

Santiago, ocho de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

I. La demanda.

1. A fojas 201, con fecha 21 de enero de 2008, Comercial Arauco Ltda., dueña de Supermercados Único, en adelante Arauco o Único, dedujo demanda en contra de Distribución y Servicio D&S S.A., en adelante D&S, y en contra de Hipermercado Valdivia Ltda., en adelante Líder Valdivia, porque habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra c), mediante la realización de los actos de competencia desleal y prácticas predatorias que describe.

1.1. La demandante señala en primer término que D&S y Líder Valdivia, en adelante conjuntamente Líder, conforman una unidad económica que tiene un significativo poder en el mercado relevante del retail supermercadista (MRS) que la habilita para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mismo, atendida la estructura y características de éste.

1.2. Indica la demandante que, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, es posible definir el mercado relevante del producto o MRS como “el ámbito en el que se desarrollan las relaciones entre distribuidores minoristas y consumidores finales, en virtud de las cuales los primeros venden a los segundos productos alimenticios y artículos de hogar no alimenticios de consumo corriente a través de tiendas especialmente diseñadas al efecto, conocidas en general como supermercados e hipermercados, entendiendo por tales a las salas de venta masiva de dichos productos al público, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicional, económico, de conveniencia e hipermercado y con exclusión del formato minimarket”.

Señala que para analizar el MRS, es esencial tener en consideración los mercados conexos al mismo. Precisa al respecto que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional, la industria supermercadista da origen a dos mercados distintos pero estrechamente vinculados entre sí, que son: (i) el Mercado del Aprovechamiento (MDA); y, (ii) el Mercado del Retail Supermercadista (MRS). La conexión entre uno y otro está dada porque integran la misma cadena de producción, distribución y venta, y se expresa en que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

poder que un actor tiene en uno de ellos se proyecta al otro. Así, a mayor poder de compra en el MDA, mayor cuota de participación en el MRS, y viceversa.

Agrega que, además, el MRS se relaciona cada vez más con el de las tarjetas de crédito que financian las compras en los supermercados relacionados al emisor, lo que genera una mayor fidelización, como es la tarjeta Presto, relacionada a las demandadas.

Además, para comprender el MRS es preciso tener en consideración ciertos patrones de consumo. En este contexto, la demandante destaca que los supermercados generan ahorros de tiempo porque permiten a los consumidores comprar un surtido de productos en un único punto de venta o (*one stop shopping*) para la satisfacción de necesidades diversas, a lo cual se agregan otras ventajas que ofrece la infraestructura de los supermercados. Además, y sin perjuicio de que existen compras de reposición o de productos no previstos, las compras periódicas de los consumidores en los supermercados se concentran en las quincenas y fin de mes. Por otra parte, destaca la existencia de “Productos de Conocido Valor (PCVs)”, también conocidos como “*Known Value Items*” o “Productos Gancho” o “Generadores de Movimiento” que son productos de consumo frecuente que tienen un alto valor para el consumidor y que normalmente están presentes en sus compras periódicas o pueden motivar compras de reposición, lo que ha permitido a las autoridades nacionales e internacionales de competencia vislumbrar su alto poder exclusionario de competidores cuando son vendidos bajo el costo o a precios excesivamente bajos por las grandes cadenas. Por último, la demandante destaca que, en base a evidencia internacional, la conciencia de precios del consumidor se da tanto a nivel de productos individuales, como a nivel de canasta y de ambos a la vez.

1.3. Desde el punto de vista geográfico, la demandante afirma que la demanda supermercadista tiende a ser regional o interregional, y que en este caso comprende la X Región de Los Lagos y la XIV de Los Ríos e incluye los supermercados de Valdivia y Osorno. Lo anterior, atendida la baja densidad poblacional de nuestro país que lo distinguen de la realidad europea, los dichos de la demandada, su experiencia y la disponibilidad de buses de acercamiento desde la ruralidad.

1.4. En base a la información aportada por la demandada en su consulta de fusión, las participaciones de mercado a nivel local, en base a ventas, son las siguientes: Bigger 22,3%, Líder Valdivia 22,1%, Cencosud 15,7%, FullFresh 15,2%, Único 8,2% y Bryc 5,2%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5. No obstante, la demandante invoca ciertos precedentes internacionales para afirmar que las relaciones competitivas entre las grandes cadenas comerciales al por menor no se limitan a la competencia local, sino que existe una dimensión mucho más amplia que se pone de manifiesto en que, por ejemplo, los precios son fijados y los surtidos son controlados de manera centralizada y la publicidad “Líder Una Pequeña Ayuda Siempre” se efectúa a nivel nacional.

Explica que el MRS a nivel nacional se caracteriza por la enorme y creciente distancia que existe entre D&S (33,5%) y Cencosud (31,3%) por un lado, y el resto de los competidores, por otro. En efecto, a nivel nacional, D&S tiene 67 veces más ventas y participación de mercado que Único. Agrega que las ventas totales de supermercados crecieron en promedio un 8,4% durante 2000 y 2005.

La demandante indica que debe tenerse en consideración que la demandada enfrenta la competencia de actores con espectro más reducido con los siguientes elementos que le confieren un significativo poder en el mercado relevante o que, a lo menos, le confieren la capacidad de alcanzar dominancia: (i) una cuota de mercado del 22,1% (en empate con Bigger) con dos locales en formato hipermercado, uno en la ciudad de Valdivia (5000 m²) y otro en Osorno (2000 m² aprox.). Destaca que, tratándose de una cadena nacional con 106 locales, es posible concluir que la demandada tiene poder de mercado; (ii) poder de compra en el MDA, lo que refuerza su poder de mercado en el MRS; (iii) capacidad financiera; (iv) elevados costos de entrada que se demuestran en que, no obstante el atractivo que le asignan a Chile las consultoras internacionales especializadas y el proceso de expansión de supermercados globales, Carrefour haya fracasado, que por muchos años ningún nuevo actor haya ingresado, Falabella lo haya hecho adquiriendo una cadena andando y Safeway haya ingresado como proveedor de D&S; (v) capacidad de D&S para levantar barreras de entrada, por medio de la diversificación de formatos y de su agresiva y publicitada estrategia de crecimiento basada en la adquisición de terrenos, declarando poseer 14 terrenos para desarrollos futuros a septiembre de 2006; (vi) masa crítica de tenedores de tarjetas de crédito que producen una significativa fidelización de clientes; (vii) integración vertical por medio de la comercialización de marcas propias que suman más de 1000 productos y un 11% de las ventas a octubre de 2006; y, (viii) la ejecución misma de conductas anticompetitivas es prueba del poder de mercado que les habilite ejecutarlas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. En cuanto a las conductas ilícitas que se denuncian, Arauco señala que la demandada ha preparado, programado y ejecutado: (i) actos de competencia desleal, consistentes en publicidad comparativa engañosa; y, (ii) prácticas predatorias por la venta persistente de PCVs a precios bajo el costo o excesivamente bajos, con intención exclusoria; todo lo anterior, configura el tipo general del artículo 3 del DL 211 y, en particular, la letra c).

1.6.1. Con respecto a la publicidad comparativa engañosa que denuncia, Arauco señala que la jurisprudencia de los órganos de libre competencia ha establecido que una publicidad es engañosa cuando no es veraz, no es objetiva, ni demostrable. Agrega que, sin perjuicio de que la Ley No 20.169 entró en vigencia con posterioridad a las conductas de autos, su artículo 4 letra e) captura la figura de la publicidad comparativa engañosa como acto de competencia desleal.

Precisa que entre septiembre y diciembre de 2006, la demandada realizó en Valdivia una campaña publicitaria consistente en difundir publicidad que compara boletas reales de Líder Valdivia y Único, que incluyen numerosos PCVs, realizando en ella las siguientes afirmaciones: “Son exactamente los mismos productos comprados el...(mismo día)”, “El Total de tu Boleta Más Bajo. Líder Valdivia”, que induce a pensar que en Líder Valdivia el consumidor obtiene ahorros de hasta un 25%, y “Otra Pequeña Ayuda Líder”, como parte de la campaña nacional “Líder, una Pequeña Ayuda Siempre”, que induce a pensar que la supuesta “ayuda” es para siempre, ya que no se indica en los volantes la vigencia de los precios que en ellos aparecen.

Afirma que la demandada programó la difusión de este tipo de publicidad en los momentos en que se registran los mayores volúmenes de venta en supermercados, quincenas y fin de mes, especialmente la segunda quincena del mes de diciembre, a pocos días de Navidad y Año Nuevo.

Indica que la difusión se hizo por medio de: (i) distribución masiva de volantes de 26 de septiembre, 12 de octubre, 25 de octubre, 10 de noviembre, 29 de noviembre y 14 de diciembre; (ii) exhibición de gigantografías en dependencias de Líder Valdivia, al pie de las cuales se disponían carros de la mercadería comprada en uno y otro supermercado; y, (iii) publicación en medios de prensa local.

Explica que la publicidad comparativa de la demandada es engañosa porque no es veraz, objetiva ni demostrable.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6.1.1. En cuanto a la falta de veracidad, Arauco asevera que no se comparan los mismos productos y que, por lo tanto, es falsa la afirmación “son exactamente los mismos productos”.

Así, en el volante de 26 de septiembre de 2006 se observa que la boleta de Líder Valdivia no incluye 2 paquetes de pañales desechables que sí están cargados en la boleta de Único, lo que genera una diferencia de aproximadamente \$ 12.000 en los totales de ambas boletas.

En el volante de 26 de diciembre se observa también que la boleta de Único está recargada con 3 productos que no están en la de Líder Valdivia y que corresponden a dos leches en polvo Calo y una avena Quaker, por un total de \$6.468. Además, en este volante la boleta de Único está recargada con un producto de mayor calidad que la de Líder Valdivia, ya que incluye 2 paquetes de pañales Huggies versus 2 paquetes de pañales Pampers que son más económicos, generándose una diferencia adicional de \$3.990. Por último, en este volante también se recarga la boleta de Único con 3 vinos reserva especial, versus 3 vinos varietales más económicos que están en la de Líder Valdivia, lo que genera otros \$2.176 de diferencia.

Asimismo, en el volante del 29 de noviembre de 2006, se observa que la boleta de Único incluye 5 productos que no están en la de Líder Valdivia, por un total de \$7.826, y que corresponden a 2 margarinas, 2 leches Calo y 1 avena Quaker.

En el volante del 25 de octubre ocurre lo mismo con 2 barras de cereal y dos paquetes de galletas Costa, por un total de \$3.370.

1.6.1.2. Además, la publicidad de las demandadas no es demostrable, ya que la información que se requiere para su verificación es incompleta o insuficiente, y la forma en que se presenta la descripción de los productos en la boleta de Líder Valdivia es extremadamente confusa.

Ello induce al consumidor a pensar que como el total de la boleta de Líder Valdivia es más bajo, necesariamente los productos individualmente considerados son más baratos, capturando todas las posibilidades de conciencia de precios del consumidor, esto es, a nivel de canasta y de productos.

Incluso, un consumidor sobre el promedio que estuviera decidido a verificar las afirmaciones publicitarias de las demandadas acudiendo a los códigos, también se vería frustrado porque los códigos en las boletas de Líder Valdivia están incompletos ya que omiten el dígito verificador.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Expresa que pudo descubrir las falsedades de la publicidad de las demandadas después de 35 horas porque conoce el mercado y dispone de sistemas de información que se lo permitieron. Para un consumidor promedio, dicho esfuerzo de verificación resultaría impensado, por falta de tiempo, de conocimiento y de medios.

Lider ha reincidido en conductas que el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR) le ha reprochado en diversas oportunidades, faltando a la claridad, objetividad y transparencia recomendadas por tal entidad en los casos Jumbo S.A. vs. D&S Supermercado Líder” e “Hipersur vs. Líder Talca”.

De hecho, el CONAR ha condenado a las demandadas por falta de objetividad en la publicidad comparativa que emite y le ha advertido el deber de cuidado y transparencia que debe tener en este tipo de publicidad, porque ponen en juego la confianza que el público dispensa a la publicidad, a la imagen y el prestigio de la empresa con la cual se realiza la comparación.

1.6.1.3. La publicidad comparativa de las demandadas no es objetiva, ya que en sus boletas se incluyen selectiva y mayoritariamente productos en condiciones de promoción, versus productos que en Único no lo están.

Así, en el volante de 26 de septiembre, 90 de 158 productos están en promoción. En el de 12 de octubre, más de 100 de un total de 126. En el de 25 de octubre, más de 100 de un total de 122. En el de 10 de noviembre, más de 85 de 119. En el de 29 de noviembre, más de 70 de 84. En el de 14 de diciembre, más de 70 de 86.

Por otra parte, la publicidad de las demandadas tampoco es objetiva porque comprende productos a precios excesivamente bajos o bajo el costo.

Además, la demandante sostiene que la publicidad comparativa de las demandadas, no es objetiva porque atribuye un carácter absoluto o permanente por medio del eslogan de la campaña nacional “Líder, Otra Pequeña Ayuda Siempre”, en circunstancia que se trata de precios que son esencialmente relativos y que varían permanentemente, tal como se lo ha reprochado el CONAR. En efecto, el CONAR en los mismos casos antes mencionados, ha dicho que la publicidad con base en información puntual que hace afirmaciones genéricas de carácter permanente, da a la comparación un alcance mayor que el que realmente tiene y que tales generalizaciones no comprobables, pueden conducir a confusión o engaño al consumidor, perjudicando a sus competidores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6.2. En cuanto a las prácticas predatorias, Arauco señala que, conceptualmente, corresponden a la venta de un producto a un precio inferior al costo económico total de su compra y reventa, que comprende el costo unitario de adquisición, los costos de transporte y entrega, seguro, IVA, costos relacionados a la venta (rappel) y los gastos generales de operación. Sin embargo, ante la dificultad de determinar algunos costos, algunas legislaciones han definido la venta bajo el costo como aquella que se efectúa con márgenes brutos negativos, es decir, a un precio inferior al valor neto de la factura del proveedor, los costos de transporte y entrega, seguro e IVA.

