los eventuales efectos unilaterales que el ingreso de Jumbo a Valdivia coincidió con la desconcentración del mercado debido a la entrada de competidores locales. Adicionalmente, dentro del periodo revisado no se observa un deterioro de las condiciones de competencia en dicho mercado relevante en términos de variedad y precio.

21.15. En cuanto a los posibles efectos coordinados, la Fiscalía indica que éstos pueden ser resultado de una operación de concentración. Para evaluar si el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato de arrendamiento celebrado por Cencosud Shopping S.A. e Inmobiliaria Catedral produjo efectos que pudieren haber facilitado la realización de prácticas concertadas, la FNE revisó la existencia de capacidad de monitoreo en el mercado y si la coordinación era sostenible interna y externamente. Concluye que no considera que la operación consultada aumente en forma significativa los riesgos de las conductas coordinadas ya existentes en la industria.

21.16. En cuanto a las condiciones de entrada, la Fiscalía describe que este Tribunal ha considerado como dificultades para la entrada de un actor relevante en la industria supermercadista a nivel nacional, por un lado, las ventajas de costo que adquieren las empresas ya establecidas por las economías de escala, ámbito y densidad y, por otro lado, la posibilidad que tienen las empresas incumbentes de adoptar estrategias que, en los hechos, limitan la actividad de las empresas nuevas. Para este caso en particular, la FNE afirma que no identifica circunstancias que permitan sostener la existencia de condiciones de entrada distintas a lo que se ha dicho a nivel nacional y destaca la disponibilidad de terrenos en Valdivia.

21.17. Luego, la FNE entrega las conclusiones a las que ha arribado en cuanto al objeto de la Consulta. De esta forma, en cuanto al contrato de arrendamiento celebrado por Cencosud, sostiene que este es un hecho consolidado cuyos efectos ya se han producido en el mercado. Afirma que, desde el ingreso de Jumbo a Valdivia, el mercado relevante es menos concentrado que el año 2012. Ello debido, también, a la disminución de locales de SMU y la entrada de nuevos competidores locales como Eltit S.A. Añade que es posible esperar que este cambio sea permanente considerando que en 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 prestados.

21.18. La entrada de Jumbo 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. Además, en un escenario contrafactual probable, la posición de Cencosud (Jumbo) no necesariamente sería reemplazada por un actor distinto a una cadena nacional. A lo sumo, sería recogida por un actor equivalente -otra cadena-, causando en cualquiera de esos casos mayor concentración.

21.19. Luego, respecto de la permanencia de las medidas de la Resolución N° 43 en la ciudad de Valdivia, la Fiscalía indica que se produjo un cambio en las circunstancias que justifican la revisión de la condición primera y que es posible esperar que este cambio sea permanente. Argumenta que mantener la vigencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la condición primera respecto de la ciudad de Valdivia, bajo el alcance considerado por la Excma. Corte Suprema, carece de relevancia en el evento de aprobarse el contrato de arrendamiento objeto de esta Consulta y podría conllevar una superposición innecesaria de regulación, considerando el avenimiento vigente entre la FNE y Cencosud, y el régimen de control obligatorio de operaciones de concentración a cargo también de la Fiscalía, tornando la condición primera de la Resolución N° 43 en inoficiosa. Añade que, de aprobarse el contrato de arrendamiento objeto de esta Consulta y de mantenerse las situaciones actuales, la condición primera solo sería aplicable respecto del local Valdivia a Walmart o SMU. Si bien lo anterior, sería un escenario poco probable, Walmart está además sujeto al control obligatorio de informar a la FNE las operaciones de concentración de conformidad al avenimiento celebrado entre la FNE y Walmart, mientras que SMU está obligado a consultar ante este Tribunal las operaciones de concentración que realice en la industria supermercadista en virtud de la condición sexta de la Resolución N° 43.

21.20. La FNE Concluye afirmando que debe acogerse lo solicitado por la Consultante, aprobándose el contrato de arrendamiento celebrado por Cencosud y alzándose la medida de mitigación contenida en la condición primera de la Resolución N° 43, en lo que respecta a la ciudad de Valdivia.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

22. Al folio 50, consta la citación a la audiencia pública para el 10 de marzo de 2021, a las 9:30 horas. El 9 de febrero de 2021, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta al folio 63, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 1° de febrero del mismo año.

23. En la audiencia pública, la que se realizó mediante videoconferencia, atendida la emergencia sanitaria imperante en el país, intervinieron los apoderados de la Consultante y de los siguientes aportantes de antecedentes: Inmobiliaria Catedral, Conadecus y la FNE, como consta al folio 80.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN

1. Como se señaló en la parte expositiva, en la presente Consulta se solicita: (i) obtener la aprobación, en forma pura y simple, del contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A., en aquella parte que se refiere al Local Comercial Supermercado (en adelante indistintamente, “Contrato de Arrendamiento”); y (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obtener la modificación parcial de la medida de mitigación establecida en la Condición Primera, Numeral 1) Letra I) (en adelante indistintamente, “Medida N° 1”), de la Resolución N° 43, específicamente eliminando aquella parte que se refiere al supermercado ubicado en la dirección Errázuriz 1040, comuna de Valdivia (en adelante indistintamente, “Jumbo Valdivia” o “Local Comercial Supermercado”).

2. En términos generales, la Consultante funda su solicitud en que han existido cambios en las circunstancias económicas que ameritan reevaluar la pertinencia de la Medida N° 1 en lo que se refiere a la comuna de Valdivia y aprobar el Contrato de Arrendamiento. En cuanto a la primera petición, la Consultante fundamenta su solicitud, en síntesis, en la circunstancia que la entrada de Jumbo Valdivia no habría afectado negativamente la competencia, ya que en el mercado relevante que señala en la Consulta existiría actualmente un HHI menor al índice de concentración previo a la fusión de SMU con SDS. Adicionalmente, afirma que existiría presión competitiva sobre Jumbo Valdivia en su área de influencia y también en la zona céntrica de dicha ciudad.

3. En lo que se refiere a la segunda solicitud, Cencosud aduce que se habrían producido una serie de cambios en las circunstancias fácticas, legales y económicas que habría tornado ineficaz la Medida N° 1. Al respecto, alega que habría *un primer conjunto de circunstancias*, posteriores a la Resolución N° 43, que justificarían dejar sin efecto o modificar dicha medida, entre las cuales destacan (i) la evolución que ha tenido la industria supermercadista desde el año 2012, tanto a nivel local en la ciudad de Valdivia como a nivel nacional; (ii) la irrupción del *e-commerce*; y (iii) la entrada en vigencia del sistema de control obligatorio de operaciones de concentración, mediante la dictación de la Ley N° 20.945. Junto con lo anterior, la Consultante manifiesta que existiría un *segundo conjunto de circunstancias* que justificarían la modificación de la Medida N° 1, las que estarían configuradas por (a) el cumplimiento efectivo por parte de SMU de dicha condición; y (b) antecedentes sobrevinientes que habrían implicado que la medida impuesta sería inidónea para conseguir su objetivo; en particular, que el año 2015 se produjo la liquidación concursal de la sociedad que adquirió la unidad económica que se ordenó enajenar en virtud de la Medida N° 1.

4. Como se puede apreciar, para resolver esta Consulta debe realizarse, básicamente, un análisis dinámico sobre las condiciones de competencia del o de los mercados que se determinen, en el que se debe ponderar si éstas se han modificado de manera relevante desde el año 2012, época en la que se dictó la Resolución N° 43 que aprobó, con condiciones, la fusión entre SMU y SDS.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Para desarrollar este análisis, se estructura la resolución de la siguiente forma: (i) en la sección B, se realiza una breve exposición de las sentencias y resoluciones relacionadas con el objeto de esta Consulta; (ii) en la sección C, se explican los fundamentos por los cuales es posible modificar o dejar sin efecto las condiciones que se han fijado en resoluciones y sentencias de este Tribunal cuando ha operado un cambio de circunstancias; (iii) en la sección D, se analiza la estructura y condiciones de competencia del mercado en el que incide el acto consultado, con especial énfasis, como se anticipó, en comparar dichos elementos con los que existían el año 2012; (iv) en la sección E, se evalúan los efectos en la competencia que puede producir el Contrato de Arrendamiento; (v) en la sección F, se analiza la necesidad de mantener la Medida N° 1 de la Resolución N° 43 para la comuna de Valdivia; y, por último, (vi) en la sección G, se consignan las conclusiones y medidas de este asunto.

B. ANTECEDENTES EN QUE SE FUNDA LA CONSULTA

B.1. Resolución N° 43

6. El 20 de septiembre de 2011, SMU formuló una consulta ante este Tribunal sobre los efectos que importaba su fusión con SDS para la libre competencia. Los actos y contratos que materializaron dicha operación fueron celebrados el 17 de septiembre de 2011, vale decir, con anterioridad a la presentación de su consulta. Por lo anterior, en su petitorio, SMU no solicitó que se aprobara la operación sino solo las medidas de mitigación que proponía en su presentación, a efectos de prevenir posibles infracciones a las normas de libre competencia en los mercados en que participaba.

