

Santiago, treinta de septiembre de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos rol 346-2013 SMU S.A., empresa del rubro supermercadista, sometió a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) la operación de concentración consistente en la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. (SDS) celebrada con fecha 17 de Septiembre de 2011, solicitando en conformidad a los artículos 18 y 31 del Decreto Ley N° 211 que el Tribunal apruebe las medidas de mitigación que propone para efectos de velar por las normas de libre competencia.

Se han hecho parte en este proceso aportando antecedentes y formulando observaciones, entre otros, Cencosud S.A. (fojas 1428), quien señala que debe ser el TDLC o la Fiscalía Nacional Económica (FNE) las que determinen cuáles serán los locales a desinvertir y que ello se debe realizar en una licitación pública donde su representada no debe ser discriminada, permitiendo su participación sin necesidad de realizar consulta previa; e Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou (fojas 1567), quienes se oponen a que el tribunal apruebe la fusión.

A fojas 1625 la FNE evacúa informe en el que analiza la fusión sometida al conocimiento del Tribunal. Señala que existen condiciones desfavorables a la entrada en esta industria, las que ya habían sido constatadas por el TDLC y

que a la fecha se mantienen vigentes.

Sostiene además que la operación consultada excede los índices de concentración establecidos en su Guía de Operaciones de Concentración, en 27 de los 31 mercados involucrados.

Agrega que producto de la operación en estudio se generan riesgos unilaterales de cara a los consumidores, puesto que hay nueve mercados en los cuales SMU se convierte en el único actor de la comuna y en otros siete se observa un alto grado de sustituibilidad entre alguno de los locales de la adquirente y SDS; y también en cuanto a los proveedores, por cuanto la fusión producirá mayor dependencia de aquellos que son comunes a las cadenas involucradas, aumentando la probabilidad de ejercicio de poder de compra a su respecto.

De otra parte se detectan riesgos de coordinación, los que surgen principalmente porque la operación permite a tres actores del mercado alcanzar una participación cercana al 90% del mismo; el número de empresas se reduce a tres en gran parte de los territorios geográficos utilizados para determinar o fijar precios; se trata también de un mercado con monitoreo constante donde el carácter multi producto de los supermercados no es obstáculo para la coordinación; el hecho que los proveedores relevantes sean pocos y comunes demuestra que los supermercados además de monitorear los precios de venta de sus rivales, podrían contar con

elementos para hacer otro tanto con los costos de adquisición de los mismos.

En relación a las eficiencias, considera que SMU S.A. las presenta de manera muy discreta, realizando en su informe un acabado análisis de las mismas.

Finalmente sugiere la enajenación de los 21 locales que individualiza, cuestión que podría ser establecida como una medida de mitigación suficiente para contrarrestar los riesgos que han sido detectados. Respecto de otras medidas de atenuación para los riesgos respecto de los consumidores, solicita se ordene a SMU S.A. consultar en forma previa toda nueva operación de concentración.

En cuanto a las medidas de mitigación para los riesgos detectados en relación con los proveedores, sugiere ordenar a SMU S.A. establecer condiciones generales de contratación.

A fs. 2579 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 43 de 12 de diciembre de 2012, declarando que la fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211 siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

I. Condición primera: 1) SMU S.A. o sus relacionadas, según corresponda, deberán desinvertir uno de los locales que se le entregan como opciones en 18 comunas del sur de país.

También deberá enajenar los centros de distribución que operaba Supermercados del Sur, ubicados en las comunas de Concepción, Osorno y Pudahuel; y a lo menos una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por esta última, que no estén siendo utilizadas comercialmente a la fecha de la consulta por SMU S.A.

2) Todos los activos indicados deberán 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.

3) El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente, con SMU S.A. ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de esta Resolución.

4) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses, contados desde la fecha en que la presente resolución se encuentre ejecutoriada.

5) La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Fiscal Nacional Económico sea oportunamente informado, 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 cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga.

II. Condición segunda: En tanto no se complete la enajenación de locales indicados en la Condición Primera, SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán:

1) Mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere;

2) Acordar condiciones y precios con los proveedores locales de los supermercados ubicados en dichas localidades que no sean menos favorables que las acordadas con proveedores de productos equivalentes para los locales ubicados en la capital regional más cercana, ajustados por los costos de flete en los casos en que ello correspondiere.

III. Condición tercera: 1) SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa.

2) El o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta superior al 25% de las ventas anuales -a la fecha de esta resolución- en el mercado supermercadista a nivel nacional.

3) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses contados desde la fecha en que la

presente resolución se encuentre ejecutoriada.

IV. Condición cuarta: 1) SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas adquiridas por Supermercados Del Sur S.A. o sus relacionadas, ajustándolas a un plazo máximo de dos años contados desde su suscripción original.

2) Para el cumplimiento de lo anterior deberán enviar, dentro del plazo máximo de 15 días corridos contados desde la fecha en que la presente Resolución quede ejecutoriada, una carta certificada a cada una de las personas obligadas por tales cláusulas de no competencia, en la que consigne expresamente su renuncia a los derechos que ellas les confieren, y remitir copia de tales cartas a la Fiscalía Nacional Económica con timbre de recepción correspondiente, dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo antes señalado.

V. Condición quinta: 1) SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberá determinar términos y condiciones generales de contratación, de forma que éstas sean públicas y complementen sus acuerdos particulares con proveedores, en los que se establezcan los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación con sus proveedores, definiendo con exactitud el alcance de cada cobro pactado y sin que puedan estipularse transacciones o cobros distintos que los allí definidos.

Así, la consultante deberá adoptar un código de regulación en términos análogos a los que actualmente mantiene Cencosud, interpretando la definición de proveedor pequeño como aquél cuyas ventas totales anuales a SMU sean iguales o inferiores al equivalente en pesos a veinticinco mil (25.000) U.F., IVA excluido. Dichas condiciones deberán exhibirse de manera permanente en un lugar visible de su página web.

2) No podrá considerar ni acordar cobros a los proveedores por concepto de reinauguración de los locales que pertenecían a Supermercados del Sur S.A. o sus relacionadas antes de la operación consultada. En caso que ya haya recibido pagos por este concepto, deberá reembolsarlos.

VI. Condición sexta: SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista -ya sea en su segmento mayorista o minorista- en que intervenga directamente o a través de sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores.

Se acordó lo anterior contra el voto de los ministros señores Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aprobar la operación sometida a consulta con condiciones, pero no

concurrer con la misma en cuanto ésta impone la venta de los tres centros de distribución que eran de propiedad de SDS ni tampoco con algunas de sus apreciaciones sobre las eficiencias. Asimismo, el ministro señor Menchaca estuvo en contra de la decisión de mayoría que ordena enajenar uno de los dos supermercados Bigger ubicados en la ciudad y comuna de Temuco.

Contra la Resolución N° 43/2012 la empresa Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou deducen reclamación solicitando que ésta sea modificada, rechazándose la operación de fusión que ha sido consultada. Además, las empresas Cencosud S.A. y SMU S.A. interponen recursos de reclamación, pidiendo la modificación de las condiciones que han sido impuestas por el TDLC.

Se trajeron los autos en relación a fojas 2784.

CONSIDERANDO:

En cuanto a los recursos de reclamación intentados:

Primero: Que Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou interponen reclamación en contra de la Resolución 43/2012. Sostienen los recurrentes que un análisis de las motivaciones de la Resolución impugnada permite concluir que el propósito del TDLC ha sido contener los riesgos y efectos que la operación consultada ha generado en los mercados relevantes, mitigar el incremento de las barreras de entrada derivado de la fusión y posibilitar la entrada de un cuarto operador de relevancia, capaz de ejercer

presión competitiva sobre los incumbentes que corresponden hoy a Cencosud, Walmart y Unimarc. Sin embargo, a su juicio, el Tribunal inexplicablemente ha aprobado la operación consultada bajo condiciones que no sólo resultan insuficientes para contener las amenazas que de ella derivan sino que también son incapaces de generar condiciones que permitan el arribo y permanencia de un nuevo competidor en el supermercadismo chileno, que pueda desafiar de manera efectiva a los incumbentes, generando presión competitiva sobre éstos en beneficio del público consumidor.

Se arguye que no resulta esperable que la enajenación de hasta 21 locales en determinadas localidades pueda mitigar el poder de compra y barreras de entrada que genera el control de 542 salas de venta por SMU S.A., por lo que el efecto es marginal e insuficiente para impedir el incremento de las barreras de entrada al mercado. Por otra parte, si bien el TDLC ha ordenado la venta conjunta de activos para posibilitar el arribo de un nuevo competidor, esta nueva entrada esperada resulta inviable porque en propias palabras del Tribunal *"no es posible entrar con tamaños de empresas mucho menores a las que ya operan"*. Si no es posible entrar en el mercado con un tamaño menor al de Walmart (314 salas de venta), Cencosud (189 salas de venta), SMU (quedaría con 524 salas) y Tottus (37 salas). Para que la venta que pretende la Resolución 43/2012 fuera

viable, los activos que el Tribunal ordenara desinvertir deberían al menos acercarse a la magnitud que alcanzó en su momento Supermercados del Sur. Así, a través de la aprobación de la fusión y la Condición Primera, la Resolución impugnada ha consolidado la concentración del mercado en vez de mitigarla o buscar un remedio eficaz. Por otro lado, en relación a la desinversión en Supermercados Montserrat, la Resolución 43/2012 inexplicablemente aplica una medida cuyo efecto se limita a la Región Metropolitana, resultando contradictorio que se establezcan los riesgos de efectos coordinados derivados de la simetría nacional de participaciones de mercado y sin embargo se adopten medidas focalizadas en una región.

Expone que la obligación de consultar al TDLC cualquier nueva concentración en la industria supermercadista no es más que teoría, puesto que la propia Resolución impugnada constata que prácticamente no existen cadenas independientes que comprar, por tanto es una mera formalidad que carece de cualquier capacidad para impedir o mitigar los riesgos y efectos que se derivan de la operación consultada.

Se agrega que la contención de las medidas está orientada a intentar impedir abusos respecto de consumidores, dejando en el desamparo a los proveedores, pese a que el Tribunal está consciente de la vulnerabilidad

de estos últimos frente al escenario *ultraconcentrado* que ha creado la operación consultada.

Resalta que la principal barrera a la entrada y supervivencia de competidores que ha detectado el Tribunal es la existencia de ventajas de costo a favor de las incumbentes, las que derivan de la progresiva e inexorable concentración del supermercado nacional. Por lo anterior, sostiene que resulta inexplicable que siendo las elevadas participaciones de aquellas la causa directa y esencial de las referidas barreras, se apruebe la operación consultada que no hace más que incrementarlas.

Añade que la Resolución N° 43/2012 deja sin contención efectiva riesgos de abusos o comportamientos unilaterales, el riesgos de efectos coordinados e incremento de barreras de entrada, que definitivamente cierran el mercado chileno a pequeños competidores domésticos y operadores internacionales. De mantenerse la aprobación de la operación consultada la única defensa contra el poder de Unimarc y los incumbentes será un incierto control de daños, puesto que éste es poco probable por una cuestión extra sistema que define nuestra jurisdicción antimonopolios: el temor a denunciar o demandar que explica la concentración que ha tenido Chile en los últimos años. De modo que, en su concepto, las condiciones de competencia sólo pueden ser reestablecidas rechazando la fusión.

Segundo: Que se interpone Reclamación por parte de Cencosud S.A. impugnado la Condición Primera impuesta por la Resolución N° 34. Esta condición en sus numerales 1 y 2 establece que SMU S.A. o sus empresas relacionadas, deberán enajenar diversos locales supermercadistas, centros de distribución y marcas comerciales, disponiéndose que éstos deberán ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica. Luego, en el numeral 3 impone una limitación al adquirente, puesto que señala que éste no podrá tener una participación superior al 25% de las ventas en el mercado.

Pues bien, sostiene que las medidas adoptadas -en forma conjunta- en los numerales 2 y 3 de la condición primera, infringen la Constitución Política de la República y se dictan excediendo las atribuciones con que está investido el TDLC conforme al Decreto Ley N° 211. En efecto, en virtud de la mencionada condición se priva a Cencosud del ejercicio de su derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes, puesto que ella es una de las dos empresas a las que se aplica la prohibición contenida en el numeral 3 de la Condición Primera. Esta prohibición se ve reforzada o "blindada" por la exigencia contenida en el numeral 2 conforme a la cual se dispone que la venta de todos los activos se efectúe como una sola unidad económica, debiendo el comprador ser una sola persona, imposibilitando así que Cencosud S.A participe en los

procesos de licitación a que convoque SMU S.A. en su oportunidad.