En todo caso, la venta que genera un nivel excesivamente bajo de margen o beneficio se asimila a la venta bajo el costo, ya que puede ser tan predatoria como esta última y, por lo tanto, comprendida como tal dentro de la universalidad del ilícito anticompetitivo. El margen de una reventa debe ser razonable atendiendo al contexto del mercado relevante.

1.6.2.1. Precisa que en las boletas que las demandadas han incluido en sus volantes, se advierte también que existen 50 PCVs a precios excesivamente bajos, provocados por la aplicación de descuentos en caja.

Señala que las ventas bajo el costo de Líder son persistentes lo que se demuestra no solo por las boletas antes mencionadas, sino porque se trata de prácticas que habían sido ya constatadas en la causa que dio origen a la Sentencia N° 9 y luego en el requerimiento presentado por la FNE que dio origen a la causa Rol C 101-06.

Agrega que este nivel de precios es sustancialmente más bajo que el costo de adquisición de los mismos productos pagado por Arauco, lo que conduce al absurdo de que a Arauco le hubiera resultado más conveniente abastecerse de Líder Valdivia.

1.6.2.2. En cuanto a los efectos contrarios a la competencia de este tipo de prácticas, Arauco cita la Sentencia N° 9 del TDLC, el informe evacuado por la FNE en dicha causa que, en síntesis, sostiene que cuando estas ventas se hacen persistentes constituyen un arbitrio que limita la competencia, y que producen el efecto de desplazar a los supermercados más pequeños y demás canales de distribución que no tienen diversidad y volumen suficiente para cruzar subsidios.

1.6.2.3. Sostiene que la estrategia de las demandadas es vender un número limitado de PCVs bajo el costo o a precios excesivamente bajos y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

generar un mayor tráfico que no sólo le permite compensar las pérdidas en el corto plazo sino también depredar competidores. Los supermercados más pequeños no pueden igualar los precios de las demandadas porque tendrían que asumir pérdidas mayores en cada PCV, pues dependen mucho más de la venta de este tipo de productos y no tienen similar poder de compra. En otras jurisdicciones, las ventas bajo el costo o a precios excesivamente bajos no solo son contrarias a la competencia sino que también pueden ser calificadas como de competencia desleal.

1.7. Por último, Arauco señala que los objetivos y efectos de ambas prácticas anticompetitivas denunciadas son:

i) Excluir competidores; este objetivo se evidencia en la cuidadosa y desleal preparación y ejecución de las mismas por la vía de, persistentemente, recargar las boletas de Único con más productos, productos de mayor calidad y precio, incluir mayoritariamente productos promocionales y realizar afirmaciones genéricas y permanentes respecto de precios relativos. Además, aprovechando los factores que determinan los patrones de consumo en supermercados e hipermercados como la escasez de tiempo de los consumidores, la atracción que representan los PCVs, sensibilidad a la publicidad y periodicidad de las compras de los consumidores, en fines de semana, quincenas, fines de mes y fin de año.

Es posible que esta exclusión no sea rápida sino más bien una lenta y discreta reducción de las ventas de los competidores para luego, con competidores disciplinados o excluidos, subir los niveles de precio.

ii) Fabricar una reputación de “campeón de los consumidores” que no es tal, según han constatado encuestas realizadas por el Sernac y El Mercurio y el análisis efectuado por la FNE en la causa Rol C 101-06. Ello hace verosímil la percepción de que mientras ciertos PCVs pueden ser vendidos a precios excesivamente bajos o bajo el costo, se elevan los precios de los otros productos sin que el consumidor se de cuenta.

iii) Perjudicar a Único, en cuanto a la percepción de los consumidores de su nivel de precios, al ser presentado como más caro.

iv) Perjudicar a proveedores; aquellos cuyos productos son promocionados o vendidos bajo el costo sufren un menoscabo de su imagen de marca, mientras que los otros pierden cuota de mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

v) Incrementar barreras de entrada, pues las prácticas denunciadas en autos se suman a la agresiva y publicitada estrategia de crecimiento de la demandada.

vi) Restringir la competencia efectiva, ya que las prácticas cuestionadas en autos dejan a la demandada inmune de la presión competitiva de sus rivales actuales y potenciales.

vii) Introducir riesgo de imitación por parte de otras cadenas como ha ocurrido en el Reino Unido y lo ha advertido este Tribunal en la Sentencia N° 9.

Todo lo anterior, sin perjuicio que las conductas en cuestión son injustos de peligro, esto es, no requieren la producción de un resultado o de efectos anticompetitivos, sino que basta con que “tiendan” a producirlos. De ahí que el legislador condena las prácticas predatorias o de competencia desleal realizadas “con el objeto” de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

1.8. Por todo lo anterior, Arauco solicita a este Tribunal:

- (i) Declarar que las demandadas han realizado ventas a precios excesivamente bajos, ventas bajo el costo y han ejecutado actos de publicidad comparativa engañosa, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar su posición dominante en el mercado relevante;
- (ii) Declarar que, las conductas demandadas, y cuya declaración resulte en la sentencia definitiva, constituyen prácticas predatorias y de competencia desleal y que constituyen infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia;
- (iii) Prohibir a las demandadas ejecutar dichas prácticas predatorias y de competencia desleal en el futuro;
- (iv) Ordenar a las demandadas implementar las demás medidas conducentes al cumplimiento de las anteriores peticiones y que el H. Tribunal determine en la esfera de sus atribuciones;
- (v) Imponer a las demandadas una multa a beneficio fiscal de UTA 8.000 o, en subsidio, la cantidad que el H. Tribunal estime conforme a derecho; y,
- (vi) Condenar a las demandadas en costas.

II. La contestación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. A fojas 460, con fecha 5 de mayo de 2008, Distribución y Servicio D&S S.A. e Hipermercado Valdivia Ltda. contestaron la demanda, solicitando que sea rechazada en todas sus partes, con costas, por las siguientes razones:

2.1. Con respecto al mercado relevante de producto, las demandadas señalan que, en su opinión, los oferentes no incluyen solamente hipermercados y supermercados, sino otros formatos de venta minorista, pero que, en consideración a los pronunciamientos previos de este Tribunal, adoptarán una posición conservadora que sólo incluirá aquéllos, definiendo el mercado relevante como el aprovisionamiento minorista por parte de supermercados e hipermercados de una canasta multiproducto destinada al abastecimiento periódico del hogar.

Destacan que la definición del mercado relevante de producto que han efectuado tanto este Tribunal como la FNE, descarta que los bienes vendidos en los supermercados se consideren de manera individual al analizar conductas desarrolladas en la industria supermercadista, como ocurre en la especie, en que se acusa a las demandadas de excluir a un competidor del mercado en que ambas partes participan.

2.2. En cuanto al mercado geográfico, las demandadas sostienen que en este caso, el mercado relevante geográfico corresponde a Valdivia.

Explican que el criterio uniforme de la FNE y de este Tribunal es que el aprovisionamiento minorista de bienes de consumo corriente a través de supermercados y sus sustitutos necesariamente tiene un alcance local, delimitado por el espacio geográfico dentro del cual resulta razonable que un consumidor se desplace para efectuar sus compras periódicas, lo cual determina el área de influencia del supermercado y sus sustitutos. Al respecto, señalan que el promedio de tiempo o distancia que está dispuesto a recorrer el consumidor depende de diversos factores, entre otros, el tamaño de los locales involucrados, siendo mayores en el caso de hipermercados que tratándose de supermercados medianos y pequeños.

Destaca que este criterio fue compartido por la demandante en la denuncia que formuló ante la FNE y por las demandadas en la consulta de fusión Rol NC 199-07, donde afirmaron que los límites de las áreas de influencia de sus supermercados se ubicaban a una distancia de entre 10 y 20 minutos de viaje en automóvil (dependiendo de si se trata de un área urbana o rural); o, desde otro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

punto de vista, a una distancia de entre 3 y 5 kilómetros de radio, según se trate de supermercados o hipermercados.

El carácter eminentemente local del mercado también se refleja en las propias actividades publicitarias y promocionales de los supermercados que operan en Valdivia, ya sea porque expresamente señalan que dicha publicidad y promociones son válidas únicamente en una determinada ciudad; o bien, porque la publicidad comparativa efectuada por cualquier supermercado considera como competencia sólo a operadores que tienen presencia en la misma ciudad, quedando en evidencia que el público objetivo al cual se dirige dicha publicidad no es otro que el de los habitantes de Valdivia. Nadie mejor que los participantes de un mercado tiene el conocimiento para definir el alcance de éste.

Agrega que el mercado relevante debe determinarse en atención al comportamiento de consumidores medios y no a casos excepcionales que representan una proporción insignificante de los clientes. Una circunstancia excepcional como la que se produce con aproximadamente 290 clientes mensuales que provienen de Panguipulli y utilizan los buses de acercamiento ofrecidos por Líder Valdivia, no justifica ampliar el mercado relevante geográfico.

Por lo anterior, las demandadas sostienen que la definición del mercado relevante geográfico efectuada por Arauco es incorrecta en cuanto considera a las regiones X y XIV como parte del mismo mercado relevante, lo que implicaría que los supermercados de Valdivia, Osorno, Puerto Montt y otras ciudades, competirían entre sí por los consumidores que habitan en las regiones X y XIV, o que, por ejemplo, ante el alza de precios de los supermercados de Puerto Montt, los consumidores estarían dispuestos a trasladarse más de 100 kilómetros o 2 horas, para efectuar sus compras en Valdivia o en Osorno. Dicha situación, agregan, se encuentra absolutamente alejada de la realidad y desconoce, tanto la amplia oferta supermercadista que presenta cada una de estas ciudades, como la distancia de más de 100 kilómetros que existe entre una y otra ciudad.

Afirman que la extensión artificial del mercado relevante geográfico que pretende la demandante en este juicio, tiene por objeto disminuir su participación mayoritaria y significativa en Valdivia y acrecentar la de Líder Valdivia, ocultando que quien tiene una posición dominante es Arauco.

2.3. Las demandadas señalan que, a septiembre de 2006, época de los hechos cuestionados en autos, existían en Valdivia seis cadenas de supermercados: Único, Bigger, Líder Valdivia, Santa Isabel, Maxi y OK Market

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que operaban con un total de 8 locales. Las dos primeras, contaban con 2 locales y las restantes con sólo uno. El siguiente cuadro muestra las participaciones de mercado, al año 2006:

Supermercado	Participación 2006
SM Único	34,9%
Bigger	29,6%
Líder Valdivia	26,2%
Santa Isabel	5,7%
Maxi	2,8%
OK Market	S/I

Agregan que, durante el 2007, se inauguró un nuevo local de propiedad de Arauco en el sector de Las Ánimas, y dicha empresa incrementó su participación de mercado medida en ventas a un 39,2%, mientras que las participaciones de Bigger y de Líder Valdivia se redujeron a un 26,7% y 34,9%, respectivamente.

A partir de lo anterior, las demandadas concluyen que Arauco es el operador que históricamente tiene y ha tenido la mayor participación de mercado en Valdivia, alcanzando en la actualidad prácticamente un 40%. A continuación se encuentra Bigger que al día de hoy cuenta con una participación de un 26,7%. Estos dos primeros supermercados -cuyos propietarios se encuentran vinculados por parentesco-suman conjuntamente un 66% de las ventas totales de los supermercados de esa ciudad. Líder Valdivia, en cambio, se encuentra sólo en tercer lugar en términos de participaciones de mercado, contando actualmente con un 24,8%, participación que por lo demás no ha crecido en el último tiempo, como se verá.

Por lo tanto, Líder Valdivia no cuenta ni ha contado en el pasado con una participación significativa ni menos dominante en el segmento supermercadista de Valdivia, no cumpliéndose el primero de los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, exigen para que las conductas de ventas bajo el costo y de competencia desleal sean sancionables desde la perspectiva de la libre competencia.

2.4. Con respecto a las condiciones de ingreso, las demandadas sostienen que las bajas barreras de entrada existentes para nuevos operadores o para la expansión de los actuales se prueban con los siguientes hechos: (i) la llegada de D&S al mercado de Valdivia el segundo semestre del año 2002; (ii) el ingreso de OK Market a la misma ciudad el año 2006; (iii) los concretos planes de expansión que han anunciado los operadores mayoritarios de la ciudad (Único y Bigger) y la plena seguridad sobre su permanencia en el mercado en el largo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plazo; y (iv) la probabilidad de que se instalen nuevos locales supermercadistas en esa ciudad por parte de otros actores con presencia nacional (Falabella, Grupo Saieh-Rendic, y/o SouthernCross), que han manifestado públicamente su interés de expandirse a las distintas ciudades del país.

Concluyen que se trata de un mercado muy dinámico y competitivo en el cual las cadenas locales y regionales, como Único y Bigger, compiten en igualdad de condiciones con empresas como D&S y Cencosud; e, incluso, han mantenido su histórica participación mayoritaria y sustancial en el mercado de Valdivia. Al respecto, afirman que son ilustrativas ciertas declaraciones en prensa del representante de Bigger que citan en su contestación.