7. Dicha consulta culminó con la dictación de la Resolución N° 43, en la que se declaró que, sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, la fusión se ajustaba al D.L. N° 211. Dichas exigencias derivaban, principalmente, de los significativos riesgos de coordinación que se detectaron durante ese proceso, atendidas las características del mercado, el número de actores que participan en él y el tamaño de éstos una vez materializada la fusión. Así, se manifestó que *“la operación consultada aumenta en forma significativa los riesgos de conductas coordinadas en una industria altamente relevante tanto para los consumidores como para sus proveedores y para la competencia en los mercados productivos en los que participan tales proveedores”* (párrafo 12.24).

8. Dentro de las medidas establecidas en la Resolución N° 43, únicamente la Medida N° 1 es objeto de este pronunciamiento. En particular, en virtud de dicha medida se ordenó a la empresa fusionada a enajenar una serie de activos (locales comerciales en aquellas zonas geográficas en que la competencia se vería

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

seriamente disminuida, centros de distribución y marcas comerciales), bajo las siguientes condiciones: (i) los activos debían ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente; (ii) el adquirente de los activos no podía estar relacionado, directa o indirectamente, con SMU ni podía tener una participación medida en términos de ventas anuales, superior al 25% a nivel nacional a la fecha de la Resolución N° 43; (iii) el proceso de enajenación debía estar completado dentro de ocho meses, contados desde la fecha en que la Resolución N° 43 se encontrare ejecutoriada; y (iv) la consultante debía arbitrar todas las medidas necesarias para que la FNE fuera oportunamente informada, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso de enajenación de estos activos, con el fin de que dicha autoridad contara con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga.

9. Dentro de los activos que se ordenó enajenar a SMU, se encontraba aquel objeto de estos autos. En efecto, de conformidad con la letra l) de la referida Medida N° 1, la empresa fusionada debía enajenar, en la comuna de Valdivia, el local ubicado en Arauco 697 o, alternativamente, aquel ubicado en Errázuriz 1040, optando finalmente por este último. SMU cumplió la Medida N° 1, para lo cual, creó la sociedad Tottenham S.A. –posteriormente Bigger SpA– traspasándole los activos que se le ordenó enajenar, para luego, el 3 de junio de 2014, ceder todos esos activos, mediante un contrato de compraventa de acciones, al Sr. Guillermo Villablanca (Network Retail SpA). Sin embargo, en virtud de un contrato de operación transitoria, siguió administrando los activos, dejando sin cumplir la Medida N° 1 (ni la tercera relativa a la enajenación de Supermercados Montserrat S.A.) dentro del plazo establecido en la Resolución N° 43, razón por la cual en un juicio posterior este Tribunal así lo declaró, condenándola a pagar la suma de 2.334 unidades tributarias anuales (Sentencia N° 147/2015), la que fue confirmada, en esta parte, por la Excma. Corte Suprema (Excma. Corte Suprema, Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Rol 821-2016).

10. En agosto de 2015 el Local Comercial Supermercado dejó de operar porque Network Retail SpA salió del mercado luego de solicitar su reorganización judicial y posterior liquidación voluntaria. Un año después, el 5 de agosto de 2016, se celebró el Contrato de Arrendamiento objeto de esta Consulta (folio 5, párrafo 2).

B.2. Sentencia N° 159/2017

11. En septiembre de 2016, Conadecus demandó a Cencosud porque, en su concepto, esta última habría incumplido la Medida N° 1 y, además, habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumplido una cláusula del avenimiento de fecha 24 de julio de 2008 que suscribió con la FNE en el contexto de la causa Rol C N° 101-2006 (“Avenimiento”). En cuanto a lo primero, Conadecus afirmó que la suscripción del Contrato de Arrendamiento constituía un incumplimiento de la referida medida, toda vez que, a esa fecha, esa cadena supermercadista alcanzaba un 28% de participación de mercado, superando el límite de 25% fijado para el comprador según la Resolución N° 43. Asimismo, arguyó que habría incumplido la cláusula quinta del Avenimiento, por no haber consultado previamente dicha operación ante este Tribunal.

12. La Sentencia N° 159/2017 rechazó la demanda interpuesta por Conadecus, desestimando que Cencosud hubiera incumplido lo dispuesto en la Resolución N° 43 o el Avenimiento celebrado con la FNE al celebrar el Contrato de Arrendamiento. En cuanto a lo primero, se concluyó que *“(i) la condición impuesta en la Resolución N° 43/2012 sólo recaía sobre SMU; (ii) la condición imponía una obligación de enajenar bienes, no una prohibición de adquirir; (iii) esos bienes debían enajenarse como una ‘unidad económica’, por lo que la condición no recae sobre bienes particulares; y (iv) la condición fue efectivamente cumplida por quien debía hacerlo (SMU)”* (c. 26°). En lo que se refiere al Avenimiento, se determinó que el Contrato de Arrendamiento no constituía una operación de concentración y, por lo tanto, Cencosud no estaba obligado a formular una consulta en los términos previstos en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. En específico, esta decisión, se fundó, básicamente, en dos razones: (i) primero, porque la arrendadora, Inmobiliaria Catedral S.A., no era un operador de la industria supermercadista; y (ii) segundo, porque con dicho arrendamiento no se eliminaba a un competidor del mercado, pues Bigger SpA suspendió su operación un año antes de la celebración del contrato por problemas financieros y no hubo, por tanto, traspaso de activos tangibles ni intangibles relevantes para la operación de un supermercado por parte de esta empresa a Cencosud (Sentencia N° 159/2017, c. 67°).

B.3. Sentencia Corte Suprema Rol N° 44.266-2017

13. Por su parte, mediante sentencia dictada el 24 de febrero de 2020, en el ingreso N° 44.266-2017, la Excma. Corte Suprema revocó la Sentencia N° 159/2017, declarando que Cencosud incurrió en una conducta anticompetitiva por incumplir la Condición Primera de la Resolución N° 43 y le ordenó la desinversión del Local Comercial Supermercado, dentro del plazo máximo de seis meses de notificada dicha sentencia. Alternativamente, dispuso que Cencosud podía formular una consulta ante este Tribunal sobre el Contrato de Arrendamiento, opción que escogió y que dio lugar al presente procedimiento. En su fallo, la Excma. Corte Suprema resolvió que la Consultante sí estaba obligada por la medida impuesta en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la Resolución N° 43, por cuanto poseía a esa fecha más de un 25% de participación de mercado en la industria supermercadista a nivel nacional. Asimismo, consideró que los efectos de la referida resolución le eran aplicables toda vez que se hizo parte en dicho procedimiento aportando antecedentes, formulando observaciones y, más aún, interponiendo un recurso de reclamación en contra de esa resolución. Finalmente, en su sentencia el máximo tribunal consignó que la medida antes referida se mantenía vigente mientras no fuera modificada en un proceso de consulta, no pudiendo quedar *“al mero arbitrio de las partes obligadas por la decisión adoptada en el procedimiento voluntario el cumplimiento de tales medidas quienes podrían determinar por sí y ante sí que las condiciones del mercado cambiaron y que, por ende, las medidas de mitigación ya no le afectan, omitiendo solicitar la modificación al TDLC”* (c. 16°). Sin perjuicio de lo anterior, en dicha sentencia se constató que el cumplimiento de la Medida por parte de SMU era una circunstancia que no fue objeto de debate entre las partes, siendo una cuestión que se encontraba solucionada (c. 18°).

B.4. Avenimiento FNE con Cencosud de 2008

14. El Avenimiento entre la FNE y Cencosud tiene su origen en la causa Rol C N° 101-2006 seguida ante este Tribunal. En dicha causa, la FNE requirió a Distribución y Servicio D&S S.A. (“D&S”) y a la Consultante por las compras y adquisiciones de una serie de cadenas de supermercados, sobre todo regionales. La requirente sostenía que dichos actos aumentaban la concentración en el mercado supermercadista y elevaban las barreras de entrada, lo cual iba en directo perjuicio de sus proveedores los que, a esa época, habrían sufrido condiciones comerciales significativamente gravosas por parte de las entonces requeridas. Por lo anterior, en su petitorio la Fiscalía solicitó que (i) se establecieran condiciones de contratación de dichas cadenas con sus proveedores que fueran generales, objetivas, públicas y no discriminatorias; (ii) tanto D&S como Cencosud debían consultar al Tribunal toda nueva operación de concentración.

15. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2006, la FNE y D&S llegaron a un avenimiento luego de sendas audiencias de conciliación. En mérito de este, en suma, dicha cadena asumió la obligación de establecer condiciones de contratación con sus proveedores que fueran generales, objetivas, públicas y no discriminatorias; y se comprometió a informar previamente a la FNE las operaciones de concentración futuras. Cencosud, en cambio, optó por seguir adelante con el procedimiento, el que culminó con la Sentencia N° 65/2008, en la que se acogió parcialmente el requerimiento, obligando a esta empresa a consultar al Tribunal toda nueva operación de concentración en la industria supermercadista en que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interviniera, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

16. Finalmente, durante la tramitación de los recursos de reclamación interpuestos por la FNE y Cencosud en contra de la Sentencia N° 65/2008, la Excmá. Corte Suprema llamó a las partes a conciliación, a la que se arribó el 28 de julio de 2008. En virtud de dicha conciliación, Cencosud también se obligó a establecer condiciones de contratación con sus proveedores que fueran generales, objetivas, públicas y no discriminatorias. Sin embargo, en cuanto a las futuras operaciones de concentración, dicha cadena se obligó a formular una consulta ante el Tribunal para obtener la correspondiente autorización.

**C. MODIFICACIÓN Y/O REVOCACIÓN DE CONDICIONES ESTABLECIDAS
PREVIAMENTE EN RESOLUCIONES DE TÉRMINO**

17. Como se señaló en la parte expositiva y en los párrafos introductorios de esta parte considerativa, uno de los objetos de la presente Consulta es la modificación parcial de la medida de mitigación establecida en la Medida N° 1, específicamente eliminando aquella parte que se refiere al Local Comercial Supermercado. Lo anterior implica analizar la procedencia de modificar o, derechamente, dejar sin efecto condiciones que se hayan fijado con ocasión de la resolución de consultas sobre hechos, actos o contratos determinados, especialmente, si esas condiciones tienen un carácter indefinido.

18. Al respecto, se debe tener presente que el dinamismo de las actividades económicas y la evolución de los mercados, hacen del todo razonable modificar o dejar sin efecto medidas que no se condicen con las condiciones de competencia que rijan con posterioridad a su establecimiento. Esto es especialmente relevante en el caso de las consultas sobre operaciones de concentración, como aquella que dio origen a la ya citada Resolución N° 43, pues para su evaluación al momento de imponerla, se debió realizar un análisis prospectivo sobre los posibles efectos que el acto consultado puede producir en un mercado determinado y, conforme a dicho análisis, que se basa en una proyección hipotética, es que se fijan las condiciones o medidas de mitigación que se deben cumplir (véase, por ejemplo, Resolución N° 37/2011, párrafos 264 y siguientes, en particular, párrafo 288, y Resolución N° 54/2018, párrafos 139 y siguientes, entre otras). Luego, ante un cambio de circunstancias es natural que las medidas o condiciones fijadas puedan perder el sentido que las originaron.

19. Ahora bien, tanto el cambio de circunstancias como la eventual modificación o eliminación de una condición deben ser declarados en un procedimiento seguido en esta sede, en este caso, un procedimiento de consulta. Lo anterior por cuanto en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

derecho las cosas se deshacen tal como se hacen, no pudiendo quedar al arbitrio de la parte obligada por una condición calificar si existen nuevos antecedentes y, con ello, darla por extinguida o modificada, tal como consignó la Excm. Corte Suprema según se describió en el párrafo 13 *supra*. Este principio se recoge muy claramente en el artículo 32 del D.L. N° 211, que establece una especie de inmunidad para quien ejecute o celebre un acto o contrato de conformidad con las directrices entregadas en una resolución de este Tribunal, inmunidad que solo puede quedar sin efecto en la medida que el mismo tribunal califique, en otro procedimiento y *sobre la base de nuevos antecedentes*, si esos actos o contratos pueden vulnerar la libre competencia.

20. Lo que se viene explicando ya ha sido declarado en casos anteriores, como se hizo en el párrafo 18 *supra*. Sobre este punto, menester es recordar lo que se señaló en la causa contenciosa originada por un requerimiento de la FNE en contra de John C. Malone, por incumplimiento de la condición primera de la Resolución N° 1/2004, en el sentido que *“las resoluciones en procedimientos no contenciosos, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas. Es por lo anterior que 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”* (Sentencia N° 117/2011, c. 21°). En el considerando siguiente se citan una serie de resoluciones que han sido modificadas o derechamente dejadas sin efecto en un procedimiento posterior, en aplicación del referido artículo 32 del D.L. N° 211.

21. Posteriormente, el Tribunal sostuvo que *“las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La 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”* (Resolución

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 53/2018, párrafo 123, y en este mismo sentido, Resolución N°59/2019, párrafo 50).

22. Por lo expuesto, en las siguientes secciones se revisará si las circunstancias jurídicas y económicas que motivaron la imposición de la Medida N° 1 han mutado sustancial o significativamente. Como se verá, existen nuevas circunstancias que ameritan acceder a lo solicitado por la Consultante.

D. CONDICIONES DE COMPETENCIA

23. Siguiendo con lo señalado sobre la estructura y secuencia que se utiliza para resolver la presente Consulta, en lo que sigue se analizarán las condiciones de competencia en el mercado en el que incide este asunto. Este análisis consiste en evaluar si las circunstancias jurídicas y económicas han variado desde que se dictó la Resolución N° 43.

D.1. Mercado Relevante

24. En línea con lo analizado en la Resolución N° 43, la Consulta trata sobre la industria de los supermercados. En dicha resolución los supermercados fueron descritos como tiendas de superficies destinadas al “*aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, (...) de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales*” (párrafo 9.1).

25. Tal como se ha señalado en oportunidades anteriores, en esta industria participan tres tipos de agentes económicos: (a) *los proveedores y distribuidores mayoristas*, quienes manufacturan, elaboran o distribuyen al por mayor productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente; (b) *los distribuidores minoristas*, entre los que se encuentran los supermercados, quienes adquieren o distribuyen los productos elaborados por los proveedores con el objeto de venderlos a los consumidores finales; y (c) *los consumidores*, quienes compran a los minoristas productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente. Así, el conjunto de actos de comercio y de procesos logísticos que se verifica entre proveedores y minoristas constituye un ámbito de acción distinto al que se produce entre los minoristas y los consumidores finales (véase Sentencia N° 9/2004, c. 5° y Sentencia N° 65/2008). En consecuencia, es posible concluir que los supermercados participan en el mercado aguas arriba, como demandantes de los bienes comercializados por proveedores y distribuidores mayoristas, mientras que en el mercado aguas abajo participan como distribuidores minoristas vendiendo los productos adquiridos aguas arriba, a los consumidores finales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26. El mercado relevante del producto aguas arriba, conforme ha indicado la jurisprudencia de este Tribunal, corresponde al aprovisionamiento a supermercados, por parte de proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente. Lo anterior, por cuanto el aprovisionamiento a supermercados constituye un canal de distribución que, desde la perspectiva del proveedor, no es plenamente sustituible por otras alternativas de distribución como el canal tradicional (véase Sentencia N° 9/2004, c. 10° y 11°, y Sentencia N° 65/2008, c. 53°).

27. Por su parte, según se señaló en la Resolución N° 43, el mercado relevante del producto aguas abajo es el del 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 (párrafo 9.1).

28. Además, se ha definido que en este mercado relevante del producto no debe distinguirse según formato de supermercado. Así, tal como se resolvió en la Resolución N° 43, *“las participaciones de mercado deben incluir todas las ventas en locales supermercadistas con góndola, aun cuando se trate de establecimientos calificados tradicionalmente como ‘mayoristas’”* (párrafo 9.3). Asimismo, cabe hacer presente que los almacenes de barrio no se incluyen en el mercado relevante por no poder satisfacer una amplia gama de necesidades en la modalidad de *one stop shopping*, concepto referido a compras hechas a una firma que ofrece una multiplicidad de productos en una sola localización, de manera tal que los consumidores puedan satisfacer todas sus necesidades en la misma compañía. Lo anterior también se expuso en la misma resolución, en la que se determinó que los almacenes no eran sustitutos de los supermercados, ni siquiera disciplinadores importantes de éstos últimos, porque ofrecen una gama reducida de productos y, además, enfrentan mayores costos de aprovisionamiento al tener una escala más pequeña (párrafos 9.13 y 9.14).

29. En relación con el alcance geográfico del mercado, este Tribunal ha señalado que, aguas arriba, este tiene un alcance nacional porque un proveedor o distribuidor mayorista promedio, esto es, *“un proveedor con uno o varios productos, de marcas con algún grado de reconocimiento por el público, con capacidad de aprovisionamiento limitada pero suficiente en relación a su curva natural de crecimiento”*, busca que sus productos se distribuyan en gran parte del territorio nacional (Sentencia N° 9/2004, c. 8° y 13°). Asimismo, en la Resolución N° 43 se señaló que en la industria supermercadista también *“es fundamental analizar la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estructura del mercado a nivel nacional, ya que la escala de operación multi-regional 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 en comparación con competidores de menor tamaño” (párrafo 9.2). En este mismo sentido, la Fiscalía sostiene en su aporte antecedentes que el alcance del mercado aguas arriba es primordialmente más amplio que el ámbito local, en especial respecto a aquellos actores que constituyen cadenas de supermercado con presencia a nivel nacional (folio 32, pie de página N° 69).