Afirma que las decisiones reclamadas carecen de toda razonabilidad y justificación por dos razones fundamentales:

a) Porque su representada no tiene interés en participar en los procesos de licitación de activos supermercadistas a que convoque SMU S.A. y que correspondan a aquellos mercados relevantes en que está presente. De modo que al dejar al mercado operar normalmente, permitiendo la adquisición de los bienes a desinvertir en aquellos mercados, no se produciría concentración. Por el contrario, si tuviere éxito en una o más de sus ofertas y se adjudicare locales -donde hoy está ausente- la competencia para SMU S.A. se haría más intensa.

b) Porque el Tribunal no tiene potestad alguna para dar un alcance nacional a situaciones económicas que son exclusivamente locales. Al hacerlo sólo produce el efecto de excluir a competidores, discriminando injustamente a su representada, privándola del legítimo ejercicio de sus derechos, sin que tenga legitimación y competencia para ello.

Al igual que todas las personas, su representada goza del amparo que le garantiza el artículo 19 números 21 y 23 de la Carta Fundamental. En el ordenamiento jurídico vigente solamente la ley puede establecer limitaciones o

requisitos para la adquisición del dominio de bienes y ello no le está permitido hacerlo a ninguna otra persona, órgano o autoridad del Estado, salvo cuando se haga en aplicación de una ley expresa, dictada con pleno apego a las reglas constitucionales, que haya puesto en forma clara y precisa dentro de la esfera de sus atribuciones la potestad de dar aplicación a la ley pertinente, lo que ciertamente no ha realizado el TDLC.

En este mismo orden de ideas, constituye la base elemental del Estado de Derecho en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado que cada órgano actúe solo dentro del límite de su competencia, sin arrogarse facultades que no posee, puesto que de hacerlo, tales actos son nulos. Ello es justamente lo que acontece respecto de los numerales 2) y 3) de la Condición Primera de la Resolución reclamada, desde que imposibilita a Cencosud S.A. acceder a ciertos bienes y le impide, además, dedicarse en ciertas localidades a desarrollar una actividad económica legítima como es la actividad supermercadista. En efecto, ni la más atenta y cuidadosa lectura del tenor literal del Decreto Ley N° 211 permite encontrar en él alguna disposición que confiera al TDLC la autoridad que se ha arrogado. Es más, ninguna de éstas podría haber surgido conforme a la Constitución Política de la República, porque está claro que es materia estricta de ley y, más aún, de ley de quórum calificado dictada en

virtud de precisas exigencias de interés nacional, el establecer limitaciones o requisitos para la adquisición de algunos bienes. E incluso si existiera esa ley y si ella estuviera vigente en términos precisos y claros, la misma no podría afectar el derecho en su esencia ni afectar negativamente su libre ejercicio.

Lo que ha ocurrido en la especie es aquello que la doctrina francesa denomina "*excès de pouvoir*", esto es, un exceso o extralimitación en el ejercicio de una potestad y que consiste, precisamente, en que al valerse de la atribución legal de fijar condiciones para que un negocio jurídico se adapte fielmente al Decreto Ley N° 211, el TDLC se extralimitado y se extiende a materias que exceden su ámbito de actuación, privando a su representada del legítimo ejercicio de sus derechos asegurados por la Constitución Política de la República, tanto para adquirir nuevos locales supermercadistas como para dedicarse a la actividad económica que le es propia en ciertas localidades.

Se ha incurrido en el vicio de desviación de poder, puesto que las atribuciones que el Decreto Ley N° 211 confiere al Tribunal para fijar condiciones han de ejercerse de manera que se promueva y ampare la existencia de competencia mercantil en los mercados relevantes, sin embargo, al obligar a que la enajenación de los activos se efectúe como una unidad económica de alcance nacional o

regional, se ha prescindido totalmente de los mercados relevantes que han debido considerarse en la fijación de condiciones, olvidando el carácter local de éstos para crear un inexistente mercado supermercadista nacional y organizar dicho mercado en la forma que el tribunal estima, por sí y ante sí, que él debiera tener.

Tercero: Que finalmente interpone recurso de reclamación SMU S.A., solicitando a esta Corte la modificación de las condiciones impuestas por la Resolución N° 43/2012.

Fundando su arbitrio sostiene que hace cinco años ingresó al rubro supermercadista -mediante la compra de pequeñas cadenas o supermercados- en un mercado en ese entonces altamente concentrado en dos actores, Walmart S.A. y Cencosud S.A., que tenían volúmenes y eficiencias difíciles de afrontar por los restantes actores. La llegada de un tercer actor capaz de reunir volúmenes y eficiencias más cercanos a los de las dos grandes cadenas existentes constituyeron sin duda buenas noticias para la libre competencia, haciendo más difícil los riesgos de coordinación y/o de abuso que podrían existir, si el mercado hubiese terminado transformándose completamente en un duopolio.

Sin embargo, a la fecha de la fusión objeto de la presente consulta, los márgenes de SMU S.A. y de SDS estaban muy lejos de los que ya lograban Walmart y

Cencosud, siendo un hecho cierto que para cualquiera de las primeras era muy difícil avanzar mejorando eficiencias y márgenes sin un mayor volumen. Atendido este escenario, era esencial y necesario en el más corto plazo reunir volúmenes y eficiencias para hacer frente a los dos grandes actores. Es en ese contexto en el que se produce la fusión de aquellas y se formula la consulta de autos, consciente de que riesgos a la libre competencia podrían existir, pero convencida que las eficiencias a obtener son mayores que dichos riesgos y van en definitiva en beneficio del consumidor.

La Resolución impugnada declara que la operación de fusión se ajusta a la normativa de Libre Competencia, en la medida que se cumplan determinadas condiciones. Son algunas de dichas condiciones las que son objeto de la presente reclamación, las que se pide sean modificadas:

1.- Modificación de la Condición Primera.

a) **Improcedencia de enajenación de determinados locales:** En materia de desinversión, se ordena la enajenación de locales en determinadas comunas, entre ellas las propuestas por su representada y algunas propuestas por la FNE, además de ordenar la enajenación de los tres Centros de Distribución que a la fecha de la fusión eran operados por SDS.

Pues bien, se solicita que se modifique esta condición excluyendo de la obligación de enajenar locales en

determinadas comunas. Esta solicitud se plantea teniendo como base los resultados que se habrían obtenido el TDLC en caso de haber considerado éste la totalidad de las eficiencias acreditadas por SMU S.A. con el Informe Konow y Fantuzzi de un 15,88%, en lugar de las eficiencias de un 10% consideradas por el tribunal.

En efecto, para determinar las comunas de la desinversión se desarrolla en la resolución impugnada un concepto propuesto en los últimos años en los Estados Unidos, cual es el indicador UPPI, que permite estimar los incentivos a subir los precios en localidades determinadas. Para determinar el porcentaje de eficiencias se rechaza erradamente una gran cantidad por estimar que ellas corresponden a ahorros en costos fijos y no marginales y porque, además, no se habría acreditado con un estándar suficiente el traspaso de las mismas a consumidores. Lo anterior determina que la Resolución reconozca que el ahorro anual acreditado respecto al costo de aprovisionamiento de bienes para la venta sería de aproximadamente un 6,46%, lo que sumado a otros ahorros que disminuirían los costos marginales, como por ejemplo los descuentos por acuerdos comerciales, permitiría considerar un umbral de eficiencia del 10%.

El error consiste en establecer que las eficiencias constituyen una barrera difícil de superar y al mismo tiempo que son fácilmente obtenibles vía crecimiento

orgánico. Si se consideran los altos costos y demora en la entrada, las eficiencias obtenidas de una entrada rápida y menos costos son evidentes. Es por ello que la Resolución no sería coherente en sí misma si trata las eficiencias en forma distinta para unos efectos y no para otros.

Respecto al estándar probatorio del traspaso de eficiencias a consumidores, es correcto lo que señalan los Ministros disidentes quienes establecen que: *"el estándar de verificabilidad de las eficiencias alegadas, o más específicamente de su traspaso a consumidores, no deber ser de un nivel de exigencia que en la práctica imposibilite darlas por acreditadas, bastando que se basen en conjeturas razonablemente concretas y verosímiles que, en base a los antecedentes que obran en autos, permitan concluir que su ocurrencia es razonablemente probable"*. No se puede exigir un estándar tan elevado de acreditación, más aun cuando ni siquiera existe certeza o coincidencia en la ciencia económica sobre cuáles son costos fijos o variables, o qué es largo o corto plazo, o si en el largo plazo todos los costos son variables o no.

Así, se debieran dar por acreditadas y aceptadas la totalidad de las eficiencias, de modo que se habría incrementado desde un 10% a un 15%, lo cual habría tenido influencia en los cálculos UPPI, de manera tal que aplicando la misma fórmula, pero considerando la totalidad de las eficiencias acreditadas, no existiría la presión

positiva a subir precios en las comunas de Puerto Montt, San Carlos y Temuco, así como tampoco existiría respecto de la mayoría de los locales ubicados en San Pedro de la Paz y Valdivia, de modo que no correspondía aplicar en esos casos la máxima medida estructural aplicable, como lo es la condición de enajenar locales en dichas comunas.

Por otro lado, en el análisis en detalle comuna por comuna el TDLC omite la consideración de antecedentes de hecho que son fundamentales para considerar o no una condición de desinversión, a tal punto que ellos hacen que la condición de enajenación en los casos que se indican no cumpla con los requisitos de proporcionalidad y aplicación de la medida menos restrictiva. Prosiguiendo, el reclamante hace una lata exposición respecto de las comunas de San Carlos, Tomé, Penco, Chiguayante, Angol, Valdivia, en las que estima que el TDLC no ha considerado la existencia de locales de la competencia -Walmart o Cencosud- que estaban en proceso de construcción al momento de la consulta o que se inician con posterioridad a ella y que se inauguraron o están próximos a ser inaugurados, circunstancia fáctica que da cuenta de la existencia de competencia en el mercado relevante -que proviene de un competidor mayor a nivel nacional- la que de haberse estimado habría determinado que no se ordenara la enajenación de los locales en dichas comunas. Además, hace presente que en el caso de San Pedro de la Paz, Chiguayante y Valdivia no se consideran

supermercados Santa Isabel y un Supermercados Walmart que se encuentran dentro de la isócrona de 5 minutos y que en el caso específico de Temuco, no discurre también respecto de la existencia de una fuerte competencia comunal. Finalmente, en el caso de Puerto Montt, la resolución impugnada le asigna una alta participación de mercado una vez fusionada, esto es un 46%, considerando erradamente su participación en el mercado mayorista.

b) Improcedencia de condición de desinvertir en Centros de Distribución: Una eventual desinversión en los centros de distribución jamás fue mencionada por ninguno de los terceros intervinientes ni partes del proceso, de modo que la medida ordenada vulnera el principio de bilateralidad de la audiencia. En efecto, de haber tenido la oportunidad para hacerlo, se habría hecho presente que cuando los distintos economistas y expertos hablan de un *Centro de Distribución* como motor de eficiencias en una cadena supermercadista, se refieren principalmente a aquellos de la entidad similar a los que actualmente tienen Walmart, Cencosud y SMU S.A. En tal sentido se debe destacar que muchas cadenas cuentan con centros de distribución regionales que se prestan más para labores de bodegaje y tránsito de mercaderías que como instrumento para el desarrollo de una logística centralizada. Pues bien, los centros de distribución que pertenecían a SDS y que se ordena enajenar no tienen las características de los

centros de distribución que son motor de eficiencias, por lo que es altamente improbable que estos puedan servir para el objetivo trazado por el tribunal. Por otra parte, es evidente que las instalaciones de estas características pueden ser perfectamente replicables por un eventual entrante al mercado, en forma mucho más fácil que a través de un proceso de desinversión unido a una venta mayor.

c) Ampliación de plazo para enajenación como unidad económica: Se ha dispuesto la enajenación de locales y centros de distribución como unidad económica, excluyendo como potenciales compradores a las cadenas con una participación mayor a un 25% a nivel nacional, es decir, en la práctica impidiendo la participación de Walmart y Cencosud en una potencial compra. Lo anterior en un plazo no superior a 8 meses, contados desde que la Resolución se encuentre ejecutoriada. Este plazo puede ser razonable para enajenar supermercados en forma individual o bien considerando la participación en el proceso de los dos principales actores supermercadistas, pero puede ser un plazo más difícil de obtener si es que se obliga a hacerlo como una sola unidad económica y excluyendo del proceso a las principales cadenas. En efecto, esta exigencia obligaría a su representada a buscar nuevos actores en Chile o en el extranjero que estén dispuestos a comprar la totalidad de los locales que en definitiva se requiera desinvertir, contratar un banco de inversión que prepare un

modelo de negocios atractivo, preparación de condiciones de la enajenación, negociar con arrendadores la cesión de los contratos, etc. Es por lo anterior que solicita que el plazo otorgado para enajenar como unidad económica sea ampliado a 12 meses.