2.5. En razón de lo anterior, los actores presentes en el mercado desarrollan las conductas competitivas que sean necesarias para captar nuevos clientes y ayudar a su fidelización. Demuestran lo anterior las numerosas promociones efectuadas por Único y Bigger entre septiembre y diciembre de 2006, así como la implementación de la Tarjeta Único y de la alianza comercial entre Bigger y la tarjeta CMR Falabella.

Agregan que el desarrollo de conductas exclusionarias por quien es el tercer operador supermercadista en esa ciudad, no tendría ninguna racionalidad económica ni comercial de éxito. Por una parte, no habría ninguna probabilidad de excluir del mercado a Arauco, considerando su posición significativa de mercado, y tampoco existiría una posibilidad racional de excluir a la totalidad de los supermercados que operan en Valdivia, teniendo presente que algunos de ellos, como es el caso de Santa Isabel, pertenecen a grupos económicos con importante respaldo financiero y cuyo objetivo es tener presencia en todas las ciudades relevantes del país, siendo una de ellas Valdivia, capital de la XIV región del país. En todo caso, y aún en el evento de que fuese posible hacerlo, las bajas barreras de entrada al mercado relevante facilitarían el ingreso de nuevos operadores a Valdivia, ante un alza de precios o la fijación de precios monopolísticos.

Además, la inexistencia de una posición significativa y menos dominante en Valdivia por parte de las demandadas, descarta que las promociones y la publicidad cuestionadas en estos autos, sean conductas aptas para excluir a los competidores de Líder Valdivia y, en consecuencia, efectuadas con dicho objeto.

2.6. En lo concerniente a las prácticas predatorias que denuncia Arauco, las demandadas argumentan que la venta a pérdida o bajo costo puede tener

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muchas explicaciones racionales en el funcionamiento normal de la empresa, como las actividades promocionales, y sólo es sancionable cuando no tenga ninguna otra justificación que causar daño a los competidores para expulsarlos y poder luego aumentar los precios por sobre los niveles competitivos.

De ahí que, para determinar la concurrencia de precios predatorios, deben concurrir los siguientes requisitos que, en este caso, no se cumplen: (i) precios inferiores a un determinado nivel de costos; (ii) poder de mercado del supuesto predador; (iii) condiciones de entrada al mercado que hagan posible la predación por precios; y, (iv) intención de eliminar a un competidor.

En todo caso, la tendencia actual de la doctrina y jurisprudencia comparada en la evaluación de la existencia de precios predatorios, plantea una metodología consistente en establecer que el mercado tiene ciertas características estructurales que hagan plausibles las conductas de exclusión-recuperación, antes de evaluar el cobro de precios por debajo de los costos (cualesquiera que éstos sean). En este caso, por las razones ya señaladas (ausencia de poder de mercado, inexistencia de barreras de entrada y elasticidad de la demanda) no se dan tales características estructurales del mercado, lo que bastaría para rechazar la demanda por precios predatorios.

Sin perjuicio de lo anterior, las demandadas señalan que, en todo caso, en los hechos, Líder Valdivia no ha vendido bajo sus costos, puesto que sus resultados comerciales y operacionales han sido siempre positivos, incluso si sólo se considerara para estos efectos la venta de los 50 productos denunciados.

Además, las promociones de precios bajos constituyen conductas comerciales legítimas de competencia por la preferencia de los consumidores. De hecho, el objetivo de las promociones cuestionadas fue y sigue siendo captar nuevos clientes y mantener a los habituales. Esto no representa sino la esencia de una conducta competitiva en el mercado, que se ha realizado en conformidad con la metodología de determinación de precios de D&S, que goza de plena lógica y racionalidad comercial. Por lo tanto, estas promociones efectuadas en Valdivia entre septiembre y diciembre de 2006, no constituyen prácticas predatorias, sino acciones comerciales legítimas, consistentes con el funcionamiento de un mercado competitivo, comunes en la industria tanto a nivel nacional como en el competitivo mercado de Valdivia.

Por otra parte, las demandadas señalan que estas promociones cumplen con las exigencias de legitimidad establecidas por los organismos de la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, toda vez que: (i) recaen en 50 productos específicos; (ii) están limitadas en el tiempo a un período de 15 días, un mes o un máximo de 4 días, dependiendo si dichos productos estuvieron contenidos en los catálogos, listas o volantes, respectivamente; (iii) el carácter transitorio de los precios ha sido debidamente informado a los consumidores; y, (iv) no son discriminatorias y se han dirigido, en general, al conjunto potencial de demandantes de la ciudad de Valdivia. Por lo tanto, dichas promociones, por su entidad -en cuanto al número de productos y al tiempo de su duración- no serían aptas o idóneas para preñar el mercado, y la estructura de dicho mercado haría improbable un resultado exitoso de cualquier práctica predatoria.

Por último, sobre esta acusación, las demandadas controvierten diversas afirmaciones de Arauco y, en particular, agregan que: (i) no parece plausible que promociones aplicadas sobre unos 50 productos, por pocos días, tengan los efectos catastróficos para la competencia que anuncia la demandante, cuando el conjunto de productos que se venden en un supermercado como Líder Valdivia es de más de 55.000; (ii) son Único y Bigger las empresas que implementan mayor cantidad de promociones que recaen mayoritariamente en PCVs con descuentos de hasta un 60%, por lo que no es efectivo que no puedan igualar los precios de Líder Valdivia; (iii) el informe de la Comisión de Competencia del Reino Unido del año 2000 que cita la demandante no es aplicable al caso de autos y, en todo caso, no recomendó prohibir las conductas bajo análisis. Por el contrario, en un informe posterior, declaró su licitud; (iv) no resulta cierto que en base a la preparación y programación de sus promociones y publicidad pudiera desprenderse “inequívocamente” una intención exclusionaria. La preparación y programación debieran estar presentes en las promociones y publicidad de cualquier empresa que busca, responsable y legítimamente, captar una mayor cantidad de clientes.

Por todo lo anterior, las demandadas concluyen que los precios promocionales que han sido cuestionados por la demandante, no son otra cosa que la respuesta competitiva de Líder Valdivia en un mercado altamente dinámico y competitivo como el de la ciudad de Valdivia y, que dada la estructura y características del mercado relevante, carecen de toda intencionalidad y aptitud para ser calificados de predatorios.

2.7. En cuanto a la publicidad comparativa cuestionada, las demandadas señalan que no se trata de publicidad engañosa ni de un acto de competencia desleal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Entre cientos de volantes publicitarios que ha elaborado Líder Valdivia en los últimos años, Arauco ha encontrado cuatro en los cuales la comparación efectuada no es perfecta o adolece de errores. Lo sucedido en un par de casos puntuales, no puede afectar la consideración de todo ese universo de publicidad.

La abundante publicidad que se realiza en esta industria y la rapidez de la reacción promocional que se requiere en un mercado tan dinámico como éste, impiden revisar todas las piezas publicitarias a nivel central y hacen inevitable que haya existido alguna desprolijidad en la elaboración de la publicidad comparativa contenida en ellos. Cierta margen de error es sensatamente admisible, sobre todo si se considera el altísimo volumen de publicidad con que operan estas empresas.

Por lo demás, las demandadas señalan que no sólo incurren en errores que las favorecen sino también en errores que las perjudican, de modo que no es razonable sostener que sus errores son premeditados y de mala fe. En ningún caso esos errores responden a la supuesta mala fe que Arauco les atribuye ni a un ánimo de engañar al público consumidor.

En todo caso, agregan, esos errores incidieron mínimamente en el resultado final de la publicidad. Si se analiza cada uno de los volantes cuestionados por Arauco, se advierte que, incluso corregido algún error que eventualmente pudiera existir, resulta que el efecto y mensaje publicitario de todos y cada uno de dichos volantes hubiese sido el mismo: que el total de la boleta en Líder Valdivia es más bajo, tal como constaba en los cuestionados volantes publicitarios. Por consiguiente, no ha habido engaño al consumidor, porque su decisión de consumo no habría sido diferente si la publicidad no hubiese contenido las desprolijidades que albergaba.

Por otra parte, las demandadas afirman que los contenidos de los volantes publicitarios son verificables o demostrables. Explican que cuando se exige que la publicidad sea demostrable, no se quiere decir que lo que se anuncia en la publicidad sea cierto (para esto, se aplica el criterio de veracidad) sino, simplemente, que la afirmación de que se trate pueda ser sometida a comprobación, independientemente del resultado que ese examen arroje. En este caso, basta con ir al supermercado para comprobar cuánto cuestan los productos, sin que sea necesario saberse de memoria los códigos de los productos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Finalmente, las demandadas señalan que sus afirmaciones publicitarias sí son objetivas. El hecho de que se incluyan productos en promoción en las boletas publicitadas, no hace que éstas pierdan su objetividad, sobre todo porque en las boletas consta claramente que al producto se le está haciendo un descuento y el día exacto en que las boletas fueron emitidas. Lo único que se está haciendo es sostener que ese día, esos productos determinados y tras aplicarse todos los descuentos que corresponden en cada una de las boletas, la de Líder Valdivia es más barata que la de Único. Ese es un hecho objetivo, veraz y demostrable.

2.8. Sin perjuicio de lo anterior, las demandadas afirman que, de considerarse la existencia de publicidad engañosa, ello sería sancionable en una sede distinta a la de libre competencia porque la publicidad cuestionada en autos no ha sido empleada por Líder Valdivia con la intención de alcanzar, mantener o incrementar una supuesta posición de dominio en los términos del artículo tercero letra c) del DL 211.

De hecho, tal como señalaron anteriormente, afirman las demandadas que en este caso y tratándose de sólo cuatro volantes publicitarios, la publicidad en comento tampoco es apta para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

2.9. En virtud de lo expuesto, las demandadas afirman que la demanda carece de fundamentos de hecho, jurídicos y económicos, y concluyen que el verdadero objetivo perseguido en autos por Arauco es frenar el crecimiento potencial de Líder Valdivia y neutralizarlo como competidor en el mercado relevante, para así poder alcanzar, en el corto plazo y sin ninguna dificultad, sus objetivos declarados públicamente en la prensa, consistentes en incrementar su participación de mercado en Valdivia de un 40% a un 65%.

2.10. Por todo lo anterior, las demandadas solicitan primeramente que se rechace la demanda en todas sus partes y, en subsidio, para el evento de que este Tribunal considere sancionables las conductas materia de autos, solicitan que se tengan presente las siguientes circunstancias para efectos de eximir las de toda multa o de aplicarles una multa menor: (i) las conductas imputadas a Líder Valdivia no han producido efectos negativos para la competencia, ya que Arauco no sólo ha mantenido su participación mayoritaria en el mercado relevante de Valdivia sino que la ha incrementado; (ii) tampoco han tenido la potencialidad de excluir a ninguno de los operadores existentes en la zona, lo cual refuerza la nula amenaza que dichas conductas representaron frente a los planes de expansión de los operadores locales dominantes; (iii) las demandadas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no han obtenido ningún beneficio económico derivado de la ejecución de las conductas que se le imputan; (iv) D&S jamás ha sido sancionada en sede de libre competencia por conductas como las denunciadas en autos; (v) las conductas efectuadas como parte de su campaña de posicionamiento en el mercado de Valdivia han sido efectuadas de buena fe, con el único propósito de competir leal y eficazmente en un mercado altamente competitivo; y (vi) sus conductas, lejos de generar efectos perniciosos, han beneficiado a los consumidores de Valdivia, al favorecer una competencia eficaz y con ello una reducción permanente de los precios.

III. Hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.

3. A fojas 557, con fecha 5 de junio de 2008, se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos substanciales, pertinentes y controvertidos:

1. Estructura y características del o de los mercados potencialmente afectados. Evolución de la participación de las partes en el o los mismos.

2. Efectividad de que la demandada haya vendido a precios inferiores a sus costos relevantes, y tiempo durante el cual esos precios se mantuvieron.

3. Efectividad de que la publicidad comparativa realizada por la demandada induzca a error o engaño a los consumidores. Efectos actuales o potenciales de esa publicidad en la posición de mercado de la demandada.