30. Respecto a la definición del mercado relevante geográfico aguas abajo, en la mencionada Resolución N° 43 se indicó que, desde el punto de vista de los consumidores, este es fundamentalmente local debido a que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados son considerados como sustitutos cercanos entre sí por parte de los clientes. En este sentido, las dimensiones del área comprendidas en cada mercado geográfico dependerán de las características de la zona. Para la comuna de Valdivia, se señaló que al ser una de tamaño importante no constituye un único mercado, resultando necesario analizar en mayor profundidad la distribución geográfica de los supermercados dentro de la misma, considerando su importancia relativa en términos de ventas y participación de mercado. Luego de dicho análisis, el alcance del mercado geográfico para la zona céntrica de la ciudad de Valdivia, lugar dónde se emplaza el supermercado objeto de esta consulta, fue delimitado a isócronas de 5 minutos de viajes en automóvil (párrafo 14.18.12).

31. En la presente causa, Cencosud no cuestiona la definición del mercado relevante del producto empleada en la Resolución N° 43 para el mercado aguas abajo, es decir, este abarcaría a los supermercados (folio 5, p. 17 y 18). Sin embargo, en cuanto a su alcance geográfico, la Consultante indica que Jumbo Valdivia ejerce presión competitiva sobre un área de influencia que excede la isócrona de 5 minutos utilizada en la Resolución N° 43, medida desde la ubicación del respectivo local (folio 5, párrafo 38), por lo que el mercado relevante geográfico debería abarcar *“toda la ciudad de Valdivia, o -al menos- isócronas de 15 minutos”* (folio 5, párrafo 70).

32. A mayor abundamiento, en su escrito de folio 65 en el que acompaña un informe económico (“Informe Económico”), Cencosud señala que *“[m]ediante el cálculo de catchment areas o áreas de influencia a partir de los datos de procedencia de clientes obtenidos del programa de fidelización de Cencosud, el Informe propone como mercado relevante geográfico para Jumbo Valdivia el que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comprende a una isócrona centrada en el mismo de 13,7 minutos". A continuación, explica que, conforme señala el Informe Económico, esta isócrona de 13,7 minutos corresponde al área de influencia donde se generaría el 80% de las ventas del supermercado en cuestión (pp. 2 y 3). En particular, para obtener estos valores, el Informe Económico explica que se ordenaron en forma ascendente los clientes de Jumbo Valdivia según el tiempo que tardaban en trasladarse desde su domicilio hacia el local. Luego identificaron cuánto tarda aquella persona que completa el 80% de las ventas representadas en la muestra, obteniendo un tiempo de desplazamiento respecto de ella de 13,7 minutos al Jumbo Valdivia. Según da cuenta el citado informe, la información empleada en este análisis corresponde a datos del programa de fidelización de Cencosud, que contiene compras por cliente durante el año 2019 y la dirección de residencia de cada uno de éstos (Informe Económico a folio 83, pp. 23 y 25).

33. Por su parte, la FNE concuerda con que el mercado relevante del producto aguas abajo corresponde a los supermercados, pues dicha definición no solo sería coincidente con la que ha utilizado en el pasado, sino que también en investigaciones recientes y, a su vez, es concordante con los antecedentes recopilados por ella en la investigación iniciada en el contexto de la presente causa (folio 32, párrafo 61).

34. Respecto al alcance geográfico del mercado relevante aguas abajo, si bien la FNE reconoce que en el procedimiento que concluyó en la Resolución N° 43 planteó una definición que abarcaba a toda la comuna de Valdivia, en la presente causa indica que, salvo un supermercado "Mi Barrio" y un local "Acuenta", de Walmart, el resto de los supermercados ubicados en la comuna de Valdivia coinciden con aquellos localizados dentro de la isócrona de 5 minutos de viaje en automóvil desde el inmueble objeto de la Consulta. En atención a ello, la Fiscalía expone en su aporte de antecedentes que *"el análisis realizado utilizará dicha definición [isócrona de 5 minutos], la que resulta ser conservadora (maximizando los efectos de la entrada de Jumbo Valdivia) considerando que una isócrona mayor provocaría la incorporación de supermercados adicionales, que no forman parte del grupo empresarial de Cencosud"* (folio 32, párrafo 73).

35. Por su parte, Conadecus indica que, conforme se desprende de la jurisprudencia en la materia, *"el mercado relevante es el de la distribución como aprovisionamiento de productos para el consumo en el hogar"*. Así, plantea que, desde la perspectiva del consumidor, el mercado relevante es de carácter local. Sin embargo, luego agrega que *"tampoco debemos olvidar, como lo describimos anteriormente, que la industria de los supermercados es una industria de redes,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

donde el negocio no es la explotación de cada local por separado sino que la suma de estos asociada ciertamente al negocio financiero y crediticio. Para el caso de la ciudad de Valdivia, debemos analizarla en tanto provincia, comuna, como en tanto ciudad, no siendo esta última un mercado único. Por lo tanto, para entender el mercado relevante subyacente cabría entender la distribución de la población local como regional al no haber grandes urbes alrededor si consideramos que las grandes urbes como Temuco y Osorno están a distantes 100 o más kilómetros de Valdivia. Estamos en consecuencia, en presencia de un mercado geográfico de dimensiones locales como regionales” (folio 31, pp. 6 y 7). Cabe señalar que Conadecus no fundamenta ni precisa cuál sería el alcance del mercado relevante geográfico, limitándose a señalar que este tendría dimensiones locales y regionales.

36. En relación con las discrepancias en torno a la definición precisa del alcance geográfico del mercado aguas abajo sobre el que incide esta Consulta, si bien es apropiado usar áreas de influencia o *catchment areas* para determinar el alcance de un mercado (véase por ejemplo OECD (2020), *Economic analysis in merger investigations – Background Note by Dr. Jill Walker*, DAF/COMP/GF 6, párrafos 112-116), tal como propone el Informe Económico según fuera indicado *supra* (Informe Económico, folio 83, pp. 22 y 23), en el presente caso, solo para efectos de hacer comparable la evolución que ha tenido la concentración en el mercado desde la dictación de la Resolución N° 43, el análisis de competencia que sigue a continuación mantendrá la definición de mercado relevante geográfico empleada en dicha resolución (isócrona de 5 minutos). Cabe señalar que este es un enfoque conservador que, como indica la FNE (folio 32, párrafo 73), reporta una mayor participación de mercado de Cencosud que en el caso de emplearse una isócrona de 13,7 minutos, por lo que las conclusiones que se extraen en la presente resolución no se verían alteradas en caso de haberse definido el área de influencia más amplia propuesta por la Consultante. En efecto, en ambos casos se descarta que la entrada de Jumbo a Valdivia haya impedido, restringido o entorpecido la competencia en la zona, o haya tendido a producir dichos efectos.

37. En conclusión, el mercado relevante aguas arriba será definido como el aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas dentro del territorio nacional, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente a supermercados para su posterior distribución minorista a consumidores finales. Por su parte, el mercado relevante aguas abajo será definido como el aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto denominadas supermercados, de productos alimenticios y de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales, dentro de una isócrona de 5 minutos en torno a Jumbo Valdivia.

38. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, y en línea con lo propuesto por la FNE a folio 32, el análisis que sigue se centrará exclusivamente en el efecto que tuvo la entrada de Jumbo Valdivia en 2017 sobre el mercado relevante aguas abajo, “*considerando que los efectos de relevancia del Contrato de Arrendamiento se producen principalmente en dicho segmento*” (FNE, folio 32, párrafo 62). No se analizará en mayor detalle el efecto en la competencia ocasionado en el mercado aguas arriba dado que la entrada de Jumbo Valdivia habría aportado sólo 0,2 puntos porcentuales a la participación nacional de Cencosud (Informe Económico, folio 83, párrafo 6.3); afirmación que no fue cuestionada por los aportantes. Ello permite descartar que este incremento pueda haber alterado de forma significativa la dinámica competitiva en dicho segmento del mercado.

D.2. Participantes del mercado aguas abajo y condiciones de entrada

39. En base al mercado relevante aguas abajo definido en la sección anterior, esto es, supermercados en cualquiera de sus formatos (véase párrafo 27 *supra*) ubicados dentro de una isócrona de 5 minutos de viaje en automóvil desde el local comercial objeto de la presente Consulta, en esta sección se describen los actores que participan en él, los formatos mediante los que operan, y se expone la evolución que ha tenido la concentración en el mercado desde el año 2012. El objetivo de este análisis es tener una primera aproximación sobre el efecto en la competencia en Valdivia generado por la entrada del supermercado Jumbo de Cencosud.