2.- Eliminación de la Condición Tercera.

Se ha ordenado por la Resolución impugnada la enajenación de su inversión en Montserrat, que corresponde a un 40% de participación en las sociedades Supermercados Montserrat S.A. e Inmobiliaria Santander S.A. Esta medida no fue analizada ni discutida en ninguna etapa del proceso de consulta, así como tampoco fue parte de alguna medida de desinversión que hubiere sido solicitada por la FNE ni por ninguno de los aportantes de antecedentes, esto precisamente se debe a que no tiene ella ninguna incidencia en el análisis de la operación de concentración. En efecto, su representada no ejerce control sobre Montserrat, cadena que cuenta con una administración independiente y un controlador bastante claro que es la familia Badá dueña del restante 60%, sin que su representada tenga pacto de accionistas alguno con el controlador. Es por lo anterior que no se estimó, ni se estima que dicha participación tenga alguna importancia para la discusión. Así, al imponer esta medida se vulnera el principio de la bilateralidad de la audiencia que es de rango constitucional, reconocido

además a nivel procesal como una garantía de un justo procedimiento.

Además es improcedente desde el punto de vista de la libre competencia la desinversión en Montserrat. En primer término, la operación de fusión que origina estos autos no tiene efectos o impactos desde el en los mercados en que opera Monserrat -puesto que no corresponde a ninguna de las localidades concentradas- y menos lo podría tener si SMU S.A. no controla dicho negocio. Al no existir efectos que se produzcan con motivo de la operación de concentración, mal podrían ser objeto de un remedio o medida de mitigación.

3.- Modificación de la Condición Quinta.

El tribunal fijó disponer de términos y condiciones generales de contratación análogas a la de Cencosud. Sin embargo, al indicar la definición de proveedor pequeño, el Tribunal se aparta de la definición de proveedor pequeño que tienen en la realidad los Términos y Condiciones Generales de Contratación de Cencosud, que definen como proveedor pequeño a un universo menor que el que el TDLC establece para su representada, al señalar que revisten esa calidad los proveedores que tengan ventas totales, es decir, la suma de sus ventas a todos los clientes, inferiores a 25.000 U.F. En efecto, en su caso sólo se considera para definir a este proveedor las ventas a SMU S.A, cuestión que podría traer aparejada la situación en

que un proveedor grande, de altos volúmenes de venta, pero que venda a SMU menos de 25.000 U.F., vea equiparadas sus condiciones a las de los proveedores pequeños. En tal sentido solicita que la condición sea ajustada en su interpretación, para efectos de que la definición de proveedor pequeño quede estipulada en términos análogos a los de Cencosud, esto es, que se defina como proveedor pequeño aquel cuyas ventas totales anuales a cualquiera de sus clientes sea inferior a 25.000 U.F.

4.- Modificación de la Condición Sexta.

A juicio de su parte, el establecer la condición de consulta previa a su representada es discriminatorio frente al estándar que tiene Walmart. Adicionalmente estima que no es comparable la obligación acordada y aceptada por Cencosud -a quien se iguala exigencia- en un proceso contencioso en contra de ella, a la condición que se pueda imponer a su representada en un contexto de concentración. Por lo demás estima que el deber de informar previamente a la FNE -esquema de la primera empresa mencionada- cumple perfectamente con la protección de la libre competencia, más aún que el Decreto N° 211 faculta en la actualidad a dicha institución a efectuar consultas por actos de terceros y es obvio que en caso de que la FNE -institución por esencia a cargo de promover y defender la libre competencia- detecte riesgos, el proceso de consulta será iniciado de todas formas por ella.

Conforme a lo anterior es que solicita que la Resolución sea modificada en orden a reemplazar la Condición Sexta por la condición de informar en forma previa, con 30 días de anticipación, a la FNE la intención de llevar a cabo cualquier operación de concentración en la industria supermercadista -ya sea en su segmento mayorista o minorista- en que intervenga directamente o a través de empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

Cuarto: Que -como se adelantó- estos autos se inician el día 20 de septiembre del año 2011 con la solicitud formulada por SMU S.A. que dio origen al procedimiento no contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 en relación con el artículo 18 numeral 2) del mismo cuerpo legal. En la mencionada presentación se informa la fusión que se ha producido entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. y se solicita a dicho tribunal la aprobación de una serie de medidas de mitigación que permitirían contrarrestar los riesgos que para la libre competencia implica la mencionada operación.

Quinto: Que como cuestión preliminar y para proceder con el estudio de las reclamaciones interpuestas resulta pertinente dejar establecido -tal como lo hizo el tribunal a quo- que si bien la consulta está referida a la aprobación de medidas de mitigación concretas que han sido

propuestas por el consultante, el TDLC no tiene limitada su competencia en relación a la pertinencia o impertinencia de aquéllas, sino que -atendida las facultades que le han sido entregadas por ley- debe pronunciarse acerca de los efectos que para la libre competencia involucra la operación de concentración. En tal aspecto es acertada la reflexión de los sentenciadores acerca de que su pronunciamiento debe recaer sobre la operación de fusión entre la consultante y SDS y los efectos de ésta en la libre competencia, razón por la que en el marco de la consulta el TDLC puede rechazar la operación, aprobarla pura y simplemente o aprobarla sometiéndola a medidas de mitigación.

Sexto: Que para el adecuado análisis de las reclamaciones que han sido interpuestas se hace imprescindible establecer el marco jurídico en que se ha desarrollado el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta labor es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N° 211:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 numeral 2) indica: "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos".

Finalmente el artículo 31 previene: "El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes (...).

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos,

actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión(...).

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal

Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

Séptimo: Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta tiene la naturaleza jurídica de no contencioso, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211.

La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución.

Octavo: Que además cabe precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso.

Desde luego no hay duda de que el Tribunal referido, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una

operación de concentración o fusión. Ello ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *“prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”* (Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, “Libre Competencia y retail un análisis crítico” página 315).

Noveno: Que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad. El legislador estableció también la posibilidad de que terceros interesados puedan demandar o el Fiscal Nacional Económico requerir, en caso que estimen que una operación no consultada -se haya perfeccionado o no- tienda a impedir la libre competencia.

La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante y, en el caso de la integración vertical, modificando las relaciones

económicas entre los distintos actores, con el posible efecto de que se extienda el poder de mercado de una de estas empresas al mercado en que participa la otra con la cual se integra.

Como las empresas pretenden maximizar beneficios, pueden querer integrarse para obtener un mayor poder de mercado, para aumentar la eficiencia, aprovechando eventuales economías de escala o ámbito, o para lograr una combinación de estos elementos. Por ello, para cumplir con su atribución preventiva en relación con una determinada operación de concentración como la de autos, este Tribunal debe analizar la estructura de los mercados en los que participan los agentes económicos que han sometido los hechos, actos y convenciones correspondientes a su conocimiento. Pero este análisis debe referirse a situaciones concretas, atendiendo sus particularidades, efectuando caso a caso la valoración respecto de lo favorable o perjudicial que pueda ser para la competencia una determinada operación de concentración en una industria o mercado.

Esa valoración estará determinada, fundamentalmente, por el poder de mercado que alcancen o puedan alcanzar uno o más agentes económicos producto de una fusión o adquisición empresarial, por una parte, y por los efectos, actuales o potenciales, que dicho poder de mercado produzca o pueda llegar a producir en la competencia, por la otra.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas. Es por eso que en los procedimientos de control de concentración empresarial, este Tribunal, junto con realizar un estudio -necesariamente prospectivo- para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar. Ello, con el objeto de formarse un juicio acerca de si tales contrapesos pueden eliminar -o a lo menos minimizar- el riesgo de creación de efectos perniciosos para la competencia" (Resolución de fecha 31 de enero de 2008, consulta Fusión Falabella-D&S).

Así, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Ley N° 211, puede concluirse que el Tribunal posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia.

Aspectos generales respecto de las reclamaciones.

Décimo: Que se ha señalado por la doctrina respecto del concepto de fusión que: "Podemos clasificar la fusión

como un fenómeno societario que la doctrina caracteriza por procedimiento complejo considerando las necesidades a que ella atiende y las exigencias de progreso económico que ella satisface"(...) "Se trata de un concepto difícil de encasillar en un molde jurídico único o rígido que guarda analogía con la figura de la confusión, como modo de extinción de obligaciones que trata nuestro Código Civil, aludiendo a la fusión o unión de elementos patrimoniales que por diversos motivos hacen desaparecer el crédito refundido o coincidente en manos de un solo titular de las relaciones jurídicas que lo integran"(...) "Propios de la época del fortalecimiento y expansión global de empresas, los procesos de fusión vienen generalmente impuestos por la competencia y por los imperativos de integración racional por escalas y de agrupación de socios o de patrimonios autónomos de la más diversa índole, bajo una organización socialmente concentrada, bien sea ésta nueva o preexistente". (En artículo titulado: "Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión en Chile". Arturo Prado Puga. Pág.411. En Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez, Ediciones Universidad del Desarrollo, primera edición, año 2009).

Undécimo: Que como se ha resuelto por esta Corte en causas relativas a consultas de operaciones de concentración, no es posible concluir a priori que al producirse una fusión como la que es objeto de la consulta

ésta deba ser calificada como contraria a la libre competencia. En efecto, estas operaciones no son anticompetitivas *per se*, puesto que ellas encierran beneficios derivados de las eficiencias que la operación implica, los que al ser traspasados a los consumidores contrarrestan la presión al alza y los eventuales riesgos para la competencia que la operación involucra.

En tal contexto es importante consignar que aun cuando la discusión expuesta por los intervinientes facilita el análisis de la causa, puesto que todos -incluso la consultante- están contestes en que esta operación trae aparejados riesgos a la libre competencia y, en razón de ello, se reconoce que se necesitan medidas de mitigación que puedan razonablemente contrarrestar los mismos para devolver al equilibrio existente en el escenario pre-fusión -cuestión que queda en evidencia al impugnar las restantes reclamaciones sólo las medidas concretas de mitigación-, lo cierto es que se debe igualmente realizar un análisis económico jurídico de la operación de concentración, pues sólo en virtud de aquél se podrá determinar de manera fehaciente si las medidas ordenadas por el TDLC son suficientes o no y si están acordes a los riesgos creados por la fusión en estudio.

Duodécimo: Que para evaluar la operación de concentración desde el punto de vista económico y determinar los efectos en la libre competencia, se debe

analizar- tal como lo realizó en TDLC- los siguientes aspectos:

- a) Mercado relevante.
- b) Grado de concentración.
- c) Análisis de la existencia de barreras de entrada.
- d) Determinación de riesgos.
- e) Eficiencias.

Sólo una vez realizado este análisis el tribunal está en condiciones de aprobar la fusión, rechazarla o aprobarla imponiendo medidas de mitigación.

En esta materia el análisis realizado por la sentencia del TDLC en términos generales no ha sido objeto de impugnación, compartiendo esta Corte el examen realizado, de modo que éste sólo se expondrá de una forma sintética para efectos de lograr un adecuado entendimiento de los aspectos que deben ser tratados a propósito del estudio de las reclamaciones en particular.

a) Mercado relevante: Este debe ser establecido para posicionar la determinación de la autoridad, puesto que indicará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la producción, distribución y comercialización del producto, que posibilitará el estudio de los riesgos concretos derivados de una operación de concentración.

Se ha señalado con anterioridad que existen distintos aspectos que corresponde considerar a la hora de precisar

el mercado relevante, los que están relacionados con la naturaleza del negocio, porción geográfica, como otros más específicos, por lo que resulta importante hacerlo caso a caso.

En el caso concreto se ha definido el **mercado relevante del producto** de los supermercados "como el de aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales".

Además, la sentencia establece en relación **al mercado geográfico** que "desde el punto de vista de los consumidores éste es fundamentalmente local, ya que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados, en ella insertos, serán considerados por los consumidores como sustitutos cercanos. El 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".

Ahora bien, acertadamente el TDLC señala que sin perjuicio de que el mercado relevante es eminentemente local, igualmente "es importante la 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. Así, a pesar de que la competencia por los consumidores sea de carácter local, el análisis de la entrada de nuevos actores por el lado de la oferta se realizará considerando las posibilidades de competir en escalas que obligan a una evaluación del mercado a nivel nacional (considerando 9.2 de la sentencia).

b) Grado de concentración: Es un hecho cierto que la industria supermercadista en Chile se encuentra altamente concentrada, cuestión que se produce principalmente por la incorporación de tecnología que permite el desarrollo de economías a escala, las que en un mercado relativamente pequeño como el nuestro produce concentración. En efecto, en el escenario pre fusión existían dos cadenas de supermercados, Walmart y Cencosud, que tenían respectivamente -entre julio de 2010 y junio de 2011- un 28,4 y 36,4% del total de las ventas de supermercados minoristas y mayoristas con góndolas. Luego le seguía SMU con un 20,8% y en cuarto lugar estaba SDS con un 6,9% de las ventas. Así, en el escenario post fusión desaparece SDS, lo que produce como consecuencia que el mercado tenga tres actores con una participación total cercana al 92%.

c) Análisis de la existencia de barreras de entrada:

“Una barrera de entrada puede definirse como el costo en que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado y que implica en una distorsión en la asignación de recursos” (Germán Coloma, “Defensa de la Libre Competencia”, pág. 53).