IV. Pruebas rendidas.

4. *Documentos acompañados por las partes:*

4.1. Arauco acompañó: A fojas 201, (i) Publicación de El Mercurio, “Mejor visibilidad y ubicación estratégica de productos son las claves para atraer a los clientes”; (ii) Dictamen “La gran distribución: tendencias y repercusiones para el agricultor y el consumidor” de 27 de julio de 2007; (iii) Decisión de la Comisión Europea sobre asunto Carrefour/Promodes; (iv) Noticia de Agencia de Noticias del Ministerio de Agricultura de Chile – Población rural ascendería a 36%; (v) Decisión de la Comisión Europea sobre asunto Rewe/Meinl; (vi) Noticias extraídas del Diario Financiero “Cecinas San Jorge logra acuerdo con D&S” y “Alberto Kassis y el acuerdo con D&S: Uno nunca queda conforme”; (vii) Noticia extraída de El Mercurio “Sólo Cencosud y D&S siguen en carrera por el paño del Saint George”; (viii) Noticia extraída del Diario Financiero “La tercera cadena del mundo (Tesco) aterrizó en EEUU hace 3 semanas”; (ix) Noticia extraída del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Diario Financiero “Supermercados Safeway llega a Chile a través de D&S”; (x) Revista Capital, entrevista al Gerente General de D&S; (xi) Acuerdo en CONAR, Causa Rol 552/02 Jumbo vs. D&S; (xii) Acuerdo en CONAR, Causa Rol 569/03 Hipersur vs. Líder Talca; (xiii) Artículo El Mercurio “Considerables diferencias en principales puntos de venta de minoristas”, y (xiv) Encuesta de precios de productos dieciocheros en Supermercados y Carnicerías, SERNAC. A fojas 653, (xv) Copia autorizada de 44 facturas emitidas por proveedores a la demandante; (xvi) Seis volantes comparativos de la demandada; (xvii) Cuadro que compara la información de los documentos (xv) y (xvi). A fojas 667, (xviii) Informe sobre elementos para la prevención de una Falacia del Retail, de Oscar Corvalán. A fojas 1292, (xix) Copias de publicidad efectuada por D&S en el Diario Austral de Valdivia, entre los meses de marzo y diciembre de 2006; (xx) Cuadro que identifica los productos que D&S habría promocionado a precios inferiores al costo de adquisición; (xxi) Nota de prensa del Diario Financiero de 12 de agosto de 2008; (xxii) Nota de prensa del Diario Austral de Valdivia de 27 de junio de 2002; (xxiii) Copias de cinco inscripciones del Conservador de Bienes Raíces de Valdivia de las sociedades relacionadas a la demandante que operan supermercados; (xxiv) Entrevista del Sr. José Bayelle en revista Capital de 25 de julio de 2008; (xxv) Nota de prensa de Diario Estrategia de 3 de abril de 2008; (xxvi) Partes del reportaje de El Mercurio “Canastas familiares de norte a sur en Chile”, de 18 de mayo de 2008; (xxvii) Nota de prensa del Diario Estrategia de 17 de abril de 2008; (xxviii) Copias de parte del expediente de la causa Rol C 101-06, de este Tribunal. A fojas 1436, (xxix) Boleta de Supermercado Líder Express de 14 de noviembre de 2008; (xxx) Producto Vero Risotto, Champiñones, Tucapel, de 180 gramos, junto a su código de barras; (xxxi) Producto Bicarbonato, Refinado, Gourmet, de 30 gramos, junto a su código de barras; (xxxii) Producto Aliño Completo, Gourmet, de 15 gramos, junto a su código de barras. A fojas 1477, (xxxiii) Copias de impresiones obtenidas del sistema GS1. A fojas 1493, (xxxiv) Copias de páginas web, en que consta que D&S y Adimark GfK tienen una directora en común. A fojas 1495, (xxxv) Copias de impresión obtenida del sistema GS1. A fojas 1528, (xxxvi) Fotografías autorizadas notarialmente, e impresiones de información de diversas páginas web, referida a proyectos inmobiliarios y casas de propiedad de Inmobiliaria Tres Ríos S.A. A fojas 2476, (xxxvii) Diario El Mercurio de 8 de diciembre de 2007, página 1 Cuerpo B; (xxxviii) Impresión de noticia de Economía y Negocios Online de 16 de noviembre de 2008; (xxxix) Impresión de noticia de Diario Financiero Online de 19 de diciembre de 2008; (xl) Cupones de descuento Mi Club Líder en productos específicos; (xli) La Tercera página 85, de 10 de enero de 2009, aviso de fe de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

erratas de Homecenter Sodimac; (xlii) Decisión Conar Rol 761/09 Cencosud vs. D&S de 7 de agosto de 2009, condenando a D&S por publicidad comparativa engañosa; (xliii) Impresión de noticia de elmercurio.com de 2 de octubre de 2009; (xliv) Impresión de noticia de Diario Financiero Online de 2 de octubre de 2009; (xlv) Impresión de noticia de Diario Financiero Online de 9 de octubre de 2009; (xlvi) Decisión Conar Rol 743/08 Agip vs. D&S de 24 de octubre de 2008, condenando a D&S por publicidad engañosa; (xlvii) Noticia Diario Estrategia de 1 de abril de 2009, página 15; (xlviii) Noticia Diario El Mercurio de 1 de Junio de 2007, página 2 Cuerpo B; (xlix) Impresión de Diario Financiero Online de 4 de diciembre de 2007; (l) Anuario Estadístico INE 2006 Región de los Lagos; (li) Impresión de noticia El Mercurio Online, 16 de abril de 2008; (lii) Impresión de noticia El Mercurio Online, 4 de julio de 2007; (liii) Impresión de noticia El Ciudadano.cl, 28 de marzo de 2006; (liv) Impresión de noticia El Mercurio Online, 12 de diciembre de 2007; (lv) Informe “Comportamiento de consumo en supermercados de clientes rurales entre Valdivia y Osorno”, diciembre 2008, Universidad de Chile; (lvi) Informe “The Economic Effects on Constant Below-Cost Selling Practices by Grocery Retailers”, P. Dobson, 2002; (lvii) Sumario y conclusiones del informe” Supermarkets, A report on the supply of groceries from multiple stores in the UK”, Competition Commission, 2000; (lviii) Certificado Notarial de 21 de noviembre de 2008 relativa a tarifas auspicio de Chilevisión septiembre 2006, julio 2007 y programación con nomenclatura de costos; (lix) Certificado Notarial de 21 de noviembre de 2008 relativa a tarifas auspicio de Canal 13, enero a junio 2006 y julio a diciembre 2006; (lx) Comunicación Diario Austral de noviembre 2008, con tarifas para aviso en prensa escrita y web; (lxi) Copias autorizadas notarialmente de diversas facturas por concepto de publicidad en el Diario Austral de Valdivia; (lxii) Página 53 La Tercera, 21 de diciembre de 2008; (lxiii) Página 18 Estrategia, 9 de abril de 2007; (lxiv) Publicación El Mercurio: Del productor a la mesa: ¿Dónde suben los precios?; (lxv) FECU D&S 2006; (lxvi) Informe “Los Precios de los Productos Alimenticios en Europa”, Karina Batzelli, Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2009; (lxvii) Artículo “Exploiting Market Power: Lessons from the British Grocery Trade”, Antitrust Law Journal N° 2 2005; (lxviii) Impresión de noticia Diario Financiero Online, 2 de agosto de 2007; Reportaje El Mercurio 18 de mayo de 2008, “La Canasta de Chile de Norte a Sur”; (lxix) 31 avisos de Líder con ofertas en Diario Austral de Valdivia, año 2006; (lxx) 40 copias autorizadas notarialmente de facturas de proveedores a Comercial Arauco; y, (lxxi) Estudio de la Actitud del Consumidor Frente a la Leche y Productos Lácteos, Tesis para optar al grado de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licenciado en Ingeniería en Alimentos, Universidad Austral de Chile, Soledad Oyarzún, Valdivia, 2004.

4.2. Líder acompañó: A fojas 460, (i) Fotocopias de todos los insertos publicitarios efectuados por supermercados en el Diario Austral de Valdivia durante septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006; (ii) Fotocopias de todos los insertos publicitarios efectuados por supermercados en el Diario Austral de Valdivia durante los meses de septiembre de 2007 y marzo de 2008; (iii) Mapa de la oferta supermercadista de la ciudad de Valdivia; (iv) Mapa rutero de Temuco a Frutillar; (v) Fotocopia de la denuncia presentada por Arauco en contra de D&S S.A. ante la Fiscalía Nacional Económica, con fecha 18 de abril de 2007; (vi) Resultados comerciales y operacionales de Líder Valdivia, para los períodos 2005, 2006 y 2007; (vii) Tabla que da cuenta del margen obtenido por cada uno de los 50 productos en promoción cuestionados, para los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006, así como de sus totales generales; (viii) Copia de noticia publicada del Diario Financiero de 10 de mayo de 2007, “Clan Jano rearma sus inversiones y explora el negocio inmobiliario”; (ix) Copia de noticia publicada en el Diario Austral de Valdivia de 16 de mayo de 2007, “Avanzan obras de supermercados”; (x) Copia de noticia publicada en diario El Ciudadano de 24 de marzo de 2006, “Bayelle instalará segundo hipermercado en Valdivia”; (xi) Copia de noticia publicada en el diario Estrategia de 22 de septiembre de 2004, “Supermercado Bigger: el líder del Retail en la X Región”. A fojas 1220, (xii) Tres mapas de la ciudad de Valdivia, elaborados por la empresa Atisba, que ilustran la realidad supermercadista de Valdivia en los años 2006, 2007 y proyecciones de la misma; (xiii) Impresión del Diario Austral de Osorno de 11 de marzo de 2007; (xiv) Impresión del Diario Austral de Valdivia del 16 de diciembre de 2006; (xv) Fotografías de todos los supermercados de Valdivia; (xvi) Impresiones de la página web www.hiperunico.cl; (xvii) diecisiete inscripciones de dominio a nombre de la inmobiliaria Tres Ríos S.A., sociedad a cargo de la gestión inmobiliaria de Arauco; (xviii) Siete inscripciones de dominio de Inmobiliaria Catedral S.A., sociedad a cargo de la gestión inmobiliaria de Bigger; (xix) Mapa de Valdivia, que da cuenta de parte de los terrenos de propiedad de Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y de Inmobiliaria Catedral S.A.; (xx) Notas de prensa publicadas en los diarios Diario Austral, en las fechas 30 de abril de 2007 y 6 de noviembre de 2006; Diario Financiero, en las fechas 4 de julio de 2008, 26 de junio de 2008 y 7 de julio de 2008; Diario El Mercurio, en las fechas 4 de julio de 2008 y 8 de julio de 2008; (xxi) Informe “Imagen Supermercados Valdivia y Osorno” de agosto de 2008, elaborado por Adimark;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(xxii) Fotocopias de todos los insertos publicitarios efectuados por supermercados en el Diario Austral de Valdivia, entre los meses de enero y agosto de 2006, y entre los meses de enero y agosto de 2007; (xxiii) Informe económico “Efectos Competitivos de los Descuentos Aplicados a Productos de Supermercados” elaborado por don Aldo González, de agosto de 2008. A fojas 1367, (xxiv) Copia de nota de prensa del Diario La Tercera de 13 de septiembre de 2008. A fojas 1554, (xxv) Pantallazos de sistemas informáticos de D&S para diversos productos. A fojas 2210, (xxvi) Copia de tabla de Serie Histórica del Índice de Ventas de Supermercados, agosto 2009, de la Cámara Nacional de Comercio; (xxvii) Copia del documento “Proyecciones 2006” de El Mercurio; (xxviii) Copia de portada y páginas 14 y 15 de la Memoria Anual 2006 de Distribución y Servicio D&S S.A.; (xxix) Copia de noticia publicada en El Mercurio online, de 21 de agosto de 2008; (xxx) Copia de noticia publicada en El Mercurio online, de 28 de enero de 2009; (xxxi) Copia de noticia publicada en latercera.cl, de 28 de enero de 2009; (xxxii) Copia de noticia publicada en diarioenaccion.cl, de 29 de enero de 2009; (xxxiii) Copia de noticia publicada en El Diario Austral, de 10 de mayo de 2009; y, (xxxiv) Copia del capítulo “Problemas Claves”, parte del documento “Agenda Pactada Provincial de Desarrollo”, publicado en el sitio web de la I. Municipalidad de Valdivia, de octubre de 2007.

5. *Documentos exhibidos por Líder.*

A fojas 1391, con fecha 14 de octubre de 2008, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resoluciones de 16 de septiembre y 1 de octubre de 2008 (fojas 1335 y 1376, respectivamente), Líder exhibió un CD-ROM con dos planillas en formato Excel. La primera contiene información de las facturas de compra de los 50 productos individualizados a fojas 650 durante el año 2006, sea que hayan sido adquiridos directamente por Líder Valdivia o por cualquier otra relacionada. La segunda, incorpora información de las facturas y/o notas de débito que dan cuenta de los descuentos asociados a la compra y reventa de dichos productos, incluyendo descuentos por volumen, cobro de rappel automático y manual. A fojas 1428, Líder acompañó una versión pública de los documentos exhibidos. A fojas 1452, Líder acompañó un CD-ROM complementando la información originalmente exhibida. A fojas 1563, Líder aclaró cuáles de las facturas de compra, referidas en la información exhibida corresponden a compras realizadas en forma centralizada por Distribución y Servicio D&S S.A (LTS), acompañando un nuevo CD-ROM que lo detalla. A fojas 2420, 2428, 2437 y 2469, Líder acompañó documentos que permiten verificar la veracidad de los documentos exhibidos originalmente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. *Testimonial rendida por Líder:*

Por las demandadas, comparecieron a declarar como testigos: (i) A fojas 1340, el señor Cristián Barrientos Pozo; (ii) A fojas 1349, el señor Iván Slavko Poduje Capdeville; (iii) A fojas 1352, el señor Aldo Patricio González Tissinetti; y, (iv) A fojas 1360, doña Catalina Patricia San Martín De Soto.

7. *Oficios y otros antecedentes recabados de terceros.*

7.1. A fojas 677, con fecha 28 de agosto de 2008, el Tribunal accedió a lo solicitado por Arauco a fojas 667, y ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), a fin de que informe al tenor de la demanda, contestación y de la resolución que recibió la causa a prueba.

A fojas 1593, con fecha 6 de mayo de 2009, la FNE informó al tenor de lo solicitado, describiendo en primer lugar el mercado relevante y las condiciones de entrada de la industria.

Con respecto a la conducta de venta bajo costo, la FNE señala que Líder Valdivia ha realizado ventas bajo el costo en un porcentaje significativo de la canasta de alimentos representativa para una familia y, al mismo tiempo, de manera persistente en el período analizado, y que las líneas de productos en que se observa una mayor proporción de días con ventas bajo el costo, son aquellas con una mayor elasticidad-precio de la demanda, que afectan más las decisiones de los consumidores. No obstante lo anterior, la FNE señala que ello constituye una política comercial de D&S, ya que no se observa una diferencia significativa entre los precios cobrados en Valdivia y los cobrados en otros establecimientos de D&S. Por otro lado, las participaciones de mercado en Valdivia se han mantenido constantes desde 2004, de lo que podría inferirse, que no ha habido efectos exclusorios, en el mercado relevante analizado.