40. Según indica la FNE, en el mercado relevante en cuestión participan cinco grupos económicos, los que cuentan con supermercados de distintos formatos. La relevancia de distinguir entre formatos radica en que estos buscan satisfacer necesidades y experiencias de compras diferentes, información que permite evaluar cuáles supermercados son más cercanos competitivamente entre sí. En cuanto a los tipos de formato, la Fiscalía señala que los supermercados de mayor tamaño ofrecen una más amplia variedad y alternativas para cada producto, mientras que los más pequeños permiten hacer compras más rápidas. Asimismo, otros supermercados ofrecen precios más bajos a cambio de una menor variedad, mientras que también existen supermercados dirigidos a clientes mayoristas que se aprovisionan de productos para luego revenderlos a consumidores finales (folio 32, párrafo 64).

41. Además, la Fiscalía señala que los supermercados también pueden diferenciarse entre aquellos enfocados en compras de abastecimiento -las llamadas compras de despensa-, y los mayoritariamente enfocados en compras de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reposición, donde los consumidores adquieren una menor cantidad de productos. Los supermercados orientados en compras de abastecimiento suelen tener salas de ventas más grandes y se ubicarían, por lo general, en lugares más abiertos de las ciudades. Entre este tipo de supermercados se encuentra, en la ciudad de Valdivia, Jumbo (Cencosud), Líder y Acuenta (Walmart), Mayorista 10 (SMU), y Eltit. A su vez, los supermercados orientados en las compras de reposición suelen tener salas de ventas de menor tamaño y se ubicarían en sectores céntricos de la ciudad, contiguos al tránsito peatonal, entre los que se encuentra Santa Isabel (Cencosud), Líder Express (Walmart), Unimarc (SMU) y Teja Market (FNE a folio 32, párrafo 66).

42. Los Cuadros N° 1 y N° 2, y la Figura N° 1 muestran la evolución de las participaciones de mercado y el nivel de concentración del mismo, medido en ventas por grupo económico, de los supermercados ubicados en el área determinada por la isócrona de 5 minutos alrededor de Jumbo Valdivia.

Cuadro N° 1 – Participaciones de mercado por grupo económico entre los años 2012 y 2019 (ventas de supermercados según isócrona de 5 minutos en torno a Jumbo Valdivia)

Grupo	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Walmart	34%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
SMU	58%*	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Cencosud**	8%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%
Eltit	-	-	-	-	-	-	[0-10]%	[0-10]%
Teja Market	-	-	-	-	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

* Participación de mercado post fusión entre SMU y Supermercados del Sur pero previa a que se ejecutara la medida de desinversión impuesta en la Resolución N° 43.

** Considera dos supermercados Santa Isabel (Chacabuco y Picarte) y Jumbo Valdivia. Este último comenzó a registrar ventas a partir del año 2017.

Fuente: elaboración propia en base información acompañada por la FNE a folio 32, pp. 31 y 32, y aporte de antecedentes FNE en causa NC-397-11 sobre consulta fusión SMU – SDS, fojas 1625, p. 21.

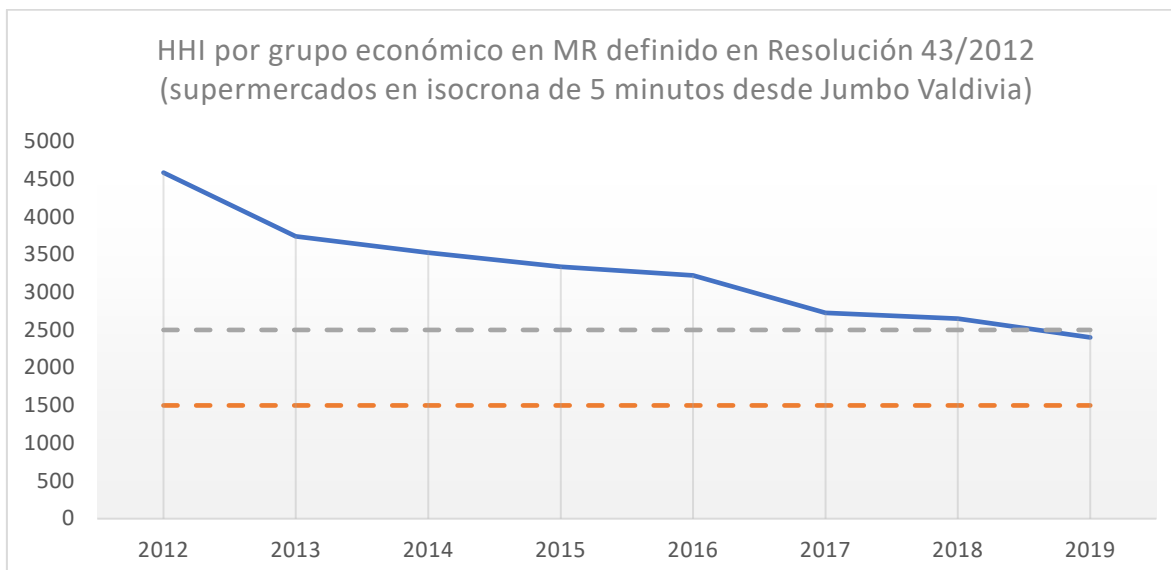
Cuadro N° 2 – Evolución concentración de mercado entre los años 2012 y 2019 (ventas de supermercados por grupo económico según isócrona de 5 minutos en torno a Jumbo Valdivia)

Concentración	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Índice HHI	4584	3740	3524	3337	3224	2728	2652	2401
Cambio en HHI		-844	-216	-187	-113	-496	-76	-251

Fuente: elaboración propia en base información acompañada por la FNE a folio 32, p. 32, y aporte de antecedentes FNE en causa NC-397-11 sobre consulta fusión SMU – SDS, fojas 1625, p. 21.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Figura N° 1 – Evolución índice de concentración de mercado



Fuente: elaboración propia en base información acompañada por la FNE a folio 32, p. 32, y al aporte de antecedentes de la FNE a fojas 1625 en causa NC-397-11, p. 21.

43. Según se puede apreciar en el Cuadro N° 1, Cencosud tenía una participación de mercado menor al 10% cuando celebró el Contrato de Arrendamiento, contando con dos supermercados en la zona, ambos en el formato Santa Isabel, mientras que Walmart tenía una participación de mercado de [40-50]% y SMU un [30-40]%. El año 2019, último año para el que se cuenta con información, Cencosud aumentó su participación hasta alcanzar [20-30]% del mercado, crecimiento que habría sido a costa de una menor participación de Walmart y SMU, quienes han visto reducida su cuota de mercado a partir de la entrada de Jumbo Valdivia. Cabe señalar que si se utiliza la definición de mercado relevante empleada en el Informe Económico acompañado por Cencosud -isócrona de 13,7 minutos en torno a Jumbo Valdivia-, el orden de magnitud de las participaciones de mercado de los distintos actores resulta similar. En efecto, bajo esta definición de mercado relevante, el Informe Económico muestra que las participaciones de mercado, medidas en base al tamaño de los supermercados (metros cuadrados), serían las siguientes: Walmart 36,9%, SMU 29,3%, Cencosud 20,4%, Eltit 7,3%, Mi Barrio/Teja Market 2,6%, El Trébol 2,3% y Puritan 1,2% (folio 83, p. 30). Estas participaciones de mercado son consistentes con los rangos provistos por la Fiscalía expuestos en el Cuadro N° 1 para el año 2019. Cabe consignar que el Informe Económico asume que, a mayor tamaño de un local, mayores deben ser sus ventas. Sin perjuicio de ello, el informe aclara que, para el caso de los supermercados de Cencosud, SMU y Walmart, se utilizó información de ventas para identificar de mejor manera la posición competitiva relativa entre los tres actores más importantes, ya que la aproximación de las participaciones de mercado en base al tamaño de los locales podría no representar adecuadamente la importancia de cada uno. Esto se hizo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“recalibrando” la participación de mercado de las tres cadenas considerando su nivel de ventas, sin alterar el porcentaje de participación que estas cadenas suman en conjunto si se consideran sus metros cuadrados totales en la zona (folio 83, párrafo 3.40).

44. Además, la concentración en el mercado ha ido cayendo sostenidamente desde el año 2013, desconcentración que se acentuó aún más el año 2017 con la entrada en operación de Jumbo Valdivia. En efecto, luego de la entrada de este local el índice de concentración HHI disminuyó en casi 500 puntos, el mayor descenso que ha tenido la concentración en este mercado desde que fuera dictada la Resolución N° 43 el año 2012. Bajo esta perspectiva, la entrada de Jumbo Valdivia habría sido positiva para la competencia pues permitió que el mercado se desconcentrara al desviarse ventas desde los supermercados incumbentes, principalmente de las cadenas Walmart y SMU, al supermercado en cuestión, indicio de que este último ejerció presión competitiva con su entrada. Esto es consistente con lo expuesto por Cencosud en la Consulta al mostrar que la mayoría de los clientes de Jumbo Valdivia provienen de Líder Valdivia y Unimarc Arauco (folio 5, p. 9, en base a estudio Ipsos sobre Jumbo Valdivia de agosto de 2018).