Tanto en esta Resolución impugnada como en resoluciones anteriores el TDLC ha señalado que las barreras de entradas en este mercado se relacionan con las ventajas de costos de las empresas establecidas, relacionadas con las economías a escala; y con la posibilidad que tienen las empresas incumbentes de adoptar estrategias que obstaculicen la entrada de competidores. Ambos aspectos se dan en el mercado en estudio, puesto que las empresas incumbentes efectivamente han introducido tecnología con la que se desarrollan economías a escala, generando menores costos, de modo que si otra empresa desea ingresar al mercado y competir con ella, al no tener la escala mínima eficiente, enfrenta la desventaja de que sus costos medios serán mayores; por otro lado, también existe la posibilidad de que las cadenas que ostentan una posición dominante desarrollen estrategias para desincentivar el ingreso de nuevos rivales.

Además, en el caso concreto también constituye una barrera la circunstancia de existir escasez de terrenos en

zonas urbanas con densidad demográfica, lo que dificulta la entrada de nuevos actores.

d) Riesgos: Atendido el alto grado de concentración de la industria, unido a las barreras de entrada hacen evidente la existencia de riesgos para la libre competencia. En efecto, a través de la operación fusión se elimina una de las empresas que, aun cuando tenía una participación menor en el mercado, presentaba un desarrollo orgánico en los últimos años, tenía además planes de expansión que incluían la Región Metropolitana. De modo que desaparece un competidor de relativa importancia, reduciéndose el número de partícipes en este mercado, cuestión que redundaría negativamente en la competencia al eliminar presión competitiva.

Así, concretamente la operación en estudio genera riesgos unilaterales que se materializan en la fijación de precios de cara al consumidor final. Aumentando asimismo el poder de compra de cara a los proveedores, puesto que al ser menor el número de partícipes, éstos pueden manejar el precio que se les paga a los mismos.

Finalmente también aumentan los riesgos de conductas coordinadas, los que no sólo se refieren a la colusión expresa sino a la coordinación que surge de la interdependencia oligopolística que determina que se pueda fijar un precio mayor al que las empresas habrían fijado sin coordinación, cuestión que se ve reflejada en este

mercado en el cual los partícipes tienen un permanente monitoreo de precios del competidor.

e) Eficiencias: La eficiencia, desde el punto de vista económico, "puede relacionarse con una situación en la cual la suma de los beneficios de los consumidores y de las empresas se hace máxima" (Germán Coloma, obra citada, pág 29).

Como se señaló anteriormente, es evidente que las operaciones de concentración no sólo pueden generar riesgos como los descritos, sino que ellas pueden producir eficiencias productivas y disminuciones de costos, que atemperan o contienen los riesgos que la operación genera. Justamente es esta la razón por la cual ellas no pueden ser consideradas a priori como anticompetitivas. En efecto, las eficiencias pueden otorgar a la entidad resultante de la fusión una competitividad mayor que la que tenían en una etapa pre-fusión. Estas eficiencias operan -como se dijo- como un contrapeso de los riesgos que genera la operación. Sin embargo, no todas las eficiencia cumplen tal misión, sino que sólo lo hacen aquellas que son inherentes a la operación y que generan mayor competitividad, debiendo acreditarse las mismas de una manera fehaciente en el sentido de demostrar que ellas se traducirán en un freno a la presión del alza de los precios. De esta manera, la rebaja en los costos que puede ser considerada como eficiencia es aquella respecto de la cual existe

posibilidad cierta de traspaso al consumidor final, cuestión que debe ser acreditada en el proceso.

En la doctrina se advierte que: "Si el objetivo de la fusión o adquisición en cambio es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva dicho fenómeno puede provenir de diversas fuentes. En primer lugar, el nuevo grupo económico puede utilizar más eficientemente sus recursos evitando duplicaciones en las tareas realizadas, incorporar tecnologías más económicas que sólo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar ciertas sinergias originadas en la producción o comercialización de varios bienes o de abastecimiento de distintos mercados" (Coloma Germán, "Defensa de la Competencia", pág. 397).

Se ha señalado por el TDLC que para que las eficiencias puedan ser consideradas como contrapeso efectivo de los riesgos deben cumplir con tres requisitos: "(i) haber sido suficientemente acreditada su probabilidad de ocurrencia, en plazos razonables, por los interesados en la materialización de la operación; (ii) ser inherentes a la operación de concentración consultada; y, (iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado mediante la operación de fusión" (considerando 13.5).

Siguiendo estos criterios los sentenciadores analizan las eficiencias que presenta la operación de fusión en estudio, reconociendo un 6,46 de ahorro anual en costo, distante del 15,88% planteado por SMU, diferencia que se produce porque el tribunal sólo considera como eficiencias los costos marginales y no los costos fijos o aquellos que se asimilan a estos, los que no cumplirían los requisitos de ser traspasados en un tiempo cercano al consumidor -cuestión que de verificarse debe ser objeto de prueba por el consultante, lo que no sucedió en la especie-; tampoco se consideran eventuales descuentos de proveedores producto de la fusión, por cuanto ellos son en esencia anticompetitivos. A pesar de lo anterior el TDLC reconoce que la operación puede generar eficiencias que no fueron debidamente acreditadas y por eso realiza un ajuste reconociendo un 10% como umbral de eficiencias.

El criterio desarrollado por la Resolución N° 43/2012 aparece como el correcto, puesto que son los costos marginales aquellos que determinan el precio a cobrar y efectivamente, cualquier otra reducción de costos que a juicio del consultante constituya eficiencia, debe estar acreditada en el proceso no sólo en cuanto a la efectividad del mismo, sino que se debe establecer de una manera cierta cómo es que esa reducción será traspasada al consumidor.

Décimo tercero: Que analizados los riesgos que la operación de concentración implica y las eficiencias que de

ella derivan, resulta claro que éstas no son suficiente contrapeso de aquéllos, de modo que se debe determinar -como lo hizo el TDLC- las medidas de mitigación que corresponde establecer para efectos de aprobar la operación de concentración, las que deben actuar como contrapeso efectivo de los efectos negativos a la libre competencia, puesto que si esto no ocurre la operación debe ser rechazada.

En esta materia el mencionado tribunal ha realizado un análisis conforme al índice UPPI, que determina la presión al alza de los precios, el cual es aplicado en todas las comunas en que tienen presencia las firmas que se fusionan, analizando el escenario que se produce después de la fusión.

Pues bien, en estos autos la consultante propuso la desinversión sólo en aquellas comunas donde no existieran supermercados pertenecientes a Cencosud o Wallmart, como una medida de mitigación que resulta útil para reponer la competencia existente en el escenario pre-fusión. Por su parte la FNE propuso la enajenación en determinadas comunas de los locales Bigger, en base a un estudio de sustituibilidad realizado por dicho organismo.

El TDLC, desestimando fundadamente las propuestas realizadas por las entidades referidas, efectúa el propio estudio de los mercados relevantes para determinar las localidades en las que se debe llevar a cabo la

desinversión. Para estos efectos considera el umbral de eficiencia de 10%, el cual es aplicado en el índice UPPI, que tiene un carácter objetivo y ha sido reconocido por los intervinientes como una herramienta útil para determinar finalmente las localidades en que se hace necesaria o no la desinversión.

Relacionada con este punto se encuentra la Condición Primera N° 1, a través de la cual se ordena la enajenación de uno de varios locales -a elección del consultante- en 18 comunas del sur del país que se individualizan. En todas ellas el índice UPPI fue mayor a 0, realizándose además un estudio concreto del mercado local, cuestión que finalmente determina la necesidad de desinversión. Producto del análisis de riesgos se ordena también la desinversión de los centros de distribución que operaba SDS, así como de a lo menos una de las marcas de los locales adquiridos por SDS, imponiéndose la venta como unidad económica, impidiendo la adquisición de ésta de forma directa o indirecta por parte de empresas que tengan más de un 25% de participación en el mercado, otorgando un plazo de 8 meses para llevar a efecto tal operación. Estableciendo luego otras 5 condiciones, todas descritas en la parte expositiva de esta sentencia, las que se consideraron suficientes para devolver el equilibrio competitivo al mercado supermercadista, las que serán analizadas en concreto a propósito de las reclamaciones interpuestas en autos.

Décimo cuarto: Que a continuación se procederá con el análisis particular de las reclamaciones interpuestas, el que se realizará -por motivos de ordenamiento- en forma inversa a la que han sido expuestas.

Respecto de la reclamación de Cencosud S.A.

Décimo quinto: Que a través de su recurso Cencosud S.A. impugna ciertos aspectos de la condición primera de la Resolución N° 43/2012, específicamente en cuanto por ella se ordena la desinversión de establecimientos en 18 comunas unido a la enajenación de otros activos, estableciéndose la venta como unidad económica, impidiendo así que estos locales puedan ser adquiridos en forma separada por su representada, lo que se ve reforzado al prohibir que empresas que tengan más de un 25% de participación en el mercado puedan participar en la licitación, situación concreta en la que se encuentra su representada que tiene un porcentaje superior de participación en la industria. De esta forma, en lo medular, considera que el TDLC ha actuado fuera del ámbito de su competencia, puesto que restringe su derecho consagrado en los numerales 21 y 23 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, impidiéndole desarrollar su actividad económica y restringiendo su libertad para adquirir toda clase de bienes, discriminándolo arbitrariamente al impedirle participar en la actividad propia de su giro en la comunas donde se ordena desinvertir, y en la que a su vez ella no está

presente.

Décimo sexto: Que resulta indudable que el Decreto Ley N° 211 tiene un carácter económico y que entre sus objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como de un modo más general la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al desarrollar la competencia del Estado cuanto al referirse a las garantías individuales.

El artículo primero inciso primero de la Carta Política dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". De esta forma libertad, igualdad y dignidad, además de la vida misma, son las principales garantías y derechos, consustanciales a todo individuo para desarrollarse en sociedad, conforme a la mayor realización espiritual y material posible, propendiendo siempre al bien común, para lo cual la autoridad respetará el principio de subsidiaridad, sin dejar de atender a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°,

3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una

institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Décimo séptimo: Que conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el

Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto.

En la sesión 338 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se advierte esta amplitud. En efecto, en estas Actas Oficiales el señor Guzmán (...) considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan. (...). El señor Guzmán propicia, no obstante la distinción entre las formas individual y asociada, incluir en el artículo la palabra empresa, que, a su juicio, tipificaría de manera muy nítida a esta garantía como diferente de la relativa de la libertad de trabajo. (...). El señor Carmona aduce que la expresión actividad económica es muy amplia, de manera que comprende la libertad de formar todo tipo de empresas. El señor Guzmán señala que su propósito tal vez podría obtenerse con una redacción que dijese: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada, y a través de cualquier tipo "género" de empresas (...). En síntesis, la primera parte de la disposición queda aprobada en los siguientes términos: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica sea en forma individual o asociada.

Décimo octavo: Que respecto de la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República -que se estima violentada en la reclamación en estudio- se ha dicho que "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales" Tomo II, pág. 318).

El derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites,

que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Décimo noveno: Que por otro lado, en concordancia con lo que se ha sostenido a lo largo de este fallo, puede indicarse que *"El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa*

preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el magistrado tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social"(...) "el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" ("*Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación*, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010 pág. 138-139).

Vigésimo: Que de lo expuesto fluye que el TDLC, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición constitucional por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular.

Así, en el contexto descrito la regla general establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial y el derecho consagrado en el artículo 23 de la mencionada Carta Fundamental, esto es el derecho a adquirir toda clase de bienes, cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a

través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus competidores y por ende se ponga en peligro el bien común.