En cuanto a los actos de publicidad comparativa, la FNE señala que éstos podrían considerarse como competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado, sin que resulten razonables las inconsistencias y errores excusados por Líder y su defensa.

La FNE acompañó a su informe los siguientes documentos o anexos: (i) Acta de declaración del Sr. Francisco Simonelli Álvarez, Gerente de Ventas de Hipermercado Valdivia Limitada, prestada ante la FNE el 14 de noviembre de 2007; (ii) Acta de declaración del Sr. Alberto Silva Oyarzo y Sr. Joseph Jano, Gerente de Administración y Finanzas y accionista de Hipermercado Único,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respectivamente, prestadas ante la FNE, de 15 de noviembre de 2007; (iii) Acta de declaración del Sr. Juan Carlos Bayelle, Gerente General de Supermercados Bigger, prestada ante la FNE, de 15 de noviembre de 2007; (iv) Acta de declaración del Sr. Gonzalo Eguiguren Correa, Gerente General de Kimberly Clark Chile S.A., prestada ante la FNE, de 28 de noviembre de 2007; (v) CD-ROM con respaldos y bases de datos utilizadas para efectuar las estimaciones y conclusiones pertinentes en los gráficos, cuadros y tablas contenidos en el informe; y (vi) seis anexos confidenciales.

7.2. A fojas 1300 y 1380, con fechas 2 de septiembre y 7 de octubre de 2008, respectivamente, el Tribunal accedió a lo solicitado por las demandadas a fojas 1220 y 1367, y ordenó oficiar al Instituto Nacional de Estadísticas a fin de que éste informase sobre las ventas registradas en cada uno de los meses de los años 2006 y 2007, por cada uno de los supermercados Líder y Único de Valdivia.

A fojas 1387, con fecha 9 de octubre de 2008, el Instituto Nacional de Estadísticas informó al respecto, acompañando información acerca de ventas agregadas de los supermercados de la comuna de Valdivia, registradas para cada uno de los meses de los años 2006, 2007 y 2008, hasta la fecha del oficio, de manera innominada e indeterminada.

8. *Informe pericial solicitado por Arauco.*

A fojas 657, con fecha 19 de agosto de 2008, el Tribunal accedió a lo solicitado por Arauco a fojas 655 y ordenó realizar un informe pericial que, de acuerdo con lo resuelto en las audiencias de 3 de septiembre de 2008 y 12 de mayo de 2009, debía versar sobre el punto tres de la resolución que recibió la causa a prueba y, en particular, en relación a los efectos, si los hubiere, de las conductas imputadas a las demandadas, en cuanto tales efectos consistirían en una reducción de las ventas de la demandante en el año 2006 en relación al año 2005, y en 2005 respecto de 2004. A fojas 1580, con fecha 19 de marzo de 2009, el Tribunal designó como perito al señor Milán José Capkovic Rajcevic, quien evacuó su informe a fojas 2171, con fecha 24 de septiembre de 2009.

El informe pericial concluye, en síntesis, que los dos Supermercados Único de Valdivia, ubicados en calles Arauco y Picarte, presentaron en el año 2006 una disminución de sus ventas, comparadas éstas con el aumento estadístico mostrado por el sector en la Región de Los Lagos, de acuerdo a información del INE.

Y CONSIDERANDO:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a las tachas:

Primero: Que, a fojas 1340, 1349 y 1360, Arauco formuló tacha respecto de los testigos señores Cristián Barrientos Pozo, Iván Slavko Poduje Capdeville y Catalina Patricia San Martín De Soto, presentados por las demandadas, invocando la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por ser dependientes de la persona que los presenta a declarar.

De esas tachas se confirió traslado, el que fue contestado por las demandadas, quienes solicitaron su rechazo, atendido que ninguno de ellos prestaría habitualmente servicios retribuidos para las demandadas. Así, el Sr. Barrientos habría declarado ser empleado de Comercial D&S –no de las demandadas-, el Sr. Poduje presta servicios en calidad de independiente y las asesorías que presta a D&S no representan más del 20% de sus ingresos anuales y, por último, la Sra. San Martín trabaja para Adimark, que es una empresa independiente de las demandadas;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas, éstas serán rechazadas, por considerar este Tribunal que no concurren los presupuestos de procedencia de la causal del N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil respecto de ninguno de los testigos mencionados en la consideración precedente. En efecto, de los dichos de los testigos en cuestión se desprende inequívocamente que ninguno de ellos prestaba, a la fecha de su declaración, servicios habituales retribuidos, en calidad de trabajador dependiente, a alguna de las empresas demandadas, que son Hipermercado Valdivia Ltda. y Distribución y Servicio D&S S.A. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a fojas 1352, Arauco formuló tacha respecto del testigo señor Aldo Patricio González Tissinetti, presentado por las demandadas, invocando la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por tener un interés directo o indirecto en el pleito, consistente en la remuneración del informe económico que habría elaborado y el interés de mantener a D&S como cliente.

De esa tacha se confirió traslado, el que fue contestado por las demandadas, quienes solicitaron su rechazo, atendido que el hecho de que el testigo haya

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

percibido una remuneración por su informe con anterioridad no configuraría la causal en cuestión, y que la afirmación de que desearía mantener a D&S como cliente no tendría sustento alguno;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que de los dichos del señor González no puede desprenderse la existencia de interés de su parte en los resultados de este juicio sino que, por el contrario, éste expresó no tener interés alguno, sin que pueda alterar lo concluido el que, como es usual, se haya convenido una legítima retribución por la elaboración y ratificación de un informe u opinión técnica de su parte. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo:

Quinto: Que Comercial Arauco S.A., en adelante Arauco o Único, demandó a Distribución y Servicio D&S S.A., en adelante D&S, y a Hipermercado Valdivia, en adelante Líder Valdivia, por realizar actos de competencia desleal mediante publicidad comparativa engañosa y prácticas predatorias por la venta de productos bajo el costo o a precios excesivamente bajos. Señala que D&S y Líder Valdivia, en adelante conjuntamente, también, Líder, conforman una unidad económica;

Sexto: Que por su parte, Líder señaló que no concurrirían ninguno de los presupuestos de las conductas de competencia desleal ni de prácticas predatorias de las que se le acusa. En particular, señala que no ha ejecutado ninguna de las conductas de las que se le acusa y que, en todo caso, no tiene ni puede alcanzar una posición dominante en el mercado relevante que es muy competitivo;

Séptimo: Que a continuación este Tribunal determinará el mercado relevante para efectos de esta causa. Luego, se analizarán las prácticas predatorias y de competencia desleal denunciadas. Finalmente, y en caso de considerarse acreditadas las conductas, se analizará la aptitud de las mismas para que la demandada pueda alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en los términos del artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211;

Octavo: Que, en lo que dice relación con el mercado relevante de producto, no existe controversia en autos respecto a que éste corresponde al de *distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar, definición que ya ha sido fundamentada ampliamente por estos sentenciadores, tanto en la Resolución 24-2008 como en las sentencias N° 9-2004 y N° 65-2008;

Noveno: Que, no obstante lo anterior, sí existe controversia entre las partes respecto de la extensión geográfica que el mercado tendría en este caso;

Décimo: Que a este respecto, la demandante argumentó a fojas 209 que correspondería a las regiones X y XIV, toda vez que *“en Chile, dada la baja densidad poblacional de la mayor parte de su territorio y gran incidencia de la población rural en la demanda supermercadista, el mercado relevante geográfico tiende a ser regional o interregional”*. Lo anterior se encontraría respaldado por la existencia de habitantes de zonas rurales distantes a la ciudad de Valdivia, como Panguipulli, Lanco, Los Lagos y Futrono, quienes se trasladarían cerca de dos horas para realizar sus compras de supermercado en Valdivia;

Undécimo: Que, por su parte, la demandada argumentó a fojas 467 y siguientes que, si bien es cierto que existen consumidores que se trasladan distancias importantes para llegar a los supermercados ubicados en centros urbanos –como el caso de consumidores de Panguipulli–, éstos son la excepción, más aún considerando que, en este caso particular, la propia demandada provee de buses de acercamiento, a fin de facilitar los traslados involucrados;

Duodécimo: Que, a juicio de este Tribunal, dada la existencia de oferta supermercadista al menos en las ciudades más importantes de las regiones X y XIV, entre ellas las ciudades de Valdivia y Osorno, a 111 kilómetros de distancia entre sí¹, no es razonable considerar como el ámbito de competencia local a la región XIV como un todo, ni menos a la suma de las regiones X y XIV. Por otra parte, el hecho que Líder Valdivia provea de buses de acercamiento a pobladores de ciertas localidades sólo demuestra que, de no existir tales buses, es muy probable que esos consumidores no estarían dispuestos a trasladarse por sus propios medios a Valdivia para realizar sus compras. A mayor abundamiento, la sola existencia, como caso de excepción, de consumidores particulares que deban trasladarse grandes distancias para llegar a un centro de consumo, sólo establece la existencia de consumidores marginales que en ningún caso influirían para definir el mercado relevante, por ejemplo si se aplicara el test del monopolista hipotético, también conocido como *“SSNIP”*;

¹ <http://www.vialidad.cl/productosyservicios/Paginas/Distancias.aspx>

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimotercero: Que, en consecuencia, considerando lo anteriormente expuesto, a juicio de este Tribunal el mercado geográfico relevante corresponde a la ciudad de Valdivia y sus alrededores, con exclusión de otras ciudades que presenten oferta supermercadista;

Decimocuarto: Que, una vez delimitado el mercado relevante, a continuación se presenta la estructura y características del mismo, de acuerdo a la información aportada por las partes en el proceso;

Decimoquinto: Que, en cuanto a la participación de mercado, el siguiente cuadro muestra la evolución en el tiempo de los principales supermercados operando en Valdivia al año 2007, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.593:

Cuadro 1
Principales Supermercados en Valdivia (al año 2007)

Cadena	Local	Apertura	Superficie Total Terreno (m2)	Superficie Sala de Venta (m2)
Bigger (regional)	Casa matriz	04/2001	14.914	4.501
	Sucursal	06/2004	4.501	620
D&S (nacional)	Líder Valdivia	06/2002	19.640	6.152
Hiper Único (regional)	Casa Matriz	06/1993	9.049	3.500
	Picarte	06/2002	4.415	1.500
	Las Ánimas	09/2007	2.624	700
Maxi (regional)	Picarte	02/1992	4.780	1.800
Cencosud (nacional)	Santa Isabel	12/1990	2.897	810

Fuente: informe FNE, fojas 1.601

Decimosexto: Que, por otra parte, la participación de mercado de estas empresas entre los años 2000 y 2007 se presenta en el cuadro siguiente:

Cuadro 2
Participación de mercado de supermercados en Valdivia
(como porcentaje de las ventas netas de IVA)

Supermercado	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007(*)
Hiper Único	74,5%	58,7%	49,7%	41,2%	42,4%	39,8%	38,7%	39,3%
Bigger	0,0%	27,6%	27,3%	24,2%	24,6%	26,9%	28,1%	27,3%
Líder Valdivia	0,0%	0,0%	13,5%	26,4%	25,9%	25,4%	25,1%	25,0%
Santa Isabel	18,9%	8,8%	5,7%	4,8%	3,9%	5,0%	5,5%	5,9%
Maxi	6,6%	5,0%	3,7%	3,4%	3,1%	2,8%	2,6%	2,6%

(*) Hasta tercer trimestre 2007.