45. Otro elemento que habría incidido en la desconcentración del mercado es la entrada de nuevos competidores. La FNE muestra que desde el año 2012 se han producido cinco entradas y cuatro salidas, destacándose entre los entrantes que se han mantenido en el mercado los supermercados Teja Market (2016) y Eltit (2018). Cabe señalar que ninguna de las salidas se produjo con posterioridad a que Jumbo Valdivia entrara en operación el año 2017 (FNE, folio 32, párrafo 48). Respecto del supermercado Eltit antes mencionado, la Fiscalía señala que *“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 superficie”* (folio 32, párrafo 48). Lo anterior es coincidente con la idea de que no existirían barreras a la entrada significativas relacionadas con la disponibilidad de terrenos en la comuna de Valdivia. En efecto, la FNE indica que los antecedentes recabados en su investigación señalan que *“la disponibilidad de terrenos todavía no representaría un problema en Valdivia, donde incluso existe un proyecto en marcha, lo cual podría modificarse a futuro considerando dichas circunstancias”* (folio 32, párrafo 100). Este proyecto en marcha consistiría en planes de construcción de un nuevo centro comercial en la ciudad de Valdivia que incluiría un nuevo supermercado (folio 32, pie de página N° 128).

46. En síntesis, la entrada de nuevos competidores al mercado (en parte importante debido a la obligación de desinvertir que se impuso en la Resolución N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

43 a SMU), ha generado un proceso sistemático de desconcentración en el mercado relevante aguas abajo, llegando al punto que, el año 2019, el índice de concentración HHI disminuyó a menos de 2500 puntos, umbral que la FNE asocia con mercados moderadamente concentrados (véase *Guía para el análisis de operaciones de concentración*, FNE, año 2012). Esto último es refrendado por el Informe Económico, el que señala que, empleando la isócrona de 13,7 minutos y la información del tamaño de los supermercados provista por la FNE a folio 32, la concentración en el mercado el año 2019 sería de 2334 unidades (folio 83, p. 31), lo que resulta consistente con la presencia de un mercado moderadamente concentrado.

E. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EFECTOS EN LA COMPETENCIA

47. Una vez analizadas las condiciones de competencia del mercado relevante y, lo más importante, cómo han variado estas desde el año 2012, a continuación, se analizan los efectos del Contrato de Arrendamiento en la competencia.

E.1. Efectos unilaterales

48. Los riesgos o efectos unilaterales que pueden producirse con motivo de una operación de concentración consisten en la capacidad que tiene la entidad fusionada para aumentar los precios -o modificar otra variable competitiva relevante- en forma rentable, debido a la menor presión competitiva resultante de la operación. La probabilidad de que, por ejemplo, aumenten los precios puede responder al hecho que, frente a un alza en los precios que cobra el nuevo agente económico, las ventas desviadas hacia sus competidores como consecuencia de dicha alza, luego de la operación de concentración, pueden ser parcialmente absorbidas mediante mayores ventas de los productos vendidos por la otra empresa que es parte de dicha operación (y viceversa). Así, cuando se trata de actores con productos diferenciados, mientras más cercanas competitivamente sean las firmas que se concentran, menor será la presión competitiva que estas enfrentan luego de la operación de concentración y, consecuentemente, mayores serán los efectos unilaterales derivados de ella. Cabe hacer presente que, luego de este análisis de posibles alzas de precios -o afectación de otras variables competitivas-, se deben considerar aquellas eficiencias que derivan de la operación y que puedan contrarrestar los riesgos unilaterales identificados (véase, por ejemplo, Gore, D. et al. (2013) *The economic assessment of mergers under European Competition Law*, Cambridge University Press, p. 148; *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010, p. 20; Resolución N° 43, párrafos 11.1, 13.2 y 14.11; Resolución N° 54/2018, párrafo 143; y Sentencia N°166/2018, c. 49° y siguientes).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

49. La jurisprudencia de este Tribunal ha sido consistente en señalar que como contrapeso a los riesgos detectados se consideran solamente aquellas eficiencias que sean verificables, inherentes a la operación consultada, esto es, que no puedan alcanzarse -dentro de un plazo razonable- mediante otro tipo de operaciones que no impliquen la concentración del mercado y, por último, que no sean el resultado de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos. Adicionalmente, las eficiencias que se aleguen a favor de una operación de concentración deben redundar, con una probabilidad y en un plazo razonables, en menores precios al consumidor o mejor calidad de los productos. Es decir, deben ser aptas para compensar el mayor poder de mercado obtenido por las empresas concentradas. (véase, por ejemplo, Resolución N° 37/2011, párrafo 265; Resolución N° 43, párrafos 13.6 y 13.7; Resolución N° 39/2012, párrafo 10.2; y Resolución N° 54/2018, párrafo 141).

50. En el caso particular de la industria supermercadista, la doctrina señala que los efectos unilaterales pueden afectar, entre otras variables, la variedad y los precios de los productos comercializados (véase Argentesi, E. et al. (2016), *The effect of retail mergers on prices and variety: an ex post evaluation*, Düsseldorf University Press, Düsseldorf Institute for Competition Economics). Asimismo, atendido que los supermercados ofrecen productos diferenciados, el efecto unilateral sobre el precio y la variedad de productos ofrecidos será mayor mientras las entidades que materializan una operación de concentración sean más cercanas en términos competitivos; ello, debido a que dicha operación suprime la presión competitiva que cada parte ejercía en forma previa sobre la otra.

51. Ahora bien, respecto al análisis de riesgos unilaterales en mercados con bienes diferenciados, este Tribunal ha señalado que el enfoque tradicional de análisis de participaciones de mercado no es suficiente para evaluar su alcance. Así, se ha sostenido que, “[e]n este sentido, la literatura documenta ampliamente que la intensidad de la competencia entre los productos diferenciados generalmente varía dentro de un mismo mercado y que dos productos pueden tener algún grado de sustitución, aunque esta sea imperfecta. A su vez, no obstante que un producto sea sustituto imperfecto de otro, el primero puede ejercer presión competitiva sobre este último. Ello implica que el análisis tradicional para definir un mercado relevante del producto y el cálculo de participaciones de mercado en base a dicha definición, donde se asigna igual valor a cada unidad de las ventas de los productos que caben en dicho mercado y se niega todo valor a aquellas unidades fuera de él, bajo una lógica binaria “in-or-out” puede ser falaz (la literatura califica dicho razonamiento como “zero-one fallacy”, Jones, A. y Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

University Press, 2008, p. 406, y; Shapiro, Carl, "Mergers with differentiated products", Antitrust, Spring, pp. 23-30)" (Sentencia N° 166/2018, c. 50°).

52. Por este motivo, como los supermercados se diferencian entre sí desde el punto de vista de los consumidores, entre otros aspectos, por sus formatos, variedad de productos ofrecidos y ubicación geográfica (véase por ejemplo, Resolución N° 43, párrafo 11.3, y OECD (2012) *Market definition – Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2012)13/REV1, párrafo 105), además del análisis estructural sobre participaciones de mercado e índice de concentración ya expuesto, se evaluará la cercanía competitiva entre Jumbo Valdivia y los supermercados presentes en el mercado relevante geográfico previamente definido. Posteriormente, se continuará con el análisis de los antecedentes acompañados al proceso que permitan identificar si la entrada de Jumbo Valdivia tuvo algún efecto negativo en las variables competitivas de calidad y precio de los productos ofrecidos en supermercados.

E.2. Análisis de cercanía competitiva

53. La cercanía o intensidad competitiva entre las firmas presentes en un mercado puede darse en función de diversas variables, tales como los atributos de los productos que ofrecen, ya sea en términos de variedad y/o calidad, los segmentos de clientes a los que apuntan, los tamaños y/o formatos de sus salas de ventas, su ubicación geográfica, entre otros (véase por ejemplo A. Lindsay y A. Berridge (2017) *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, p. 277 y 278). Así, en mercados con bienes diferenciados, la teoría económica predice que las operaciones de concentración entre firmas que ofrecen sustitutos cercanos generan una probabilidad significativamente mayor de provocar efectos unilaterales -aumento del precio u afectación de otras variables competitivas- que las operaciones de concentración entre competidores que comercializan productos más distantes en términos de su cercanía competitiva (Gore, D. et al. (2013) *The economic assessment of mergers under European Competition Law*, Cambridge University Press, p. 155).