Vigésimo primero: Que conforme lo que se ha venido reflexionado, se debe descartar la alegación de Cencosud S.A. respecto a que al imponer la Resolución N° 43/2012 las condiciones que impugna se esté limitando su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, extralimitándose en sus funciones el TDLC, puesto que como se ha expuesto, el mencionado tribunal, una vez detectado el riesgo inminente a la libre competencia -el que se genera producto de la operación de concentración en estudio- tiene las facultades para imponer aquellas medidas de mitigación que tiendan a restablecer el equilibrio competitivo existente en el mercado antes de la fusión. En tal sentido, la medida impuesta, esto es la venta de los locales que se ordena desinvertir como unidad económica, impidiendo su adquisición por los incumbentes que tengan más del 25% del mercado, es estrictamente necesaria, puesto que lo que pretende en definitiva el tribunal es potenciar o permitir el arribo de un cuarto competidor en el mercado, sin cerrarlo en tres empresas dominantes, cuestión que de modo alguno puede lograrse si parte de los activos que debe desinvertir SMU S.A. son adquiridos por las otras dos empresas incumbentes. En otras palabras, no tendría sentido

ordenar la desinversión si éstas pudieran adquirir los activos, puesto que siempre el mercado quedaría reducido a tres actores y no a cuatro, como lo eran en el escenario pre-fusión.

Por otro lado, no resulta efectiva la afirmación del reclamante respecto a que el TDLC prescindiera en este caso del mercado relevante, el cual tiene una naturaleza eminentemente local, pues este tribunal ha señalado expresamente que si bien el mercado relevante es local, lo cierto es que las empresas que ejercen una posición dominante tienen una cobertura nacional, están presentes en todas las regiones del país, cuestión que debe relacionarse con la circunstancia de que una de las barreras de entrada está dada por la escala mínima eficiente. Así, el equilibrio en la competencia sólo se logra posibilitando la entrada de un cuarto actor, cuestión que hace no sólo racional, sino que imprescindible la medida de mitigación ordenada.

Por las mismas razones, no se constata la vulneración de la igualdad ante la ley esgrimida por el reclamante, quien se siente discriminado por la medida de mitigación impuesta. En este aspecto se debe señalar que aunque la Constitución Política prohíba en su artículo 19 N° 2 el establecimiento de diferencias arbitrarias, ello no significa que la Carta Fundamental haya excluido la posibilidad de establecer un trato diferente y

proporcionado a las personas que se encuentran en una situación diversa y que obedezca a circunstancias objetivas y relevantes para la diversidad de trato que la ley introduce. En el mismo sentido, los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer aseveran: *"El alcance de esta disposición se podría resumir en los siguientes aspectos: 1.- Tanto el legislador, como la autoridad se encuentran obligados a establecer un marco jurídico de diferencias. Estas pueden ser producto de la naturaleza o de la conveniencia social y no afectan al principio de generalidad que caracteriza a la ley. 2.- Lo que la Constitución no permite es la imposición de distinciones arbitrarias; las que serán tales en tanto no hallen su fundamento en la razón, en la justicia o no propendan al bien común"*. (Citado en página 125, Tomo I, en *"Constitución Política de la República. Doctrina y Jurisprudencia"*. Director: Eduardo Aldunate Lizana. Editorial Puntotex S.A., año 2009).

Finalmente, señala la reclamante que no existe peligro para la libre competencia al adquirir los locales que se deben enajenar por SMU S.A., puesto que ella sólo estaría interesada en la adquisición en aquellas comunas en las que a la fecha no está presente, de modo que la intervención del TDLC no se justifica, cuestión que determina que se imponga una medida que interviene el mercado, impidiéndole participar en él. Lo anterior no es efectivo, desde que en

caso alguno se impide que Cencosud desarrolle proyectos económicos en esas comunas; el punto es diametralmente distinto, se le impide comprar los activos de SMU, lo que se justifica no sólo por lo reflexionado en los párrafos precedentes, en cuanto posibilitar la entrada de un cuarto competidor, sino porque además a través de ella se buscan impedir los riesgos detectados en la fusión. Desde esta perspectiva, el reclamante prescinde de un hecho esencial, se trata de la venta de supermercados en funcionamiento, los que tienen una clientela formada. No es lo mismo emprender un proyecto desde cero -cuestión que puede realizar libremente Cencosud en esas comunas- a adquirir locales de supermercados de su competidor, pues los efectos en uno y otro caso son diametralmente distintos.

Vigésimo segundo: Que lo relacionado lleva a rechazar la reclamación de Cencosud, como se dirá en lo resolutivo de este fallo.

En cuanto a la reclamación de SMU S.A.

Vigésimo tercero: Que corresponde referirse a la reclamación interpuesta por SMU, a través de la cual se impugnan de forma específica ciertas medidas de mitigación.

Vigésimo cuarto: Que el consultante solicita la modificación de las condiciones en los términos que se expondrán y serán analizados a continuación:

I.- Modificación de la condición primera:

1°.- No se ordene la desinversión en determinadas comunas, fundado en dos alegaciones:

a) Primera alegación: Porque de aceptarse el total de las eficiencias alegadas por su representada -a su juicio debidamente acreditadas en el proceso- éstas alcanzarían un 15,88%, siendo este porcentaje el que se debe tomar en consideración para calcular el índice UPPI, cuestión que redundaría en que en determinadas comunas no sería necesaria la desinversión ordenada al no existir la presión positiva a subir precios en ellas.

Al respecto se debe señalar en primer lugar que aun cuando esta Corte reconociera el total de las eficiencias alegadas por la reclamante, ello no implicaría que desapareciera la necesidad de desinvertir en las comunas señaladas, puesto que el índice UPPI es sólo uno de los elementos tomados en consideración por el TDLC para establecer las medidas de mitigación, y en específico, la necesidad de enajenar locales por parte de SMU. En efecto, una vez precisado el índice UPPI y aplicado a las localidades involucradas en la operación, se determina aquellas donde existe una presión al alza en los precios, realizándose además un análisis particular de cada uno de los mercados tomando en consideración aspectos específicos de cada uno de ellos para efectos de establecer si es o no necesaria la desinversión.

Por otro lado, en relación a las eficiencias alegadas, que ascienden a un 15,88%, la recurrente aspira a que esta Corte reconozca el total de las mismas, lo que implica que se acepten todas aquellas rebajas de costos que se obtendrían producto de la fusión por descuentos de sus proveedores. Ello no es posible, pues éstas, si bien derivan de la fusión, son en esencia anticompetitivas, por cuanto su justificación en la mayoría de los casos está determinada por el poder de compra que alcanza la entidad fusionada, quien ejerce de cara a sus proveedores el poder de mercado. En efecto, en un juicio de probabilidad cierto, las menos de las veces estas rebajas provendrán del volumen de compra, puesto que en un mercado pequeño como el nuestro el volumen post fusión será el mismo que tenían en el escenario pre fusión, con la única salvedad que antes ese volumen lo alcanzaban sumando las compras de las dos empresas que ahora se fusionaron.

Además, el reclamante pretende que se le reconozcan aquellas rebajas de costos que la sentencia asimiló a costos fijos y no reconoció como eficiencias. En este aspecto, es dable señalar que este tribunal concuerda con lo expresado en el fallo en cuanto a que aquellas reducciones de costos fijos no redundan en el corto tiempo en una mayor intensidad de la competencia. De este modo, no basta con la sola afirmación respecto que estos menores costos serán traspasados a los consumidores y frenarán la

tendencia al alza en los precios, sino que ello debe ser acreditado en el proceso, lo que no implica imponer un estándar de prueba inalcanzable para los consultantes, sino que exigir una acreditación mínima a su respecto, que en estos autos no se ha logrado, siendo insuficiente la sola elaboración del Informe Económico de Konow y Fantuzzi.

Es importante recalcar que la sentencia incluso ha sido condescendiente con el consultante, puesto que las eficiencias acreditadas alcanzan un 6,46% y por la sola circunstancia de reconocer que pueden existir otras eficiencias que el consultante no ha logrado acreditar, que derivan de los dos conceptos esgrimidos por el reclamante -rebajas de proveedores y costos fijos- ajusta el porcentaje a un 10%.

b) Segunda alegación: Porque en el análisis en detalle comuna por comuna el TDLC omite la consideración de antecedentes de hecho importantes, que dicen relación con la existencia de locales de Cencosud o Walmart que se encontraban en proceso de construcción al momento de la consulta, o que se inician con posterioridad a ella y que se inauguraron o están próximos a ser inaugurados; antecedentes que de haber sido considerados habrían determinado que no se ordenara la enajenación en dichas comunas, puesto que su existencia es suficiente para imponer presión competitiva a su representada.

Respecto de este punto se debe señalar que la sola existencia de un local de la competencia en proceso de construcción o recién inaugurado, no es suficiente para efectos de establecer que no existen riesgos en ese mercado. En efecto, el análisis de riesgos efectuado dice relación con la desaparición de un competidor producto de la fusión, cuestión que implica determinar qué tan sustituto es cada uno de los supermercados que se fusionan en un mercado relevante concreto respecto del otro. En otras palabras, implica determinar qué porcentaje de la clientela de un supermercado se perdería por éste al subir los precios, pues el consumidor veía como un sustituto perfecto a aquella otra entidad que ahora producto de la fusión desaparece. Tal análisis implica la comparación de dos entidades que se encuentran en funcionamiento, consolidadas en un mercado determinado. No basta la sola proximidad de un proyecto para estimar que éste es suficiente para imponer presión competitiva, puesto que los análisis económicos involucran muchos otros aspectos, que no pueden ser determinados en relación a un supermercado en construcción. Este no tiene clientela consolidada, es un proyecto nuevo, que en principio no es capaz de ejercer presión competitiva, al menos no en el porcentaje que ejercen aquellos supermercados existentes a la fecha de la fusión.

En lo que dice relación a las otras alegaciones sostenidas en este punto por el consultante, se debe consignar que esta Corte comparte plenamente lo expuesto por el TDLC en relación a que el análisis del mercado relevante es local, al punto que debe realizarse en relación a la distribución dentro del espacio geográfico. Como también la afirmación respecto a que el formato de superbodega Acuenta no ejerce una presión competitiva semejante a la que ejercen los otros formatos de supermercados pertenecientes a las cadenas Walmart y Cencosud, como lo son los supermercados Líder, Jumbo y Santa Isabel.

Finalmente, se debe señalar que en aquellas comunas en que se pretende se deje sin efecto la obligación de desinvertir, los niveles de concentración en el escenario post fusión reflejan un riesgo evidente a la libre competencia, los que quedan de manifiesto con la sola exposición de los niveles de concentración, los que son superiores al 50%: Tomé (94%), Penco (95%), San Pedro de La Paz (100%), Chiguayante (72,5%) y Angol (52,8%).

Escapa a dicha norma sólo el caso de San Carlos(46%), justificándose la desinversión porque no existe en el mercado competencia de supermercados que pertenezcan a cadenas con centro de distribución nacional, y los casos de Temuco, Valdivia y Puerto Montt en los que la enajenación se justifica por el análisis de situaciones relativas a la

ubicación geográfica específica que obligan a adoptar la medida de mitigación.

2.- Improcedencia de la condición de desinvertir en Centros de Distribución: Señala el recurrente que los centros de distribución de SDS no tienen la envergadura de aquellos que son considerados como motores de las eficiencias, de modo que estima que la enajenación de los mismos no tiene justificación, sin perjuicio de estimar además que en lo que respecta a ella se vulnera el principio de bilateralidad de la audiencia debido a que esta medida no fue solicitada por ninguno de los intervinientes.

Baste para desechar este punto del reclamo la circunstancia de haber sido el propio consultante quien en su análisis económico de la fusión ha señalado expresamente respecto de los tres centros de distribución que pertenecían a SDS que los enajenaría, de modo que en este punto el reclamante carece de agravio. Por otro lado, la apreciación del reclamante respecto a que estos centros de distribución no tienen relevancia para generar eficiencias es sólo una apreciación particular, puesto que SDS -quien mantuvo un crecimiento sostenido en los últimos años- explotaba esos centros de distribución, los que contribuyeron indudablemente a su crecimiento. Siendo así, resulta evidente que la venta de estos centros de distribución unida al resto de los activos como unidad

económica incentiva el ingreso de un eventual cuarto actor relevante en el mercado, que sea capaz de imprimir fuerza competitiva y restaurar los equilibrios existentes hasta antes de la fusión en estudio.

Ahora bien, respecto de la alegación de la falta de bilateralidad de la audiencia, se debe señalar que este principio también denominado contradictorio implica que cada una de las partes del juicio tenga la posibilidad de ser oído en sus alegaciones, "audiatur ex altera pars", que significa que nadie puede ser condenado sin habersele oído. Este principio de carácter procesal efectivamente forma parte de la garantía constitucional del debido proceso, el mismo presupone -como se dijo- al menos una oportunidad para cada una de las partes de ser escuchada respecto de sus alegaciones o defensas.