Fuente: Informe FNE, fojas 1.604

Decimoséptimo: Que, como se desprende de los cuadros anteriores, recién en 2001, Único comenzó a enfrentar competencia por parte de otro hipermercado en Valdivia, con la entrada de Bigger. D&S, por su parte, ingresó a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esta ciudad a mediados de 2002, alcanzando una participación relativamente estable en un plazo de dos años. Se observa también en el Cuadro 1 que tanto Bigger como Único, en forma simultánea o bien posterior a la entrada de D&S en Valdivia, aumentaron su número de locales, abarcando nuevas zonas de la ciudad con formatos más pequeños de supermercado;

Decimoctavo: Que, a modo de resumen, este Tribunal estima que, al menos hasta el año 2007, el mercado relevante ha sido dinámico, en el sentido que se ha verificado entrada por parte de cadenas supermercadistas tanto regionales como de ámbito nacional, junto con una clara disposición por parte de la cadena incumbente (Hiper Único) a realizar inversiones en un mayor número de locales;

Decimonoveno: Que, así caracterizado el mercado relevante, a continuación se analizará la existencia de barreras a la entrada en el mismo. Lo anterior, con el objeto de determinar si eventuales prácticas de precios predatorios o de competencia desleal serían aptas para que Líder alcance una posición de dominio en el mercado;

Vigésimo: Que, según el análisis de la FNE (fojas 1593 y siguientes), una barrera de entrada en este mercado estaría dada por el número considerable de cadenas supermercadistas instaladas y también por la posibilidad de expansión de quienes operan actualmente, lo que haría menos probable el ingreso de un nuevo actor para eventualmente disciplinar a las cadenas establecidas. Este Tribunal no comparte dicho criterio, pues el hecho que existan varios competidores no implica necesariamente que no exista espacio para ingresar o crecer en este mercado;

Vigésimo primero: Que, por otra parte, de acuerdo a lo informado por la FNE, y tal como ha señalado este Tribunal en la Sentencia 65-2008 y en la Resolución 24-2008, las importantes ventajas de costo de empresas supermercadistas con posición de dominio ya establecida a nivel nacional, como es el caso de D&S, son un factor que puede afectar las condiciones de entrada a esta industria, dado que tales ventajas podrían impedir que nuevos entrantes alcancen una escala de operación suficiente para desafiar a las firmas establecidas, en un plazo razonable. Así, en el caso de autos la necesidad de alcanzar o mantener una escala mínima eficiente de operación podría constituir una barrera a la entrada en este mercado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo segundo: Que, asimismo, este Tribunal estima necesario tomar en cuenta que D&S es un oferente relevante a escala nacional en un conjunto de mercados conexos a la industria del *retail*, los que incluyen supermercados, servicios financieros, negocios inmobiliarios, agencias de viajes y seguros, entre otros;

Vigésimo tercero: Que, tal como se analizó extensamente en la Resolución 24-2008, el que D&S sea una cadena nacional que además participa en una serie de mercados conexos, con importantes costos compartidos, le permite obtener significativas economías de escala y de ámbito, muy difíciles de replicar por empresas de menor tamaño. Algunos ejemplos de complementariedades de costo entre los distintos negocios mencionados son: (i) costos compartidos en lo relativo a la adquisición y procesamiento de información relevante, (ii) complementariedades de costos en aspectos de logística y distribución, (iii) amortización compartida de otras inversiones indivisibles, por ejemplo en activos intangibles, y (iv) acceso a capital a costo significativamente menor que el enfrentado por competidores con escalas de operación sólo a nivel regional o local;

Vigésimo cuarto: Que, adicionalmente, la evolución que ha presentado la industria del *retail* en los últimos años, caracterizada por procesos de consolidación entre áreas diversas de negocios y de concentración en un número reducido de oferentes con poder de mercado, entrega importantes ventajas de competencia a cadenas supermercadistas con escalas de operación ya consolidadas a nivel nacional, respecto de competidores supermercadistas que operen sólo en mercados regionales o locales, en el caso de autos, Valdivia y sus alrededores. Así, el poder de mercado en una localidad específica no se debe analizar en forma estática ni aislada, sino que se deben considerar factores dinámicos, entre los que se cuenta la situación de mercado en el resto del país, y la capacidad potencial de crecimiento en una determinada región;

Vigésimo quinto: Que en base a lo anterior, este Tribunal estima que, si bien en el período analizado Líder Valdivia era el tercer actor en el mercado geográfico de autos, era también a esa fecha parte de una empresa dominante ya consolidada a nivel nacional (D&S). Esta característica, en el contexto de la evolución experimentada por la industria supermercadista en Chile, en opinión de este Tribunal, confería a la cadena D&S, a la fecha de las conductas demandadas en autos, una posición de dominio a escala nacional que claramente podía entregarle significativas ventajas de competencia en la oferta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

supermercadista de la ciudad de Valdivia. Un indicio relevante que avala esta línea argumental es la compra, en el año 2009, de los tres locales de Hiper Único en Valdivia por parte del grupo Saieh-Rendic, controlador de la cadena supermercadista nacional Unimarc, como consta en notas de prensa acompañadas por la demandada a fojas 2210;

Vigésimo sexto: Que, por consiguiente, este Tribunal estima que el carácter nacional y las complementariedades de costo de que goza Líder confieren a esta última la aptitud de alcanzar una posición dominante en la ciudad de Valdivia, como ya ha ocurrido en otras localidades. Ello puede lograrlo compitiendo lealmente en el mercado, lo que no merecería reproche alguno en esta sede, o bien lograrlo, o acelerar su logro, compitiendo deslealmente, o efectuando otras prácticas restrictivas de la libre competencia. Si lo hiciera por medio de actos de competencia desleal, tales actos serían de aquellos que sanciona expresamente el artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211 como contrarios a la libre competencia;

Vigésimo séptimo: Que en efecto, este Tribunal estima que conductas predatorias o desleales como las denunciadas, en caso de acreditarse, no sólo restringirían la competencia de forma directa, sino que también podrían imponer una barrera estratégica a la entrada de potenciales nuevos competidores en los mercados locales. Lo anterior, pues estas conductas podrían ser interpretadas por potenciales competidores como una señal de que Líder está dispuesto a actuar agresivamente por vías distintas a la libre competencia con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, inhibiendo así el ingreso de nuevos actores al mercado local. Es justamente por esta razón que una conducta desleal de un actor de la envergadura de Líder es apta para afectar la competencia en el mercado, aunque en ese mercado local en particular no sea el actor dominante;

Vigésimo octavo: Que, en consecuencia, a continuación se analizará si efectivamente las demandadas incurrieron o no en las conductas denunciadas;

Vigésimo noveno: Que en su demanda, Único acusó a Líder de vender productos del tipo “KVI” (*“known value items”*, o “ítems de valor conocido”) por debajo del costo relevante. Los cincuenta productos a los que se imputa venta bajo el costo fueron analizados en el informe acompañado por Líder a fojas 1220;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo: Que en este informe se computa el margen obtenido por cada uno de los cincuenta productos durante las promociones, definiéndose como la diferencia porcentual entre el precio de promoción y el costo medio unitario. El costo medio unitario es calculado como el costo unitario de venta mayorista menos los descuentos aplicados por proveedores. Se dejan fuera otros ingresos de Líder, como el *rappel*, por ejemplo. De este análisis se desprende que, en el 56% de las promociones analizadas, Líder Valdivia obtiene un margen negativo al momento de ser aplicadas;

Trigésimo primero: Que, por otro lado, no es controvertido que los precios en cuestión son promocionales, pues así lo señala la demandante en su libelo y las demandadas en su contestación. Relacionado con lo anterior, y como una medida del nivel de persistencia en el tiempo de las promociones efectuadas durante 2006 por Líder Valdivia, el mencionado informe presentado por ella calcula un “precio equivalente anualizado” para cada uno de los productos, que es un promedio entre los precios de promoción y los precios sin promoción, ponderado por el número de días en que cada producto efectivamente estuvo en promoción. Al realizar este análisis, el informante concluye que sólo en el 3% de los productos incluidos en la muestra, Líder Valdivia alcanzaría márgenes negativos a lo largo del año. Debe tenerse presente, en cualquier caso, que este análisis se realiza considerando precios por día, y no se ponderó por cantidad diaria transada, por lo que eventualmente este resultado podría encontrarse sesgado a la baja;

Trigésimo segundo: Que, por su parte, este Tribunal analizó la información de costos acompañada por Líder a fojas 1563, cotejándola con los precios contenidos en los volantes objeto de la demanda, acompañados a fojas 651, para efectos de determinar qué porcentaje de los 50 productos en promoción eran vendidos por Líder Valdivia a precios que estaban por debajo del costo medio variable que enfrentaba, incorporando esta vez el *rappel* y otros descuentos en el cálculo del costo medio variable, con el objeto de lograr una medición más cercana al real margen que Líder Valdivia obtendría con la venta de cada uno. El resultado de este ejercicio arrojó que sólo 4 productos de los 50 presentaban un precio por debajo del costo medio variable durante las promociones, y que el margen promedio de estos 4 productos fue de un -4,5%. El margen promedio de los cincuenta productos durante el período promocional, por su parte, fue de un 7%;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo tercero: Que, tal como se señaló en la Sentencia 9-2004, este Tribunal estima que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son *per se* contrarias a la libre competencia, pero cuando estas ventas se hacen persistentes y se utilizan como un medio para excluir competidores, pueden constituir un arbitrio que limite la competencia;

Trigésimo cuarto: Que, por otro lado, y tal como informa la FNE a fojas 1593, la política de precios de D&S no es aplicada exclusivamente en Valdivia, sino que “parece ser” una práctica generalizada. De la misma forma, como consta en el informe acompañado por las demandadas a fojas 1220, la política de precios de D&S es única para todo el país. Este hecho hace menos probable que la política de precios de D&S apunte específicamente a expulsar del mercado a su competencia en la ciudad de Valdivia;

Trigésimo quinto: Que, adicionalmente, la estrategia de precios utilizada por D&S podría ser consistente con una del tipo *loss leading*, en la que un subconjunto de productos de alta recordación y sensibilidad al precio por parte de los consumidores se ofrece bajo el costo medio variable, para aumentar la demanda de otros productos en los cuales se obtiene margen suficiente para compensar las pérdidas generadas en los primeros. Este Tribunal considera que estrategias de este tipo, si caen dentro de la categoría de precios promocionales a que se hizo referencia en la consideración trigésimo tercera, no son necesariamente contrarias a la libre competencia;

Trigésimo sexto: Que por lo tanto, este Tribunal estima que no es posible dar por acreditada la conducta de precios predatorios denunciada;

Trigésimo séptimo: Que, por su parte, la conducta de competencia desleal denunciada corresponde a la publicidad contenida en seis volantes publicitarios y anuncios en diarios locales, que compara –de manera destacada- el valor total de compras realizadas en los supermercados Único y Líder Valdivia, indicando el ahorro total en pesos y porcentual, presentando copia de las boletas de compra de ambos supermercados donde figuran los productos y precios individuales correspondientes –de manera menos destacada-. En todos los casos se señala la fecha y hora de la compra, indicando la marca, precio y cantidad de cada uno de los productos incluidos en las boletas;

Trigésimo octavo: Que, sin perjuicio de lo anterior, es posible constatar defectos en cuatro de las seis comparaciones publicitarias realizadas por Líder

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Valdivia agregadas a estos autos, ya que en ellas se observa que las boletas de Único están recargadas con más productos que las de Líder Valdivia. Además, en uno de estos cuatro casos, se comparan diferentes productos pues los números de los códigos de barra (o GTIN) no coinciden en ambas boletas. De esta forma, las boletas de Único aparecen “recargadas” con productos adicionales o de mayor calidad que las de Líder Valdivia (por ejemplo, vino reserva *versus* varietal), siendo falsa la aseveración publicitaria de Líder Valdivia incluida en esa publicidad comparativa que señala “*son exactamente los mismos productos comprados el...*”;

Trigésimo noveno: Que resulta evidente que los aludidos defectos impiden la comparación de productos omitidos o distintos a nivel individual, pero lo más relevante es si ello incide o no en el resultado a nivel de canasta, ya que eso es lo destacado por la publicidad comparativa cuestionada. A este respecto, es posible constatar que si se sacan de las boletas de Único los productos que no están en las boletas de Líder Valdivia y, en su caso, se sacan también de ambas boletas los productos que no son comparables, se producen las siguientes diferencias entre el ahorro publicitado y el ahorro efectivo;

Cuadro 3

Diferencias entre ahorro publicitado y ahorro efectivo

		(1)	(2)	(3) = (1)/(2)
	Fecha Comparación	Ahorro Total Publicitado	Ahorro Total Efectivo	Magnitud del Error en el Ahorro Total Publicitado (veces)
1	26-09-2006	16,8%	4,8%	3,48
2	25-10-2006	22,2%	19,5%	1,14
3	29-11-2006	24,8%	18,9%	1,31
4	14-12-2006	25,0%	19,8%	1,26

Fuente: Elaboración propia en base a volantes de fojas 627, 629, 648 vta. y 649.

Cuadragésimo: De acuerdo con lo anterior, en todos los casos analizados, Líder Valdivia es más barato que Único incluso corrigiendo los errores de que adolece la publicidad en cuestión. No obstante, en la columna (3) de la tabla anterior se observa la magnitud de estos errores y su incidencia en el resultado final. Así, en la primera comparación, el ahorro publicitado es dos y media veces superior al ahorro efectivo, mientras que en las demás varía entre un 14% y un 31%;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo primero: Que, tratándose de defectos en la información proporcionada a los consumidores que inciden en una característica tan objetiva y precisa como el precio, la que afecta el resultado de libre competencia en la industria supermercadista, la publicidad comparativa en cuestión debe ser especialmente cuidadosa y cumplir con ser veraz, objetiva y demostrable;

Cuadragésimo segundo: Que, en la especie, los defectos de la publicidad comparativa descritos en el Cuadro 3 anterior permiten establecer que ésta no es veraz, sino derechamente falsa, por cuanto no es efectivo que sean *“exactamente los mismos productos”* comparados en uno y otro supermercado, ni que para esas canastas de productos existan los porcentajes de ahorro que Líder Valdivia destaca en su publicidad y que, como se señaló, en algunos de los casos analizados difieren en forma relevante de los porcentajes de ahorro efectivos;

Cuadragésimo tercero: Que, además, en general, la comparación tampoco es objetiva porque la mayoría de los productos adquiridos en Líder Valdivia corresponden a ofertas de tipo promocional -con una vigencia que de acuerdo con el informe de fojas 1185 no superaría los 31 días en el 90% de los casos- mientras que los de Único corresponden a productos adquiridos individualmente y sin promociones. Por ello, la publicidad en cuestión además resulta engañosa, en cuanto pretende dar un alcance general y permanente a la comparación por medio de asertos publicitarios como *“otra pequeña ayuda, Líder”* y *“el total de tu boleta más bajo”*. Lo anterior, sin considerar que, además, quien escoge qué productos incluir en la publicidad comparativa es precisamente el que la hace, lo que le permitiría seleccionar, para efectuar la comparación, precisamente los productos en que la diferencia de precios sea mayor, por lo que la referida propaganda tampoco permitiría demostrar que los precios en promedio son más bajos en un supermercado que en el otro;