54. Respecto a la cercanía competitiva, en términos geográficos, el Cuadro N° 3 muestra la distancia de los siete supermercados más cercanos al Jumbo Valdivia, así como también sus tamaños medidos en metros cuadrados y su orientación o foco comercial -compras de abastecimiento o de reposición-. Lo anterior, con el objeto de comparar, en base a estos antecedentes, quiénes serían los competidores más cercanos a Jumbo Valdivia en la actualidad.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cuadro N° 3 – Supermercados más cercanos a Jumbo Valdivia en términos geográficos, de tamaño y orientación comercial

Supermercado	Grupo	Distancia lineal a Jumbo Valdivia	Tamaño (M2)	Orientación comercial
Jumbo Valdivia	Cencosud	-	5.050	Abastecimiento
Acuenta (Picarte 2661)	Walmart	0,36 kms.	1.954	Abastecimiento
Acuenta (Anwandter 930)	Walmart	0,53 kms.	1.778	Abastecimiento
Unimarc (Arauco 697)	SMU	0,65 kms.	3.064	Reposición
Lider Express (Picarte 640)	Walmart	0,71 kms.	1.681	Reposición
Santa Isabel (Chacabuco 555)	Cencosud	0,83 kms.	1.140	Reposición
Eltit	Eltit	0,9 kms.	7.391	Abastecimiento
Hiper Líder Bueras 1400	Walmart	1,07 kms.	5.902	Abastecimiento

Fuente: elaboración propia en base a información acompañada por la FNE a folio 32, párrafos 66 (orientación comercial supermercados) y 78 (tamaño y ubicación en relación a Jumbo Valdivia).

55. En este cuadro se muestra que dos supermercados Acuenta de Walmart – aquellos emplazados en las calles Picarte y Anwandter-, son cercanos a Jumbo Valdivia en términos de ubicación geográfica, y comparten con Jumbo el hecho de estar enfocados a compras de abastecimiento. En principio ello sugeriría que son competidores cercanos de Jumbo. Sin embargo, los supermercados Acuenta antes mencionados tienen un tamaño menor al supermercado Jumbo, y están orientados hacia consumidores de menores ingresos, mientras que Jumbo apuntaría a un público de mayor poder adquisitivo, con productos tipo *gourmet* (Resolución N° 43, párrafos 9.27 y 9.28). En consecuencia, a pesar de estar ubicados geográficamente cerca y apuntar ambos a un mismo tipo de compras, no serían competidores cercanos por tener un público objetivo diferente.

56. Respecto de los supermercados Líder Express, Santa Isabel y Unimarc, estos se diferenciarían de Jumbo por enfocarse en las compras de reposición, lo que implica que tengan salas de venta de menor tamaño y que se ubican en sectores cercanos al tránsito peatonal (FNE folio 32, párrafo 66). En principio, ello daría cuenta de que estos tres supermercados tampoco serían los sustitutos más cercanos a Jumbo desde el punto de vista de los consumidores. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se indicará más adelante respecto a los clientes que Jumbo habría disputado a Unimarc Arauco de SMU, desde su entrada en operación el año 2017.

57. En relación con el grado de sustitución que podría existir, desde el punto de vista de la demanda entre el supermercado Santa Isabel ubicado en Chacabuco 555 y Jumbo Valdivia -ambos de Cencosud-, la Consultante indica que *“la apertura de Jumbo Valdivia le permitió a Cencosud acceder a consumidores diferentes de aquellos que acudían a sus locales Santa Isabel (...), de acuerdo a las encuestas encargadas por Cencosud, solo un 3% de los clientes de Jumbo Valdivia compraban habitualmente en el local Santa Isabel, ubicado en Chacabuco 555”* (folio 5, párrafo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32). Esto sería consistente con la Resolución N° 43, en cuanto sostuvo que el supermercado Santa Isabel ubicado en Chacabuco 555, “no poseería el metraje ni el nivel de ventas suficientes como para evitar eventuales efectos unilaterales indeseados para la libre competencia en dicha zona” (Resolución N° 43, párrafo 14.18.12). Lo anterior también es consistente con el Informe Económico que señala que, si se considera el nivel de cercanía competitiva entre los actores al interior del mercado relevante, se puede deducir que Jumbo y Santa Isabel son actores lejanos desde el punto de vista competitivo en la ciudad (folio 83, p. 33).

58. Así, los supermercados más cercanos competitivamente a Jumbo Valdivia, en términos de tamaño, ubicación geográfica y orientación comercial, serían los supermercados Hiper Líder (Walmart) y Eltit (competidor local), pues ambos, al igual que Jumbo, tienen un tamaño superior a los 5.000 metros cuadrados y se enfocan en las compras de abastecimiento. Asimismo, esta mayor cercanía competitiva es consistente, en parte, con los resultados obtenidos por un estudio de mercado elaborado por Ipsos denominado “Estudio Jumbo Valdivia” de agosto de 2018, y que fuera acompañado por Cencosud ante la Excm. Corte Suprema en el recurso de reclamación contra la Sentencia N° 159/2017 (Ingreso de Corte Suprema N° 44.266-2017, citado por la Consultante, folio 5, p. 9). Dicho estudio da cuenta de que los clientes de Jumbo Valdivia mayoritariamente provienen de Líder Valdivia (Hiper Líder) y Unimarc Arauco, ninguno de ellos propiedad de Cencosud. Cabe señalar que la encuesta que dio origen a dicho estudio se llevó a cabo antes de que el supermercado Eltit comenzara a operar en la ciudad a fines del año 2018, por lo que sus resultados no recogen, desde el punto de vista de los consumidores, el grado de sustituibilidad entre este supermercado y Jumbo Valdivia.

59. Atendido lo anterior y si bien Conadecus señaló que, “[e]n cuanto al mercado geográfico de Valdivia, de acuerdo a los índices acompañados en esta presentación, respecto de la consultante, parecieran no gravarse o lesionarse aspectos competitivos en demasía” (folio 31, p. 16), la evidencia ya expuesta sugiere más bien que la intensidad competitiva aumentó.

60. En resumen, en base a estos antecedentes es posible concluir que (i) Cencosud destinó el Local Comercial Supermercado para instalar en el mercado relevante un formato de supermercado que en ese entonces la Consultante no tenía en la zona (Jumbo); y (ii) el formato Jumbo de Cencosud tendría mayor cercanía competitiva con los supermercados Hiper Líder de Walmart y Eltit, mientras que los otros supermercados de propiedad de Cencosud presentes en Valdivia se enfocan en un público objetivo distinto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

E.3. Efecto en precios y calidad

61. Al evaluar el efecto que tuvo la entrada de Jumbo Valdivia sobre los precios y variedad de productos ofrecidos en dicha comuna, la Fiscalía informó que los primeros se habían mantenido constantes entre el año 2013 y el año 2019 en términos reales, mientras que la variedad de productos ofrecidos habría aumentado (folio 32, párrafo 76), lo que es positivo desde el punto de vista de los consumidores. En efecto, la FNE explica que, al controlar las series de precios por la inflación, estas muestran una evolución de tendencia plana (FNE a folio 32, párrafos 84 y 85). Adicionalmente, la Fiscalía comparó los precios cobrados por Walmart y SMU para algunos productos básicos en diferentes ciudades del país, incluyendo Valdivia, sin encontrar *“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”* (folio 32, párrafo 87).

62. Respecto a la variedad de los productos ofrecidos en Valdivia, entendida como la disponibilidad de productos que tienen los supermercados, la Fiscalía analizó su evolución contabilizando el número de productos distintos disponibles en cada uno de los supermercados de la ciudad, entre los años 2013 y 2019. El análisis de la FNE muestra que Jumbo ingresó a Valdivia con un surtido de productos que es mayor al ofrecido por los demás actores del mercado, concluyendo que, luego de su entrada, no se observa un deterioro en las condiciones de competencia, en términos de la variedad ofrecida (folio 32, párrafos 82 y 88).

63. Cabe agregar que esta conclusión es consistente con lo expuesto en el Estudio Jumbo Valdivia de Ipsos mencionado precedentemente. Según la respuesta del 53% de los consumidores encuestados, el principal impacto de la apertura de Jumbo Valdivia en la ciudad fue la mayor variedad, surtido y cantidad de productos ofrecidos por este último (p. 6).

64. En síntesis, según lo analizado precedentemente, no existen antecedentes que permitan concluir que la celebración del Contrato de Arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral S.A. y Cencosud Shopping Centers S.A. que permitió la entrada de Jumbo a la comuna de Valdivia haya impedido, restringido o entorpecido la competencia o tendido a producir dichos efectos. Por el contrario, la evidencia tenida a la vista muestra que el ingreso del supermercado de Cencosud habría coincidido, e intensificado a la vez, la tendencia hacia la desconcentración e ingreso de nuevos competidores que ha experimentado el mercado relevante desde el año 2012. Así, Jumbo habría ejercido presión competitiva sobre las otras dos cadenas de supermercados presentes en Valdivia, captando clientes de los supermercados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Líder Valdivia y Unimarc Arauco. Por último, según da cuenta la Fiscalía, no existe evidencia de que entre los años 2013 y 2019 se haya producido un deterioro en las condiciones de competencia en términos de variedad y precios de los productos ofrecidos en los supermercados de la ciudad.