Para proceder al análisis destinado a verificar si ha existido o no bilateralidad de la audiencia, resulta imprescindible señalar que, tal como se reflexionó en el considerando quinto, el objeto de la consulta no está dado por las medidas concretas de mitigación solicitadas por uno u otro de los intervinientes, sino por los efectos que tiene la fusión entre SMU y SDS en la libre competencia. Este es el objeto consultado y en él recae el pronunciamiento del TDLC. Respecto de aquel punto la consultante fue debidamente escuchada, al igual que el resto de los aportantes de información, así como la FNE, de

modo que no es efectivo que se haya faltado al mencionado principio, puesto que una vez establecido el objeto de la consulta y realizado el análisis económico jurídico por el tribunal, éste puede imponer aquellas medidas de mitigación que sean suficientes para componer la competencia en el mercado relevante, este es su límite y ningún otro. En otras palabras, aquellas medidas propuestas por los intervinientes no restringen la competencia del Tribunal, quien en su análisis completo de los efectos de la fusión es libre para determinar todas aquellas medidas que permitan atemperar los riesgos que la fusión crea a la libre competencia.

3.- Ampliación de plazo para la enajenación como unidad económica: En este aspecto solicita se amplíe el plazo de 8 meses a 12, arguyendo la complejidad que implica enajenar los activos como unidad económica. Esta solicitud será rechazada no sólo porque el plazo de 8 meses aparece como un plazo prudente para llevar a cabo tal operación, sino porque además es necesario prontamente consolidar los efectos de las medidas de mitigación, sobre todo por cuanto esta consulta no ha sido planteada antes de celebrarse la fusión, sino que el TDLC es requerido con posterioridad a la celebración de aquélla, la que se materializa el 17 de septiembre de 2011.

II.- Eliminación de la Condición Tercera: Se impugna esta medida de mitigación puesto que estima el reclamante

que no es necesaria la enajenación de su inversión en las sociedades Supermercados Montserrat S.A. e Inmobiliaria Santander S.A., pues el mantenerla dentro de sus activos no genera riesgos para la libre competencia, principalmente porque su parte no ejerce control sobre Montserrat, cadena que cuenta con una administración independiente y un controlador bastante claro que es la familia Badá dueña del restante 60%; sin perjuicio de considerar además que esta medida no fue analizada ni discutida en ninguna etapa del proceso de consulta, así como tampoco fue parte de alguna medida de desinversión que hubiere sido solicitada por la FNE ni por ninguno de los aportantes de antecedentes, por lo que al ordenarla se vulnera el principio de la bilateralidad de la audiencia.

Respecto de la falta de bilateralidad de la audiencia cebe remitirse a lo expresado en el punto 2.- precedente respecto de esta materia.

Ahora bien, en lo que dice relación al fondo de su alegación para solicitar la eliminación de la condición, es posible observar que descansa sobre la base de apreciaciones no efectivas, como son las de estimar que su porcentaje de participación de un 40% en Supermercados Monserrat no es relevante para efectos del análisis de la competencia en la industria supermercadista chilena. En efecto, tal como lo sostiene el fallo impugnado, la participación de la consultante es relevante desde una

doble perspectiva: i.- Porque la conducta de SMU atendida su participación en Supermercados Monserrat va a estar determinada por lo que ésta gana o deja de ganar, cuestión que se produce con independencia de que sea ella o no la controladora de esta cadena de supermercados. No se está señalando que sea Monserrat quien verá condicionada su actividad -cuestión que desde el punto de vista lógico también puede suceder- sino que la estrategia competitiva de SMU S.A. va a estar determinada por lo que la cadena -en la que tiene un 40% de inversión- pueda ganar, ya que en definitiva esto será una ganancia propia. ii.- Porque además su participación no es menor, corresponde a un 40%, y en tales circunstancias en su calidad de accionista está informado de las estrategias competitivas que desarrolla Supermercados Monserrat.

Por otra parte, con anterioridad -a propósito de la reclamación de Cencosud- se han dado las razones por las cuales, a pesar de que se reconoce que el mercado relevante es de carácter eminentemente local y en tal aspecto es cierta la circunstancia que Supermercados Monserrat no está presente en las comunas en que se explotaban supermercado por SDS, es importante recalcar que el análisis no se agota a nivel local al tener todas las empresas incumbentes -que en el escenario post fusión son Cencosud, Walmart y SMU- presencia con diversidad de formatos a lo largo de nuestro

país, de modo que el análisis igualmente debe extenderse a la totalidad de la industria.

Sin perjuicio de lo anterior, no es efectivo que la fusión en estudio no tenga efectos directos en los mercados en los que está presente Supermercados Monserrat. En efecto, basta un solo ejemplo para evidenciar el impacto de la fusión en la competencia y la importancia de la participación de Monserrat: la empresa absorbida SDS tenía inminentes planes de desarrollo en la Región Metropolitana, los que producto de la operación de concentración ya no se realizarán, lo que deja de manifiesto que se elimina competencia en la Región que, como se analizó con anterioridad, tiene las máximas barreras de entrada debido a la escasez de terrenos.

Finalmente, la participación de la consultante en Supermercados Monserrat no sólo es relevante por lo antes consignado, sino porque la enajenación de ella en conjunto con los otros activos configura lo que se podría denominar un atractivo conjunto para un cuarto inversionista y potenciar la competencia en este sector de la industria.

III.- Modificación de la Condición Quinta: Se impugna en este punto la definición que se ha dado para "proveedor pequeño", puesto que estima que el Tribunal se aparta de la definición que ha sido dada en los Términos y Condiciones Generales de Contratación (TCGC) de Cencosud, en que revisten esa calidad aquellos que tengan ventas totales

inferiores a 25.000 U.F.; sin embargo, en la condición impuesta a su representada se define a proveedor pequeño como aquel que vende a SMU S.A. menos de 25.000 U.F. anuales, cuestión que implica que pueda existir un proveedor que tenga un gran volumen de venta, pero que sin embargo venda a su representada menos de 25.000 U.F. y en consecuencia se vea beneficiado por las TCGC.

En este aspecto vale la pena señalar que no ha sido acompañado por la reclamante las TCGC de Cencosud, por lo que se desconocen los términos en los que ha sido definido proveedor pequeño a su respecto. Sin perjuicio de ello, a juicio de esta Corte aparece correctamente definido lo que se entiende por proveedor pequeño, puesto que el volumen de las adquisiciones que se realizan a un proveedor es lo que determina en forma particular si él puede o no ser considerado pequeño.

4.- Modificación de la Condición Sexta: A juicio del reclamante establecer la condición de consulta previa a su representada es discriminatorio frente al estándar que tiene Walmart. Adicionalmente, no es comparable la obligación acordada y aceptada por Cencosud en un proceso contencioso en contra de ella, a la condición que se pueda imponer a su representada en un contexto de concentración.

Este último motivo de impugnación igualmente será rechazado porque en la especie la medida de mitigación impuesta, esto es, la necesidad de someter a consulta

previa las operaciones de concentración antes de llevarlas a cabo, se justifica no sólo porque producto de la presente fusión SMU S.A. pasa a formar parte de aquellas empresas que ostentan poder de mercado, tal como se ha explicado extensamente a lo largo de este fallo, sino porque además la conducta propia de la consultante obliga a imponer esta medida, puesto que la consulta solo ha sido presentada una vez materializada la operación de concentración. En este punto se debe señalar que aun cuando en nuestra legislación la consulta previa no es obligatoria -por lo que la consultante era libre de presentarla antes o después de efectuada la operación- lo cierto es que la presentación posterior es altamente inconveniente, porque siempre existe la posibilidad de rechazar la fusión, cuestión que no sólo conlleva costos para las empresas involucradas, sino que además tiene un elevado costo social.

Vigésimo Quinto: Que sin perjuicio de todo lo expuesto en relación a la presente reclamación se debe señalar, además, que resulta al menos curioso que en estrados alegara SMU Matriz, que es la accionista mayoritaria de SMU S.A., quien en su análisis señaló que todas y cada una de las medidas de mitigación ordenadas por el TDLC son adecuadas a los riesgos de la operación de concentración se derivan.

Respecto de la reclamación de Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou.

Vigésimo sexto: Que finalmente procede analizar el recurso interpuesto por inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano, a través del cual lo que se solicita es el rechazo de la operación de concentración, fundado principalmente en que en su opinión los riesgos para la libre competencia son de tal envergadura que esta sería la única solución para devolver el equilibrio al mercado.

Vigésimo séptimo: Que en el estudio de esta última reclamación se debe tener presente que -según se ha expuesto detalladamente en este fallo- el objeto del pronunciamiento del tribunal es determinar si existen o no riesgos a la libre competencia, los que deben estar asociados a la operación de concentración que se somete a su conocimiento. Únicamente si se detectan riesgos, se disponen medidas de mitigación, las que deben ser aquellas indispensables para restablecer la competencia en un mercado relevante y únicamente en aquellos casos en que estas medidas sean insuficientes para contener los riesgos la operación debe ser rechazada. Así, esta facultad dada al tribunal debe ser utilizada como *última ratio*.

También se debe tener presente que las medidas que adopte el tribunal sólo pueden tener como objetivo devolver al mercado el equilibrio perdido producto de la fusión. En este sentido se debe destacar que no está dentro de las finalidades de aquéllas, imprimir más competencia al mercado, puesto que en definitiva el TDLC no ha sido

concebido como un ente promotor de aquél. De lo anterior surge que sus facultades dentro del ámbito de una consulta, sólo dicen relación con el restablecimiento de la competencia en el escenario pre-fusión.

Vigésimo octavo: Que de la exposición del reclamante -considerando tercero- fluye que lo que éste pretende es que se rechace la operación consultada porque en virtud de ello se imprimiría competencia en el sector supermercadista, objetivo que -según se expuso- escapa al ámbito de competencia del Tribunal en el presente procedimiento.

Tal como se refirió en el considerando anterior, el análisis de riesgos del TDLC y la decisión final sólo dice relación con los riesgos detectados producto de la operación, no pudiendo el mencionado tribunal adoptar medidas -ya sea de mitigación o de denegación de la fusión- con la finalidad de lograr una mayor competitividad a la existente en el escenario pre-fusión.

Teniendo clara la premisa básica expuesta, a juicio de esta Corte las medidas de mitigación que han sido adoptadas por el TDLC resultan adecuadas para devolver el equilibrio competitivo al mercado relevante de que se trata, por las razones que han sido explicadas a propósito del estudio de las dos reclamaciones anteriores, a las que cabe remitirse en su integridad.

Por último se debe consignar que no comparte esta Corte las aprensiones expuestas por el reclamante acerca de que en definitiva el mercado ha quedado irremediablemente cerrado en tres actores, puesto que el paquete de desinversión creado a través de las medidas de mitigación aparece lo suficientemente atractivo para ayudar al arribo o crecimiento de un cuarto actor que sea capaz de imprimir competencia en el mercado. Tampoco es efectivo que las medidas adoptadas sean sólo locales, puesto que como se señaló a propósito del estudio de las otras dos reclamaciones -que reprochaban justamente la circunstancia contraria- éstas efectiva y acertadamente exceden el ámbito local.

Vigésimo noveno: Que conforme a lo expuesto sólo cabe concluir que las medidas ordenadas son adecuadas, esto es, apropiadas a las condiciones o circunstancias que se producirán después de la fusión, y que son proporcionadas toda vez que son aptas para la finalidad de devolver el equilibrio competitivo al mercado relevante, mitigando los riesgos detectados como producto de la operación de concentración horizontal.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211, se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou, Cencosud S.A. y SMU S.A. en contra de la

Resolución N° 43/2012, de 12 de diciembre de 2012, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por acoger la reclamación interpuesta por Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou y rechazar la operación de consultada de fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., disponiendo que las partes concernientes deben realizar los actos y convenciones pertinentes para regresar a la situación de mercado imperante con anterioridad al 17 de septiembre de 2011, en atención a las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Este disidente ha tenido oportunidad de señalar que nuestro país ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica, que en síntesis son: a) la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; b) el Estado tendrá siempre un papel subsidiario; c) el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público; d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado; e) para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el

legislador; f) el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; j) el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; k) se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.

La Ley 13.305 de 6 de abril de 1959 dispuso que correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

"La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país. Acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados."

Esta ley substancialmente dispuso:

"Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

"Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de

producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o **por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia**, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."