Cuadragésimo cuarto: Que, por último, este Tribunal considera que es extremadamente difícil para el consumidor medio comprobar la veracidad de la publicidad en cuestión, principalmente porque para ello se requiere de tiempo significativo. En efecto, aún cuando, en general, los productos que figuran en ambas boletas aparecen en un orden similar, no aparecen con el mismo nombre, nomenclatura o descripción, lo cual obliga a acudir a los números de los códigos de barra o GTIN. Además, cuando se incluye más de una unidad del mismo producto, las líneas de ambas boletas dejan de coincidir al figurar, por ejemplo, en una de ellas dos veces el producto con el precio individual, y en la otra una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

única vez dos unidades del producto con un solo precio. Ello se complica aún más tratándose de productos en promoción, porque los precios individuales de un producto incluido en ambas boletas deben ser ajustados por la vía de restar al precio el correspondiente descuento aplicado en la caja. Por todo lo anterior, este Tribunal considera que verificar este tipo de publicidad resulta extremadamente costoso para el consumidor medio, esto es, para un consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz. En efecto, las dificultades mencionadas exigen una cantidad de tiempo y dedicación de la que raramente se dispone y que, en todo caso, para el consumidor medio no es razonable realizar;

Cuadragésimo quinto: Que, atendido lo anterior, y considerando que los supermercados compiten en forma importante por precios, este Tribunal estima que los errores de que adolece la publicidad en cuestión pueden determinar decisiones de consumo y desviar clientela desde Único a Líder Valdivia, configurándose por lo tanto la conducta de competencia desleal denunciada;

Cuadragésimo sexto: Que si bien la elaboración de la publicidad comparativa en cuestión se ejecuta a nivel local –como parece desprenderse de lo señalado por las propias demandadas en su contestación-, debe tenerse presente que Líder Valdivia, tal como consta en la sección 2.4 de sus Términos y Condiciones Generales de Aprovechamiento de Mercaderías (TCGA) publicados en <http://www2.dys.cl/pdf/tcga.pdf>, es una sociedad filial de su matriz, la sociedad Distribución y Servicio D&S S.A., y que, junto con otras filiales, coligadas y/o relacionadas en distintas localidades del país, conforman con esta última un grupo económico en los términos que define el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores., por lo que es posible presumir, respecto de dicho grupo, *“que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos”*. Desde el punto de vista de la libre competencia, entonces, se está en este caso en presencia de una sociedad (Líder Valdivia) que evidentemente no tiene la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente de su grupo, en cuyo seno existe un solo centro o núcleo de toma de decisiones. En otras palabras, Distribución y Servicio D&S S.A. y Líder Valdivia no son ni pueden considerarse como dos entidades competitivas separadas e independientes, sino como una sola. Lo anterior se ve corroborado por la circunstancia –acreditada en el expediente a fojas 75 y 88- de que ha habido casos anteriores, resueltos por el CONAR, que se refieren a publicidad comparativa de otros locales o sociedades del grupo D&S -"Líder

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Departamental" (en 2002) y "Líder Talca" (en 2003)- en los cuales es posible apreciar, tal como en la especie, que el diseño de las campañas comparativas y la decisión de llevarlas a la práctica es adoptada e impartida por la matriz y no por cada una de sus filiales. De todo lo anterior se desprende como única consecuencia posible que la responsabilidad por los hechos acreditados en la presente causa sólo puede predicarse respecto de la sociedad matriz del grupo, y no de Líder Valdivia, por lo que será a dicha matriz –la sociedad Distribución y Servicio D&S S.A.- a la que se aplicarán las sanciones y medidas que se disponen en lo resolutivo de esta sentencia, y no a su filial valdiviana;

Cuadragésimo séptimo: Que si se aplicara un criterio distinto del establecido en la consideración anterior, cualquier instrucción relacionada con estrategias competitivas que emitiera una matriz para ser ejecutada por su filial podría constituir una coordinación anticompetitiva entre entidades autónomas y, además, se facilitaría la elusión de la responsabilidad por infracciones al D.L. N° 211 mediante el simple expediente de constituir sociedades filiales con el sólo propósito de encargarles la ejecución de actividades ilícitas que no podrían ser perseguidas respecto de la matriz;

Cuadragésimo octavo: Que, según se indicó más arriba, los actos de competencia desleal desplegados por D&S, con las complementariedades y economías de costos que sustentan su posición de dominio a nivel nacional, tienen la aptitud causal de permitir a la demandada alcanzar una posición dominante en el mercado de autos, independientemente de si esto último lo haya logrado o no, razón por sí sola suficiente para condenar por las mismas. Lo anterior es especialmente claro si consideramos que las conductas de competencia desleal tienen por objeto precisamente desviar clientela de un agente del mercado, como se indica en el artículo tercero de la Ley N° 20.169, sobre Competencia Desleal. En todo caso, el efecto sobre la libre competencia depende de la gravedad y reiteración de esa clase de conductas;

Cuadragésimo noveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, y para los efectos de analizar la gravedad de las conductas denunciadas y establecer así el monto de la multa a aplicar, a continuación este Tribunal analizará los efectos que habría tenido la publicidad engañosa sobre las ventas de Único entre los meses de septiembre y diciembre de 2006. Al respecto, el informe pericial de fojas 2171 se refiere a la variación diaria y mensual en las ventas netas (de IVA) de Supermercados Único en 2006, respecto a 2005, y en 2005 respecto a 2004, y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fue elaborado en base a la información contable aportada por Único, respecto de los registros de ventas de cada local;

Quincuagésimo: Que, de acuerdo a dicho informe pericial, las ventas totales durante el 2006 (boletas más facturas “depuradas”, es decir, descontando devoluciones, comisiones y otros ítems distintos a ventas, y transacciones internas de Único), de la sucursal Arauco de Único, fueron un 0,88% mayores que en 2005, en términos reales. Por su parte, la sucursal Picarte de Único presentó un incremento del 6,01% en las ventas reales de 2006 respecto de 2005. Así, las ventas totales de los Supermercados Único en Valdivia aumentaron en un 2,21% en 2006 respecto de 2005, como se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro 4
Comparación ventas netas 2004 – 2006, Supermercados Único
Boletas y “Facturas Depuradas”,
consolidado de Sucursales Arauco y Picarte
(Cifras en M\$ 2006)

Mes	Ventas 2004	Ventas 2005	Ventas 2006	Variación 05-04	Variación 06-05
Enero	1.643.368	1.616.100	1.620.900	-1,66%	0,30%
Febrero	1.724.063	1.673.093	1.712.817	-2,96%	2,37%
Marzo	1.613.377	1.724.944	1.745.808	6,92%	1,21%
Abril	1.587.240	1.667.488	1.713.057	5,06%	2,73%
Mayo	1.676.169	1.665.983	1.627.695	-0,61%	-2,30%
Junio	1.508.201	1.610.198	1.682.519	6,76%	4,49%
Julio	1.698.329	1.747.485	1.751.644	2,89%	0,24%
Agosto	1.609.003	1.644.826	1.708.421	2,23%	3,87%
Septiembre	1.673.098	1.772.493	1.903.024	5,94%	7,36%
Octubre	1.725.651	1.742.969	1.749.108	1,00%	0,35%
Noviembre	1.573.518	1.597.555	1.680.538	1,53%	5,19%
Diciembre	2.081.143	2.176.932	2.200.066	4,60%	1,06%
Total	20.113.161	20.640.063	21.095.596	2,62%	2,21%

Fuente: elaboración propia en base a cuadros 16 y 32, Informe Pericial acompañado a fojas 2171.

Quincuagésimo primero: Que el citado informe pericial compara esta información con la variación porcentual en las ventas de todos los supermercados en la Región de los Lagos, según información del Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante, INE). Dado que la variación regional de las ventas de supermercados fue de un 11,6%, el informe concluye que *“Supermercado Arauco Único y Supermercado Picarte Único tuvieron en el año 2006, una disminución de sus ventas comparadas estas con el aumento estadístico mostrado por el sector en la Región de los Lagos”*; Este Tribunal estima que tal conclusión no está suficientemente fundada, por cuanto compara las ventas de Único con información agregada para la Región de Los Lagos, en circunstancias que, como se analizó en los considerandos décimo a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

decimotercero, el mercado relevante geográfico de la presente causa se circunscribe a la ciudad de Valdivia y no a la Región de los Lagos;

Quincuagésimo segundo: Que el referido informe pericial, adicionalmente, señala que *“se puede concluir categóricamente que efectivamente se produjo una disminución de las ventas en los periodos y fechas denunciadas, específicamente en los días que se produjo el estudio, a saber, 26 de septiembre, 12 y 25 de octubre, 10 y 29 de noviembre y 14 de diciembre”* (fojas 2170). Este Tribunal considera que el informe en cuestión no justifica adecuadamente la conclusión a que arriba dado que compara las ventas de los días en que se efectuó la publicidad objeto de la demanda, con el promedio mensual de las ventas de agosto de 2006, sin controlar por otros factores que pueden afectar el comportamiento de las ventas supermercadistas en distintos meses, como por ejemplo factores de gastos estacionales;

Quincuagésimo tercero: Que, entonces, este Tribunal concluye que el informe pericial acompañado no permite acreditar lo alegado por la demandante, esto es, que haya ocurrido una disminución en las ventas de Único (en el año 2006 respecto del año anterior) como resultado de las prácticas denunciadas por Único en el caso de autos;

Quincuagésimo cuarto: Que, en consecuencia, estos sentenciadores estiman que no hay evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado ni menos que permita cuantificar estos efectos, lo que se tendrá en consideración al momento de establecer la multa a aplicar;

Quincuagésimo quinto: Que por todo lo precedentemente expuesto, este Tribunal sancionará a Distribución y Servicio D&S S.A. por incurrir en conductas de competencia desleal mediante la realización de la publicidad comparativa engañosa de que dan cuenta los volantes de fojas 627, 629, 648 vta. y 649, en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211.

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra c); 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a las tachas:

1. Rechazar las tachas formuladas por Arauco a fojas 1340, 1349 y 1360, respecto de los testigos señores Cristián Barrientos Pozo, Iván Slavko Poduje Capdeville y Catalina Patricia San Martín De Soto, respectivamente, por la causal establecida en el No 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;
2. Rechazar la tacha formulada por Arauco a fojas 1352, respecto del testigo señor Aldo Patricio González Tissinetti, por la causal establecida en el No 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;

En cuanto al fondo:

3. **ACOGER** la demanda deducida a fojas 201 por Comercial Arauco S.A., sólo en cuanto se declara que Distribución y Servicio D&S S.A., infringió la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al realizar actos de competencia desleal consistentes en publicidad comparativa engañosa con la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado;
4. **CONDENAR** a Distribución y Servicio D&S S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cien Unidades Tributarias Anuales (100.- UTA);
5. **ORDENAR** a Distribución y Servicio D&S S.A. abstenerse, en lo sucesivo, de incurrir en conductas de competencia desleal contrarias a la libre competencia;
6. **NO CONDENAR** en costas a Distribución y Servicio D&S S.A., por no haber sido totalmente vencida;

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Romero, quien estuvo por rechazar la demanda de autos por las siguientes consideraciones:

1º) Que Comercial Arauco Ltda., dueña de Supermercados Único, en adelante Único, dedujo demanda en contra de Distribución y Servicio D&S S.A., en adelante D&S, y en contra de Hipermercado Valdivia Ltda., en adelante Líder Valdivia, porque habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra c), mediante la realización de dos conductas: (i) prácticas predatorias por la venta de productos bajo el costo o a precios excesivamente bajos, y (ii) actos de competencia desleal en la forma de publicidad comparativa engañosa;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2º) Que para el análisis del caso sometido a su conocimiento, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sigue, en síntesis, los pasos que se indican a continuación: (A) Se identifica el mercado relevante, tanto a nivel de producto (sobre lo cual no ha habido controversia entre las partes), como respecto del ámbito geográfico, caso en el cual el Tribunal concluye que corresponde al de la ciudad de Valdivia y sus alrededores, con exclusión de otras ciudades que presentan oferta supermercadista. (B) Se examina la estructura y características del mercado relevante para apreciar la dominancia que pudiere existir por parte de las demandadas, las cuales conforman una misma unidad económica y, por ende, se consideran como si fueran un solo agente económico. La conclusión a la que se arriba, luego de analizarse la participación de mercado de los varios actores del mercado y las barreras a la entrada que pudieren eventualmente existir, es que no existe posición de dominio por parte de la demandada en el mercado relevante. No obstante, debido a su carácter nacional y las complementariedades de costo de que goza, se manifiesta que la demandada tiene la aptitud para alcanzar una posición dominante en la ciudad de Valdivia. (C) Se verifica si efectivamente las demandadas incurrieron o no en las conductas denunciadas, concluyéndose que, por un lado, no es posible dar por acreditada la conducta de precios predatorios y, por el otro, que D&S (matriz de Líder Valdivia) sí efectuó actos desleales a través de la difusión de publicidad comparativa engañosa;

3º) Que este Ministro comparte las conclusiones del fallo recién aludidas y la gran mayoría de los fundamentos que las respaldan. La divergencia con lo expresado por la mayoría del Tribunal se reduce, básicamente, a la idoneidad o no de la conducta de competencia desleal para ser calificada como un ilícito de libre competencia según el artículo 3º DL N°211 de 1973;

4º) Que, en efecto, esta disidencia sostiene que la publicidad comparativa engañosa desplegada por las demandadas, en adelante, indistintamente, “D&S”, “Líder Valdivia” o “la demandada”, sería un ilícito que correspondería ser sancionado en otra sede de acuerdo a la Ley de Competencia Desleal, mas no constituye una infracción a la libre competencia;