E.4. Riesgos de coordinación

65. Los riesgos de coordinación consisten en que, con la mayor concentración resultante de la operación en un mercado oligopólico, cambien los incentivos que tienen las firmas presentes en el mercado para coordinar sus acciones y alcanzar así un mayor poder de mercado. Este riesgo no sólo se refiere a incrementos en la posibilidad de colusión entre las empresas que se mantendrán en el mercado, sino también el de coordinación por interdependencia de sus decisiones comerciales, esto es, sin mediar comunicación entre ellas (Resolución N° 39/2012, párrafos 9.2 y 9.3, y Resolución N° 43, párrafo 12.1).

66. En relación con este riesgo, tanto la Fiscalía como el Informe Económico aportado por Cencosud coinciden en que la entrada de Jumbo Valdivia no aumentó en forma significativa estos riesgos ya existentes en la industria (folio 32, párrafo 97 y folio 83, pp. 34 y 35). Lo anterior atendido que (i) la capacidad de monitoreo de los precios de los competidores no se vio modificada con la entrada de Jumbo pues Cencosud ya estaba presente en la zona y (ii) existen competidores locales en Valdivia que podrían disciplinar eficazmente un eventual mayor precio que obedezca a una coordinación a nivel local, por parte de las cadenas de supermercados que cuentan con contactos multimercado a nivel nacional. Por lo demás, el ingreso de nuevos actores (Teja Market el año 2016 y Eltit el año 2018, véase Cuadro N° 1 *supra*) puede aumentar los costos de transacción para coordinarse, al dificultar la capacidad de monitoreo de los precios de los competidores.

67. Por lo anterior, se descarta que el Contrato de Arrendamiento consultado haya aumentado los potenciales riesgos de coordinación existentes en el mercado.

E.5. Conclusión

68. En suma, los antecedentes descritos precedentemente dan cuenta de la evolución en las condiciones de competencia que ha tenido la industria supermercadista en general y la comuna de Valdivia en particular, y permiten inferir razonablemente que el Contrato de Arrendamiento no aumentó los riesgos de ocurrencia de efectos unilaterales ni coordinados. Por consiguiente, el Contrato de Arrendamiento celebrado entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Catedral S.A., con fecha 5 de agosto de 2016, no infringe las disposiciones del Decreto Ley N° 211, en los términos establecidos en su artículo 18 N° 2.

F. NECESIDAD DE MODIFICAR LA MEDIDA N° 1 DE LA RESOLUCIÓN N° 43 PARA LA COMUNA DE VALDIVIA

69. Como se ha señalado, la Medida N° 1 se refiere a la enajenación de una serie de locales, por parte de SMU y/o sus relacionadas, en un grupo de comunas del país en las que se incluye Valdivia, todos ellos de manera conjunta y como una sola unidad económica. La enajenación debía incluir la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro, materializada a un mismo adquirente, no relacionado con SMU ni que tenga participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, para la cual se otorgaba un plazo de ocho meses contados desde que la Resolución N° 43 quedara firme y ejecutoriada.

70. Según se describió detalladamente en el párrafo 13 *supra*, en la sentencia de la Excm. Corte Suprema, ingreso Rol N° 44.266-2017, se asentaron, básicamente, tres materias: (i) primero, que la Medida N° 1 continuaba vigente y, por consiguiente, su modificación o cese sólo podía ser realizada en virtud de una resolución de este Tribunal, o eventualmente de dicha Corte, luego de un procedimiento de consulta (artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211); (ii) segundo, que Cencosud estaba obligado por la Medida N° 1, en tanto tenía más de un 25% de participación en la industria supermercadista a nivel nacional, y porque, además, aportó antecedentes, formuló observaciones y dedujo recurso de reclamación en el procedimiento no contencioso que dio origen a la Resolución N° 43; y (iii) finalmente, que SMU había dado cumplimiento a la condición impuesta en la Resolución N° 43.

71. En consecuencia, y siguiendo las directrices entregadas por la Excm. Corte Suprema, si bien la Medida N° 1 se encuentra cumplida por su principal obligado - SMU- esta se encuentra vigente para Cencosud y toda aquella cadena de supermercados que supere un 25% de participación a nivel nacional, razón por la cual ha iniciado este proceso de Consulta, opción que, por lo demás, se entregó en la sentencia singularizada en el párrafo anterior.

72. Sobre la necesidad de mantener la Medida N° 1, en lo que se refiere al Local Comercial Supermercado, cabe considerar, en primer lugar, el cambio de circunstancias económicas, del cual se ha dado cuenta en las secciones anteriores. En particular, el análisis del mercado y de las condiciones competitivas actuales demuestra que la Medida N° 1 no se justifica en el caso específico del local comercial aludido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

73. Adicionalmente, es importante destacar que los antecedentes indican que las alternativas factibles para el local en cuestión, de ser arrendado a otra cadena o supermercado, no representan, necesariamente, un escenario más deseable desde el punto de vista competitivo. Así lo explica la FNE en su aporte de antecedentes, al afirmar que “[...] *la entrada de Jumbo 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*” (folio 32, párrafo 111). Lo anterior no ha sido contradicho en autos. En el mismo sentido se ha pronunciado Inmobiliaria Catedral S.A. a folio 26, al señalar que “(...) *Tottus manifestó que a dicha fecha [agosto de 2015] sus planes de crecimiento no contemplaban desarrollar actividades más allá de la zona de Los Ángeles hacia el sur*”, agregando que “*entre agosto de 2015 y el 29 de abril de 2016, a pesar de que en la industria y la región era de público conocimiento la disponibilidad de nuestro Local Comercial, no hubo otros interesados en tomarlo en arrendamiento, ni recibimos otras consultas ni ofrecimientos para arrendarlo, ya fuere total o parcialmente*”. Finaliza su argumentación, respecto a las pocas alternativas factibles a quienes arrendar el local, afirmando que “*dada la amplitud de la caja del supermercado, la instalación de un operador de menor tamaño de Cencosud o Líder (además que un Líder ya se encuentra operativo a poca distancia), es inviable, dado el modelo de negocio y los menores volúmenes de ventas que dichos operadores manejan*” (folio 26, pp. 4 y 5).

74. En suma, a la luz de las condiciones de mercado actuales, se puede concluir que el arrendamiento por parte de Cencosud del Local Comercial Supermercado no ha afectado negativamente la competencia, por lo que es razonable alzar la Medida N° 1 solo en lo que concierne a la comuna de Valdivia y respecto de Cencosud.

75. Por último, atendido lo antes concluido resulta innecesario analizar los restantes argumentos esgrimidos por la Consultante con el objeto de modificar la Medida N° 1, esto es, (i) la irrupción del *e-commerce*; (ii) la entrada en vigencia del sistema obligatorio de control de operaciones de concentración, mediante la dictación de la Ley N° 20.945; (iii) el cumplimiento efectivo por parte de SMU de dicha medida; y (iv) la liquidación concursal del adquirente de la unidad económica que se ordenó enajenar en virtud de la Medida N° 1. Lo anterior por cuanto, como se señaló, los antecedentes aportados al proceso demuestran una evolución favorable en las condiciones de competencia en el mercado relevante de la comuna

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Valdivia y la ausencia de efectos negativos por la entrada de Jumbo en el mercado.

G. CONCLUSIONES

76. En la Sentencia Rol N° 44.266-2017 la Excma. Corte Suprema determinó que no obstante que entendía que SMU había cumplido la Medida N° 1, ésta no solamente obligaba a dicha empresa, sino también a toda otra cadena de supermercados que tuviera una participación de mercado superior al 25% de la industria, situación en la que se encuentra Cencosud. Además, obligó a esta última a consultar cualquier operación que involucrara la adquisición de algunos de los activos de SMU que se había ordenar desinvertir por la Resolución N° 43.

77. En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, de lo señalado en la sentencia de la Excma. Corte Suprema citada precedentemente y de lo dispuesto en la jurisprudencia de esta sede, el cambio de circunstancias y las modificaciones o alzamientos de condiciones o medidas decretadas en un procedimiento no contencioso, deben ser declarados en un nuevo procedimiento en esta sede.

78. Los niveles de concentración en el mercado definido en esta resolución se han reducido sostenidamente desde el año 2013, lo que se acentuó el año 2017 con la entrada en operación de Jumbo Valdivia y de nuevos competidores. Asimismo, la información aportada al proceso permite concluir que la suscripción del Contrato de Arrendamiento, y la consecuente entrada de Jumbo Valdivia, no afectó negativamente a la competencia. En consecuencia, es procedente alzar la Medida N° 1 solo en lo que concierne a la comuna de Valdivia.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 y 31 del Decreto Ley N°211,

SE RESUELVE:

1. Alzar la Medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012, solo en lo que concierne a la comuna de Valdivia y respecto de Cencosud S.A.
2. Aprobar, pura y simplemente, el contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A, recaído en el local comercial ubicado en calle Errázuriz N° 1040, de la comuna de Valdivia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que autoricen su notificación vía correo electrónico. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N°21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de este año, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Hecho, inclúyase en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N°465-20

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa y Sr. Pablo García González. No firma el Ministro Sr. Pablo García González no obstante haber concurrido al acuerdo. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.