Posteriormente la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley 211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:

"1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;"

"2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del

poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;"

"3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;"

"4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;"

"5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;"

"6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines;"

SEGUNDO: El sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales

destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

Esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la

denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho comparado se ha evolucionado en la aplicación de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula. En lo relativo a las fusiones de empresas independientes, ya sea por convención de reunión de patrimonios o la adquisición de una de ellas por otra, se pone atención por el derecho por cuanto la unificación de las propiedades, tanto en sus activos y pasivos, los que con anterioridad se encontraban sujetos a un control separado, repercutirá directa o indirectamente en el mercado. Es por ello que la mencionada ley, en su sección 1, por lo general considera que estos arreglos presentan peligros para la competencia, los que están en directa relación con la intensidad de la misma competencia entre tales empresas que se unifican, puesto que surgen presunciones para determinar que esas convenciones tienen por objeto aumentar la rentabilidad en la producción o comercialización de los bienes y servicios de que se trata, sea mediante la reducción de la producción o subiendo los precios. Es por ello que la integración formal, completa y definitiva de empresas independientes y competidoras en el mismo mercado, al disminuir la competencia, debiera llevar a prohibirle en todo caso, puesto que inevitablemente afectan el mercado y eliminan definitivamente la competencia entre las empresas que se fusionan. Lo anterior

deriva de la coherencia entre la prohibición de los acuerdos temporales entre tales empresas para fijar producciones o precios, por lo que con mayor razón deben prohibirse los acuerdos definitivos que pretenden tratar como una sola empresa lo que antes eran dos.

La atención que debe prodigarse a las fusiones es directamente proporcional a la intensidad con que las empresas que se fusionan:

- a) Rubro. Presentaban coincidencia de rubros;
- b) Autonomía estratégica. Llevan adelante planes independientes en su política para desarrollar sus productos;
- c) Competitividad. Se les identifica como rivales directos;
- d) Creatividad. Tienen participación activa en el desarrollo de los productos que integran el mercado;
- e) Concentración. Poseen ya un tamaño importante considerado individualmente o lo poseerán en conjunto, con lo cual se podrá determinar el grado de concentración;
- f) Condiciones de entrada. El ingreso de nuevos actores al mercado no es fácil; éste presenta barreras de entrada naturales o propias del mercado; o se cerrará la oportunidad de ingreso al elevar los costos de los rivales actuales o futuros;

g) Integración vertical. Se está ante una integración vertical, principalmente si se trata de una integración hacia atrás;

h) Vulnerabilidad de los consumidores. Existe vulnerabilidad de los consumidores en cuanto a la oferta, el precio o los productos;

i) Elasticidad de la oferta, del mercado, del servicio, del producto o del servicio. No se cuenta con substitutos;

j) Eficiencias. No se logra demostrar claramente que se producirán eficiencias o si éstas se alcanzan no les era posible a las empresas obtenerlas separadamente;

k) Viabilidad económica. Ninguna de las empresas cerrará en el caso que no se fusionen.

Existen diversas preguntas fundamentales que hacer al efectuar el análisis:

¿Cuáles son los beneficios para la competencia?

¿Qué productos o empresas están ahora disponibles para los compradores, y dónde podrían recurrir los compradores para sus suministros si los precios relativos aumentaran en un cinco por ciento? (Ernest Gellhorn y otros, Derecho y Economía de la Competencia, página 392).

¿Existen efectos sociales, políticos u otros, además de los económicos?

El hecho que determina toda esta preocupación es que racionalmente la integración se produce para obtener mayor

rentabilidad, la cual afecta el mercado si se sostiene mediante la reducción de la producción o la elevación de precios.

La prohibición per se de las fusiones permite definir las bases de la mirada de quienes analizan las repercusiones en el mercado. De esta forma, quienes se fusionan deben destacar que tales aprehensiones no se producirán, que no se afectará el mercado y que, todo lo contrario, los consumidores serán favorecidos por un mejor servicio, por un mejor producto o/y por un mejor precio. Al ser un negocio jurídico que implica riesgos para la competencia en el mercado, al reducir el número de participantes, corresponde desvirtuar que las fusiones que impulsan no les otorgará poder considerable en el mercado. La carga de la prueba del beneficio para el mercado queda radicada en quienes se fusionan. Se detendrá así la mirada en un análisis amplio y razonable del mercado relevante como del poder que adquirirá en el mismo, mediante una evaluación completa y no solamente sustentados en criterios estructurales (rechazo a la concentración) y en el diseño de reglas de línea clara (evitar el poder de mercado mediante esta nueva participación), atendiendo a las eficiencias económicas y sociales que se alcancen, todo sin alza de precios.

TERCERO: El análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de

los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante; pero además se materializa controlando las estructuras, cuestión que implica controlar las operaciones de concentración. Es este último control el que origina la causa de autos, donde SMU S.A. somete a la aprobación del TDLC la operación de concentración que había llevado a cabo días antes de la consulta.

CUARTO: Previo al análisis concreto se deben despejar conceptos que sin duda ayudarán a entender la problemática que enfrenta esta Corte al analizar la operación en estudio.

Se puede definir una operación de concentración como "todas aquellas que implican que dos unidades económicas que se funcionaban de manera independiente entre sí, pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresarial" (Coloma Germán, "Defensa de la competencia, análisis económico comparado" Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 293). También se ha definido como "actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa o a formar parte de un mismo grupo empresarial". ("Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontal" Fiscalía Nacional Económica, año 2006).

La principal clasificación de las operaciones de concentración se relaciona con el mercado en que interactúan las empresas que se fusionan:

a) Concentración horizontal: son aquellas en las que las empresas que se fusionan son competidoras en el mismo mercado. Estas operaciones producen efectos importantes por cuanto conllevan la modificación de la estructura de la industria, puesto que dos competidoras pasan a formar una sola entidad con mayor participación en el mercado. Se aumentan así los índices de concentración, razón por la que se generan riesgos para la libre competencia, pues la entidad resultante ostenta mayor poder de mercado en relación al que tenían cada una de las empresas antes de la operación, cuestión que le podría permitir subir los precios de forma directa o alterando el volumen de producción; además, se elimina a la competencia de la empresa que absorbe, que antes de la operación imprimía fuerza competitiva; por otro lado, al disminuir el número de competidores se facilita la realización de prácticas anticompetitivas, entre las que está no sólo la colusión expresa para regular precios y producción, sino que la referida a la coordinación tácita de conductas.

b) Concentración vertical: son aquellas en que se fusionan empresas que no son competidores entre sí respecto del mismo producto, sino que más bien entre ellas existe una relación proveedor-cliente. En este tipo de

concentraciones el número de empresas que quedan en cada sector del mercado no cambia a consecuencia de la operación, pero se modifica las relaciones económicas entre los actores del mercado porque antes de la operación las transacciones se realizaban entre unidades económicas que eran independientes entre sí; sin embargo, después de la operación éstas se realizarán dentro de un mismo grupo económico. Aun cuando en este tipo de operaciones el riesgo no es evidente -como en las de concentración horizontal- igualmente conlleva riesgos, puesto que al fusionarse un proveedor con un comprador el primero excluye al resto de sus competidores quienes antes de la operación podía haber provisionado a ese comprador. De esta manera la primera empresa extiende su poder de mercado.

c) Operaciones de conglomerado: ésta involucra a fusión de empresas que operan en mercados distintos. Se señala que por lo general éstas no tienen efectos anticompetitivos puesto que no generan cambios en la estructura del mercado. Pueden ser clasificadas en tres tipos:

"a) una unión para extender la venta de los productos no competitivos usando los mismos canales de marketing o del proceso productivo;

b) la unión de dos firmas que venden el mismo producto, pero en diferentes mercados geográficos (...);

c) la unión de dos firmas sin ninguna relación entre ellas". (Eve Rimoldi Ladmann, "Derecho y Política de la Defensa de la Libre competencia", Editorial La Ley, p. 83).

QUINTO: En la especie la operación de concentración sometida a aprobación del TDLC corresponde a una concentración horizontal. Se trata entonces del tipo de fusión que eventualmente genera más riesgos -derivado de la desaparición del competidor y del aumento del poder de compra para la entidad absorbente- por lo que potencialmente conlleva efectos negativos para la libre competencia. En este punto la doctrina es conteste en que la operación de concentración no es, per se, negativa; sin embargo, ello no significa reconocer el efecto contrario, esto es, que sea positiva, pues este efecto tampoco puede presumirse, por lo que deberá acreditarse caso a caso. Señalan los autores que las operaciones en estudio si bien pueden generar riesgos también traen aparejadas eficiencias, que redundan en un beneficio para el consumidor, por cuanto al alcanzar su escala máxima eficiente la empresa resultante puede reducir costos de producción, generando un excedente que es trasladado al consumidor. Expresan Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez: "Las fusiones y las adquisiciones son mecanismos para reorganizar y reestructurar el mercado, con efectos positivos o negativos sobre el bienestar de la comunidad. Serán positivos cuando crean sinergias y

economías a escala que mejoran la eficiencia, reducen costos de producción y dichos beneficios se trasladan a consumidores. Serán negativos, cuando la restricción de la competencia generada por la operación sea mayor que los beneficios que podría generar, especialmente si las empresas posteriormente abusan de la posición de dominio en el mercado que es generada por la integración" (Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, obra citada).

Lo anterior implica que será en el análisis en particular en el que se determinarán los riesgos que efectivamente entraña la operación de concentración y los eventuales beneficios de la misma, cuestión que implica realizar un examen prospectivo en virtud del cual se deben proyectar los resultados esperados de la fusión en el mercado relevante teniendo en cuenta la estructura de la industria. Este análisis concreto permitirá establecer si los eventuales efectos positivos logran contrarrestar los efectos negativos de la operación, estudiando de elementos estructurales del mercado en el cual se inserta la operación e incorporando además un análisis económico de la misma. En este punto es importante destacar que aun cuando se reconoce el avance logrado con el uso herramientas de carácter netamente económicas para determinar los efectos de la fusión, lo cierto es que el estudio no se puede sustentar en el uso exclusivo de ellas, pues lo deseable es que se equilibren las perspectivas sociopolíticas con

aquellas puramente económicas para lograr la correcta ponderación de los efectos favorables y contrarios a la libre competencia, teniendo en consideración que si bien éste corresponde a un bien jurídico protegido, lo es en la medida que a través de él se satisfacen otros bienes, cuestión que finalmente redunda en el bienestar general de la sociedad.

SEXTO: Dado que las operaciones de concentración tienen un efecto en la estructura del mercado, es que en el derecho comparado se han establecido distintas formas de control de aquellas. Algunas legislaciones -por ejemplo Australia y Reino Unido- optan por un sistema voluntario, en virtud del cual se entrega a las partes la decisión de someter a la aprobación del respectivo tribunal la operación. En otras en cambio se establece el control obligatorio, en el que las partes deben necesariamente notificar y someter a la aprobación de la autoridad respectiva todas las operaciones de concentración, éste es el sistema imperante en Estados Unidos y en la Unión Europea. Entre ambos extremos existen matices, donde se establecen sistemas mixtos en el que se dispone la obligación de consultar la operación de concentración sobre ciertos umbrales siendo voluntario someter a dicho trámite a las operaciones que no alcanzan los respectivos umbrales.

SÉPTIMO: Como se ha expuesto en el fallo precedente en nuestra legislación la consulta previa de las operaciones

de concentración no es obligatoria; sin embargo, esta premisa es más bien teórica que práctica. En efecto, si bien no se establece el trámite obligatorio, la legislación permite que el trámite de la consulta se inicie no sólo por las partes involucradas en aquella, sino que además entrega la posibilidad de iniciar el trámite a la FNE y a terceros que tengan un interés legítimo. Por otro lado, también se establecen incentivos para que las partes consulten las operaciones, en concreto el artículo 32 del D.L. N° 211 dispone: "Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación". De la norma surge que una vez que una fusión es aprobada, si no varían las circunstancias, no se podrá establecer que la operación es contraria a la libre competencia.

OCTAVO: En el derecho comparado, específicamente en Estados Unidos, en el año 1992 se publica por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio los Lineamientos para Fusiones Horizontales, los que fueron actualizados en el año 1997. Estos señalan cinco pasos para identificar los riesgo para la competencia, los que son de

gran utilidad, puesto que nuestra normativa no regula en ningún aspecto la forma en que debe realizar el análisis concreto para determinar si la operación de concentración atenta o no contra la libre competencia.

Las preguntas que se deben realizar para establecer los efectos de una operación de concentración y determinar si ella es o no contraria a la libre competencia, son los siguientes:

“1.- ¿Provoca la fusión un incremento significativo en la concentración y produce un mercado concentrado?

2.- ¿Parece probable que la fusión tenga efectos adversos para la competencia?

3.- ¿Sería probable que hubiera entradas y que éstas fueran oportunas y suficientes para frustrar la conducta perjudicial para la competencia?

4.- ¿Generará la fusión eficiencias que no pueden razonablemente lograr las partes a través de otros medios?

5.- ¿Es probable el fracaso de cualquiera de las partes, y saldrán sus activos del mercado si no se lleva a cabo la fusión?. (Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins, ob. cit. “Derecho y Economía de la Competencia”, p 392).