5º) Que la norma relevante para evaluar si un comportamiento de competencia desleal constituye una conducta atentatoria contra la libre competencia en el mercado es el artículo 3º letra c) del DL N°211 de 1973, el cual identifica aquel caso en el cual una práctica predatoria o de competencia desleal es realizada con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. A su vez, el tipo infraccional recién mencionado guarda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estrecha relación con el tipo genérico indicado en el encabezado del mismo artículo 3º, el cual se refiere al que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Evidentemente, las conductas descritas en el artículo 3º tienen como vinculación última lo establecido en los artículos 1º y 2º que le preceden, los cuales nos recuerdan el objetivo que guía la legislación, esto es, la protección de la libre competencia en los mercados;

6º) Que para ponderar si un acto de competencia desleal constituye un atentado a la libre competencia en el mercado relevante en consideración a las normas legales referidas, hay que apreciar su capacidad o aptitud para alcanzar una posición de dominio que como tal deje al mercado en una situación de peligrosa vulnerabilidad para la libre competencia que debe imperar en éste. Es la convicción de este Ministro que ni la situación de la demandada en el mercado ni menos la conducta misma reprochada (que es lo más relevante) tienen la capacidad o aptitud antes referida;

7º) Que para fundamentar la convicción aludida se desarrollarán, en lo que sigue, los argumentos y constataciones pertinentes. Primero (1) se demostrará que la conducta de competencia desleal no es un factor (potencial o real) que incida en la estructura del mercado y, por ende, en la posibilidad de la demandada de alcanzar una posición de dominio en el mercado. Para tal efecto, se confirmará que la conducta de la demandada es de una magnitud mínima lo cual queda demostrado por a lo menos tres constataciones del mismo fallo. Esto es, (1.1) la exigua duración y extensión de la conducta, (1.2) la verificación de que incluso corrigiendo los errores de que adolece la publicidad cuestionada, Líder Valdivia es más barato que Único, y (1.3) la comprobación de que no hay evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado. A continuación, (2) se recalcará que no existe constatación o evidencia comprobada que permita sostener, no ya que el acto denunciado ha contribuido con alguna significación a que la demandada alcance una posición de dominancia en el mercado, sino, incluso, que ésta tenga la aptitud para provocar de manera inminente un daño a la libre competencia. En seguida, (3) se señalará que lo más relevante en el análisis que se haga de este tipo de situaciones es el grado de contribución que la conducta de competencia desleal, en sí misma, tenga para provocar un cambio en las condiciones del mercado relevante. Lo anterior se ve respaldado por la jurisprudencia de este mismo Tribunal. Finalmente, (4) se subrayará que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no está en discusión que para este Tribunal la conducta de la demandada es desleal, sino que dicho comportamiento no constituye infracción al DL N°211 de 1973 puede ser sancionado en otra sede mediante la aplicación de la Ley N°20.169 o, incluso, de la Ley N° 19.496;

8º) Que la comprobación de que la magnitud de la conducta de competencia desleal es mínima queda demostrado, como se dijo, por a lo menos tres constataciones del mismo fallo. La primera de éstas dice relación (1.1) con la exigua duración y extensión de la conducta. En efecto, la conducta de competencia desleal constatada corresponde a defectos en la publicidad contenida en cuatro de seis volantes publicitarios y anuncios en diarios locales en que se compara el valor total de las compras realizadas en supermercados Único (perteneciente a la demandantes en autos) y Líder Valdivia (la demandada) durante un lapso aproximado de tres y medio meses en el año 2006;

9º) Que la segunda evidencia de la mínima magnitud de la conducta reprochada radica en que (1.2) incluso corrigiendo los errores de que adolece la publicidad en cuestión, Líder Valdivia es más barato que Único. Lo manifestado precedentemente se aprecia en lo mostrado por el cuadro que sigue:

Diferencias entre ahorro publicitado y ahorro efectivo

	Fecha Comparación	Ahorro Total Publicitado	Ahorro Total Efectivo
1	26-09-2006	16,8%	4,8%
2	25-10-2006	22,2%	19,5%
3	29-11-2006	24,8%	18,9%
4	14-12-2006	25,0%	19,8%

Fuente: Elaboración propia en base a volantes de fojas 627, 629, 648 vta. y 649.

10º) Que la tercera constatación referida a la escasa magnitud del acto de la demandada, se puede verificar en que (1.3) no hay evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado. Lo manifestado recién es coincidente con lo constatado en el fallo. Al respecto, se desplegará evidencia (también mostrada en el fallo, aunque con algunas diferencias de presentación) respecto de que (1.3.1) no hay evidencia de efecto significativo de la conducta de la demandada en el demandado y (1.3.2) no hay evidencia de efecto significativo de la conducta de la demandada en el mercado;

11º) Que sobre el punto (1.3.1) anterior, se aprecia que durante el año en que se comprobó la publicidad comparativa y los tres primeros trimestres del año siguiente la participación de mercado del demandante y el demandado dista

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mucho de mostrar un efecto benéfico para Líder Valdivia y perjudicial para Único, tal como se desprende del cuadro siguiente:

Participación de mercado de supermercados en Valdivia
(como porcentaje de las ventas netas de IVA)

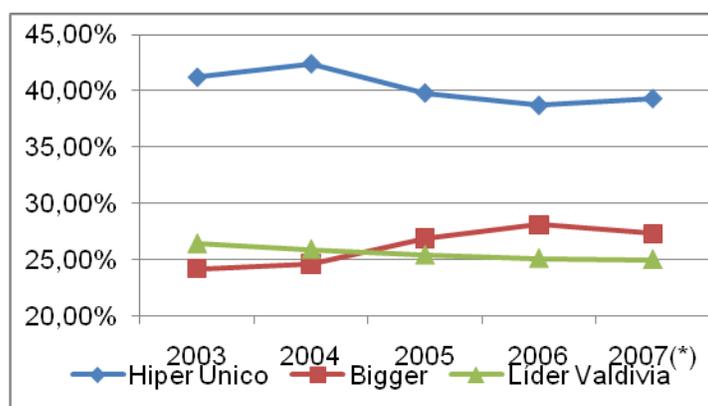
Supermercado	2006	2007(*)
Hiper Único	38,7%	→ 39,3%
Bigger	28,1%	27,3%
Líder Valdivia	25,1%	→ 25,0%
Santa Isabel	5,5%	5,9%
Maxi	2,6%	2,6%

(*) Hasta tercer trimestre 2007.

Fuente: Informe FNE, fojas 1604

12º) Que en relación al punto (1.3.2), esto es, la ausencia de evidencia de un efecto significativo de la conducta de la demandada en el mercado, de los datos de autos se aprecia, por el contrario, que hubo una estabilidad en las participaciones de mercado que resulta más coincidente con la ausencia de efectos en éste; En efecto, se ha constatado en el fallo que la demandada Líder Valdivia no tenía a la época de los actos denunciados una posición de dominio en el mercado relevante y que era el tercer actor en el mercado geográfico de autos, por detrás de Bigger y muy por detrás del demandante Único, lo cual fue una constante durante los años de la medición, en especial durante los años 2003 a 2007, tal como lo muestra el gráfico siguiente:

Participación de mercado de supermercados en Valdivia
(como porcentaje de las ventas netas de IVA):



(*) Hasta tercer trimestre 2007.

Fuente: Informe FNE, fojas 1604

13º) Que, (2) no existe constatación o evidencia comprobada que permita sostener, no ya que el acto denunciado ha contribuido con alguna significación a que la demandada alcance una posición de dominancia en el mercado, sino, incluso, que ésta tenga la aptitud para provocar de manera inminente un daño a la libre competencia. Debido a que los datos de los cuadros y gráficos anteriores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tienen la virtud de mostrar información anterior y posterior a la fecha de la conducta imputada, es posible valorar de mejor manera la inminencia o no de una conducta para impedir o restringir la libre competencia en el mercado relevante. Dicho de otra forma, el análisis de datos posteriores permite ponderar sobre bases más reales y menos especulativas la aptitud de Líder Valdivia para alcanzar una posición de dominio tal que deje al mercado en una situación de peligrosa vulnerabilidad para la libre competencia que debe imperar en éste;

14º) Que, más allá del carácter nacional y las complementariedades de costos que posee Líder Valdivia, no se aprecia que ésta, indefectiblemente, vaya a alcanzar con algún grado de inminencia o prontitud una posición dominante en el mercado relevante y menos que aquello de lugar a una situación de restricción a la libre competencia en el mercado. Si Líder Valdivia no ha sido capaz de hacer valer su supuesta superioridad debido a su mayor eficiencia potencial en el lapso de cinco años, no se aprecia por qué debiera asumirse una supuesta aptitud para alcanzar un poder de mercado lo suficientemente significativo como para arribar a una posición dominante que genere en el mercado una situación de peligrosa vulnerabilidad para la libre competencia que debe imperar en éste. De hecho, el desarrollo posterior no respalda la aptitud causal, por muy potencial que sea;

15º) Que en el análisis del mercado debe considerarse el dinamismo en la obtención de eficiencias por parte de los actores del mercado. La evidencia no ha mostrado la existencia de ventajas competitivas incontrarrestables. Por ejemplo, los procesos de fusiones y adquisiciones son vehículos para la obtención de eficiencias que no tienen por qué ser descartados o minimizados. En el mismo fallo se destaca el dinamismo respecto de la entrada de actores al mercado [considerando Decimo octavo] e, incluso, se constata la presencia posterior de un nuevo actor de carácter nacional en el mercado relevante: el grupo Saieh–Rendic, quien adquirió los locales de Único [considerando Vigésimo quinto]. Lo anterior está en línea con lo manifestado por el propio fallo respecto de la inconveniencia de argüir (como lo hizo la FNE) que la existencia de varios competidores instalados y con posibilidad de expansión constituye una barrera a la entrada. Por el contrario, el Tribunal ha dicho [en el considerando Vigésimo] que el hecho que existan varios competidores no implica necesariamente que no exista espacio para ingresar y crecer en este mercado. Aducir que la venta de Único es una demostración de precariedad competitiva de los supermercados locales frente a los nacionales [considerando Vigésimo quinto] no sólo es desconocer el aprovechamiento de oportunidades y la capacidad competitiva de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los primeros demostrada con las cifras antes explicadas, sino una errónea interpretación del objetivo que tiene una legislación de defensa de la libre competencia en comparación a un cuerpo legal como el de competencia desleal. La libre competencia busca proteger el mercado desde una perspectiva más amplia y estructural. La competencia desleal, en cambio, busca proteger e indemnizar los perjuicios a actores individuales del mercado;

16º) Que hay que tener presente que la sola circunstancia de que exista una conducta desleal que tenga por objeto alcanzar una posición dominante tiene que interpretarse en relación al potencial impedimento, restricción o entorpecimiento a la libre competencia. De hecho, cualquier acto de competencia desleal, casi por definición, persigue desplazar clientela. De la misma manera, cualquier empresa, en general, busca lograr una posición de privilegio frente a sus competidores. En otras palabras, que una empresa actúe con el objeto de alcanzar una posición dominante en el mercado es algo habitual y esperable. Lo que resulta importante determinar, en consecuencia, es la aptitud o capacidad de la empresa para, producto de la conducta desleal, generar de modo inminente una situación de peligrosa vulnerabilidad en el mercado. Como ya se ha explicado, no existe constancia de lo anterior;

17º) Que, sin perjuicio de lo constatado precedentemente en (2), esto es, la ausencia de aptitud (desde la perspectiva del sujeto más que del acto) para prontamente alcanzar una posición de dominancia que haga peligrar la libre competencia en el mercado, lo más relevante en el análisis que se haga de este tipo de situaciones es (3) el grado de contribución que la conducta de competencia desleal, en sí misma, tenga para provocar un cambio en las condiciones del mercado relevante;

18º) Que resulta atingente e ilustrativo de un análisis más enfocado en la contribución del acto de competencia desleal mismo, recordar lo manifestado por el propio Tribunal en los considerandos 55º y 56º de la sentencia N°80 de 2009, en los cuales se destaca la importancia de analizar “los efectos que dichas conductas [de competencia desleal] produjeron o eran objetivamente idóneas para producir en el mercado”, concluyendo que “en la especie, no se aportaron datos que permitieran presumir o establecer que las ventas que dejó de realizar RCH hayan incrementado o tendieran a incrementar las de las demandadas”;

19º) Que, finalmente, conviene repetir que esta disensión no sostiene la irreprochabilidad del acto de publicidad comparativa desplegado por la demandada, lo cual puede ser conocido y sancionado en otra sede en virtud de la aplicación de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal. Esta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

última ley opera en el ámbito del derecho de la competencia, pero no de la libre competencia, propiamente tal. Si bien puede haber mucho de “desleal” en conductas sancionadas por nuestra legislación antimonopolio, no toda conducta desleal es una conducta atentatoria a la libre competencia;

20º) Que, por todo lo dicho, este Ministro, basado en los antecedentes que obran en el proceso, y de acuerdo a las normas del Decreto Ley Nº211, se ha formado la convicción de que las demandadas no han cometido infracción alguna a las normas sobre libre competencia contenidas en el mencionado cuerpo legal.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 151-08.

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres, Sr. Juan José Romero Guzmán y Sr. Joaquín Morales Godoy.

No firma el Ministro Sr. Menchaca, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente

Autorizada por el Secretario Abogado (i) Sr. Alejandro Domic Seguich.