NOVENO: Para responder a estas interrogantes, en primer lugar se debe establecer el mercado relevante. En este punto cabe remitirse a lo expuesto en la letra a) del considerando duodécimo, sin perjuicio de hacer hincapié en

que si bien el mercado relevante dice relación con el producto y la porción geográfica, no se debe atomizar el mismo reduciéndolo excesivamente.

DÉCIMO: ¿Provoca la fusión un incremento significativo en la concentración y produce un mercado concentrado?. La respuesta en el caso concreto, parece obvia. En la industria supermercadista nacional hasta antes de la fusión sólo existían seis actores, donde dos cadenas de Supermercados Walmart y Cencosud ostentaban un 28,4 y 36,4% del total de las ventas de supermercados minoristas y mayoristas con góndolas. Luego estaban las dos empresas que se fusionan, teniendo SMU un 20,8% y SDS un 6,9% de las ventas. Mientras que más atrás estaba Tottus con un 6% y finalmente Supermercados Monserrat con un 1,5%, empresa esta última en la que SMU posee un 40% de participación. Como se observa los partícipes en el mercado eran más bien cinco, teniendo dos empresas una participación de un 64.8%. Este escenario cambia con la fusión, donde desaparece SDS, reduciéndose el número de actores, siendo relevante la circunstancia que serán tres actores los que manejarán el 92% de la industria. El análisis caso a caso realizado por el TDLC no cambia el esquema. En efecto, a los más cambia el número de cadenas presentes en cada mercado relevante, disminuyendo en la mayoría de los casos porque a la fecha de la operación Cencosud o Walmart no se encontraba

presente y porque eventualmente una cadena regional se introducía en el mercado.

Así la fusión claramente aumenta el grado de concentración en un mercado que estaba ya, antes de esta operación, ultraconcentrado.

UNDÉCIMO: ¿Sería probable que hubiera entradas y que éstas fueran oportunas y suficientes para frustrar la conducta perjudicial para la competencia?

La respuesta a esta interrogante la dio el mismo TDLC, quien constató la existencia de barreras de entrada en la industria supermercadista en la Sentencia N° 65/2008. Estas se producen no sólo por la circunstancia que la empresa que pretenda entrar deba enfrentar empresas establecidas que desarrollan economías a escala, sino que también eventuales competidores se ven impedidos de ingresar al mercado debido a que las empresas incumbentes pueden desarrollar estrategias que lo impiden, siendo un ejemplo claro el acaparamiento de terrenos en las ciudades más grandes. Es así como se constata por el tribunal la escasez de terrenos en los grandes centros urbanos para ser adquiridos por la empresa que pretenda ingresar al mercado, cuestión que reviste la mayor relevancia, puesto que para ingresar a esta industria, dominada por empresas que desarrollan economías a escala, necesariamente debería ingresar con volúmenes similares, siendo imprescindible tener presencia en las mencionadas urbes.

DUODÉCIMO: ¿Es probable el fracaso de cualquiera de las partes, y saldrán sus activos del mercado si no se lleva a cabo la fusión? En este punto, la respuesta igualmente es negativa, puesto que no se ha demostrado que la operación de concentración fuera imprescindible para evitar el colapso de alguna de las empresas que se fusionan. Tanto SMU S.A. como SDS mantenían un crecimiento continuo en los últimos años. Ambas empresas fusionadas desarrollaban la estrategia de crecimiento inorgánico, donde SMU S.A. basó su expansión sobre la base de adquirir empresas pequeñas, mientras que SDS planeaba abrir nuevos negocios en regiones en las cuales no estaba presente. Así, aun cuando el margen de ganancia de ambas era menor que el de las empresas incumbentes, un hecho es cierto, esto es, que ambas registraban utilidades. De modo que en caso alguno se podría considerar que SDS, la empresa absorbida por SMU se encontraba en una condición económica deficitaria, muy por el contrario, era la cuarta empresa del mercado, con planes de expansión vigente hacia centros urbanos, específicamente en la Región Metropolitana, de modo que es claro que era un competidor que imprimía vigor en la alicaída competencia del sector supermercadista.

DÉCIMO TERCERO: ¿Parece probable que la fusión tenga efectos adversos para la competencia? La respuesta surge clara, en efecto, es el mismo TDLC el que constata los riesgos ciertos que la operación de concentración entraña.

Es evidente que en una industria altamente concentrada y con barreras de entrada, donde en el mercado relevante concreto que se estudia no existen más de cuatro actores - que incluyen a las empresas que se fusionan-, en el que además la empresa absorbida ofrece bienes que se erigían como el sustituto de los ofrecidos por la absorbente, una operación como la de la especie genera efectos absolutamente negativos en la competencia. Se generan serios riesgos unilaterales y coordinados, siendo éstos los más relevantes, dado que en una industria con tan reducido número de actores, se eleva exponencialmente el riesgo de coordinaciones tácitas para efectos de la fijación del precio, aumentando además significativamente el poder de compra de la empresa absorbente.

DÉCIMO CUARTO: ¿Generará la fusión eficiencias que no pueden razonablemente lograr las partes a través de otros medios?. Para responder esta pregunta necesariamente de forma previa se debe establecer si la operación en análisis generará eficiencias; para luego concluir si ellas pudieron o no ser alcanzadas por otra vía.

DÉCIMO QUINTO: Como se ha señalado en el transcurso de este voto, la doctrina reconoce que las operaciones de concentración generan, eventualmente beneficios, los que deben ser acreditados. En este punto comparte este disidente la definición de eficiencia dada en el considerando Duodécimo letra e), así como los requisitos

que el TDLC ha establecido para que éstas puedan ser reconocidas. Sin embargo, se estima que el análisis realizado por el TDLC y por el fallo precedente es incompleto, puesto que una vez acreditadas las eficiencias, se debe realizar el análisis concreto acerca de si estas son capaces de contrarrestar los riesgos que han sido creados por la operación de concentración. Este análisis resulta crucial, porque en definitiva permite establecer si las eficiencias alcanzan una magnitud tal, que permite concluir con un alto grado de probabilidad que beneficiaran en un gran porcentaje a los consumidores puesto que ellas se reflejaran en una baja de precios.

DÉCIMO SEXTO: El eje principal de las eficiencias alegadas por SMU dice relación con la circunstancia de contar con un moderno centro de distribución que le permitirá la escala mínima eficiente, lo que la hará más productiva, cuestión que redundara en una rebaja de costos. En el desarrollo de las mismas, introduce eventuales rebajas de carácter eminentemente anticompetitivo, que dicen relación con efectos verticales de concentraciones horizontales por lo que ellas deben ser rechazadas de plano. En este contexto, se estima que las eficiencias alegadas son más bien discretas, no alcanzan de ninguna manera el 10% que le fue concedido injustificadamente por el TDLC, quien desatiende la regla que él mismo dio para reconocer las eficiencias, esto es, "(i) haber sido

suficientemente acreditada su probabilidad de ocurrencia, en plazos razonables, por los interesados en la materialización de la operación”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Establecido como está que la operación de concentración generará eficiencias mucho menores a las alegadas por SMU -que alcanzaban un 15,88%- se está en condiciones de responder la última pregunta. En efecto, estas eficiencias marginales perfectamente podrían haber sido alcanzadas por la empresa SMU, puesto que ella contaba con el centro de distribución indispensable para desarrollar economías de escala, de modo que perfectamente se encontraba en condiciones de impulsar un crecimiento orgánico que le permitiera aumentar su productividad, y con ello materializar la rebaja en los precios.

DÉCIMO OCTAVO: Despejadas todas las interrogantes que involucra el estudio de los efectos de la fusión en análisis, se tienen por una parte riesgos ciertos y concretos para la libre competencia y por otra, escuetas eficiencias que se traducen en una rebaja de costos que implica una eventual rebaja en los precios a los consumidores. En ese escenario corresponde que se concluya el análisis, poniendo en una balanza las eficiencias acreditadas y en la otra los riesgos. En tal ejercicio aquella claramente se inclina totalmente hacia los riesgos, sin que las eficiencias acreditadas sirvan de suficiente

contrapeso, para siquiera impedir que la balanza toque fondo.

DÉCIMO NOVENO: El TDLC señala que si bien existen estos riesgos, dadas las eficiencias que la operación presenta, se puede aprobar la fusión sujetándola a determinadas condiciones que permitirían devolver el equilibrio en el mercado.

En este punto es donde este disidente presenta la principal diferencia con el fallo impugnado y con el fallo que antecede, puesto que no se avizora de que forma las medidas de mitigación ordenadas o cualquier otra que se pudiere decretar, puedan devolver el equilibrio a un mercado que básicamente no tiene equilibrio. En este aspecto no resulta efectiva la afirmación respecto que no es un objetivo del pronunciamiento del tribunal imprimir competencia en los mercados, sino que sólo velar porque ella se conserve; tal afirmación encierra un sofisma dado que es evidente que velar por la libre competencia implica velar porque se imprima competencia al sector de que se trate. En efecto, la legislación de la libre competencia es una poderosa herramienta que da el legislador para efectos de velar siempre y en todo caso, por que se materialice la misma, con el claro objetivo de beneficiar el interés general de la sociedad, controlando el poder de los grandes conglomerados industriales sin perder de vista el beneficio concreto de los consumidores.

VIGÉSIMO: Tal como señala el recurrente el TDLC ha ordenado desinvertir lo obvio, puesto que en las localidades que dispone la venta de activos, SMU quedaba ejerciendo un poder monopólico. Esas enajenaciones no eran suficientes, de modo que si se querían imponer condiciones al menos se debió ordenar la enajenación forzada de todos los activos de SDS para facilitar la entrada de un competidor que ocupara su lugar, lo que en definitiva tiene un efecto similar al rechazo de la fusión.

VIGÉSIMO PRIMERO: Dada las reflexiones que anteceden, a juicio de este disidente no existe medida de mitigación alguna que permita contrarrestar los nocivos efectos que para la libre competencia conlleva la operación en estudio, pues no es menor que en un mercado tan pequeño como el nuestro, con tan reducido número de actores en la industria supermercadista, se permita la fusión del tercer y cuarto actor, para cerrar la industria supermercadista en tres actores que detentaran el 92% de la industria, permitirlo implica simplemente rendirse ante un escenario que jamás debió ser permitido, por lo que resulta imprescindible rechazar la operación en estudio, dejando el mercado con los cinco actores actuales y esperando que a futuro se logren romper las barreras de entrada de forma tal que se permita el ingreso de nuevos actores que disipen los riesgos anticompetitivos que se evidencian en la mencionada industria.

VIGÉSIMO SEGUNDO: La consulta se efectúa presentando una fusión horizontal, pero las ventajas de la operación de concentración se expresan en fundamentos de una fusión vertical hacia atrás, puesto que se indica por el consultante que ha hecho una expansión interna que le permite contar con un más amplio y "eficiente" centro de distribución o despacho de productos a nivel de toda su red de supermercados, con lo cual las condiciones de entrada se hacen más difíciles para nuevos competidores, cerrando prácticamente en un número reducido de actores el mercado relevante a nivel nacional, dado que ante tales argumentos no es posible considerar que el mercado a considerar sea el geográficamente local.

VIGÉSIMO TERCERO: Utilizando los distintos criterios desarrollados para evaluar las concentraciones es posible rechazar la que ahora se presenta a la resolución de esta Corte. En efecto, respondiendo al criterio per se efectivamente se produce mayor concentración y menor competencia; en lo relativo a las eficiencias éstas no han sido demostradas en términos tales que se traspasen a los consumidores locales, dado que se ha sostenido una mayor eficiencia a nivel nacional; la ponderación racional del negocio importa igualmente que los beneficios o rentabilidad están dados para quienes se fusionan solamente, además de obtener un mayor poder en el mercado relevante de los supermercados; el criterio funcional de

cómo se comportará o comporta efectiva y probablemente el mercado con la nueva entidad, no se ha rendido prueba concreta en este caso, pero ésta, en todo caso, no sería determinante, al estar los actores pendientes de cualquier observación en tanto no se apruebe definitivamente la fusión consultada; respecto de la utilización de índices se ha expresado para generalizar, que "los lineamientos señalan que un caso de fusión de competencia potencial únicamente sería considerado seriamente cuando una de cuatro o menos empresas que tuviera ventajas significativas de entrada adquiriera a un participante importante (con una participación de mercado de más de un 5 por ciento) en un mercado concentrado (HHI de más de 1800) al que la entrada sea normalmente difícil y en el que fusión no esté justificada por las eficiencias" (Ernest Gellhorn y otros, obra citada, página 410), ejemplificación que coincide con el caso de autos; a todo lo cual se suma la ausencia de ventajas extra económicas, puesto que -se ha dicho- las solas cifras no bastan.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 346-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Lamberto Cisternas R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con feriado legal y el Ministro señor Carreño por estar con permiso. Santiago, 30 de septiembre de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de septiembre de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.