REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 70/2022

Santiago, veintiocho de junio de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO:	No Contencioso
ROL:	NC N° 501-21
CONSULTANTES:	SMU S.A. y CorpGroup Holding Inversiones Limitada.
OBJETO:	Solicita el alzamiento, modificación y/o revocación de las Condiciones Tercera y Sexta impuestas mediante la Resolución Nº 43, de fecha 12 de diciembre de 2012.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTANTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

1) Consultantes: SMU S.A. ("SMU") y CorpGroup Holding Inversiones Limitada ("CorpGroup Holding"; en conjunto, las "Consultantes");

2) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

   a) Inmobiliaria Santander S.A.

   b) Walmart Chile S.A.

   c) Fiscalía Nacional Económica.

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. Al folio 13, el 27 de septiembre de 2021, las Consultantes solicitaron al Tribunal el alzamiento, modificación y/o revocación de la condición tercera y condición sexta impuestas mediante la **Resolución Nº 43**, de fecha 12 de diciembre de 2012 (en adelante "Resolución N° 43" o "Resolución"), en los autos rol NC N° 397-11 caratulados "Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A." (en adelante la "Consulta").

2. Respecto del alzamiento, modificación y/o revocación total o parcial de la condición tercera de la Resolución N° 43 (en adelante "Condición Tercera"),

explican que ello permitiría, una vez cumplidos los procedimientos vigentes en materia de control de operaciones de concentración contemplados en el Título IV del Decreto Ley N° 211 (en adelante "D.L. N° 211"), por una parte, que SMU, arriende a largo plazo ciertos locales comerciales que fueron operados en el rubro supermercadista por Supermercados Montserrat S.A. (en adelante "Montserrat"), incluyendo la compra de ciertos activos adscritos a cada local; y que CorpGroup Holding, sociedad relacionada de SMU, compre y posteriormente realice el desarrollo inmobiliario (directamente o por terceros) de dos locales que fueron operados en el mismo rubro por Montserrat.

3. En relación con la condición sexta de la Resolución N° 43 (en adelante "Condición Sexta"), indican que la solicitud de alzamiento, modificación y/o revocación le evitaría a SMU y sus relacionadas la obligación de consultar a este Tribunal respecto de cualquier operación de concentración que pretendan ejecutar en la industria supermercadista, sin perjuicio que deben sujetarse a la normativa general vigente en materia control de operaciones de concentración, contemplada en el Título IV del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211") y demás normas aplicables, incluyendo las reglamentaciones establecidas sobre la materia por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante la "Fiscalía" o "FNE"). En subsidio de esta solicitud, piden el alzamiento, modificación y/o revocación de la Condición Sexta, disponiendo este Tribunal que SMU y sus relacionadas deberán notificar a la FNE cualquier operación de concentración en la industria supermercadista que pretendan ejecutar, con prescindencia de los umbrales que sean aplicables conforme el artículo 48 del Título IV de D.L. N° 211.

4. Las consultantes contextualizan las circunstancias en las que este Tribunal dictó la Resolución N° 43. Señalan que, a través de esta, se resolvió que la fusión entre SMU y Supermercados del Sur S.A. (en adelante "Fusión SMU/Supermercados del Sur") se ajustaba a las normas del D.L. N° 211, imponiendo al efecto seis condiciones o medidas de mitigación. Entre estas, las referidas condiciones tercera y sexta (en adelante las "Condiciones"), que a continuación se transcriben:

<u>Condición Tercera:</u>

1) "SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa; 2) El o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales -a la fecha de esta resolución- en el mercado supermercadista a nivel nacional;

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

Condición Sexta:

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

5. Luego, se refieren a la competencia de este Tribunal para conocer y revisar las condiciones impuestas en un asunto no contencioso previo, la cual emanaría del artículo 32 del D.L. N° 211, señalando que este Tribunal ha sido consistente en reconocer dicha facultad, citando las Sentencias N° 147/2015, N° 117/2011 y Resolución N° 65/2021.

6. A continuación, explican el contexto en que se solicita el alzamiento de las condiciones descritas, refiriéndose a dos actos, en específico: (i) el contrato marco suscrito entre SMU e Inmobiliaria Santander S.A. (en adelante "Inmobiliaria Santander") y (ii) las negociaciones entre CorpGroup Holding e Inmobiliaria Santander (en adelante la "Operación").

7. Indican que SMU es una sociedad anónima abierta, controlada por Álvaro Saieh Bendenk y su familia, quienes, a través de diversas sociedades, son titulares del 50,58% de las acciones de dicha compañía y, que el segundo mayor accionista es el fondo Southern Cross Latin América Private Equity Fund III, L.P., que controla indirectamente el 10,173% de la propiedad de SMU.

8. Sostienen que SMU entró al mercado supermercadista en el año 2007, mediante la adquisición de Unimarc y que su proceso de consolidación culminó en el año 2011 con la fusión con Supermercados del Sur S.A. (en adelante "Supermercados del Sur") en el año 2011. SMU opera en formato supermercados (Unimarc, Mayorista 10 y Super 10), mayorista (Alvi), tiendas de conveniencia (Ok Market) y ventas por *internet* (Telemercados).

9. En cuanto a la composición societaria de CorpGroup Holding, aseveran que es la sociedad *holding* del grupo controlador de SMU, por medio de la cual mantiene inversiones en las áreas financiera (Itaú CorpBanca), inmobiliaria y hotelera (VivoCorp), medios de comunicación (Copesa y Grupo Dial) y supermercadista (SMU).

10. Finalmente, respecto de Inmobiliaria Santander, exponen que es una sociedad de inversiones de propiedad de la familia Bada, la que sería dueña de diversos bienes raíces donde han venido funcionando los supermercados Montserrat, cuyo operador es la sociedad Supermercados Montserrat S.A., controlada por la misma familia.

11. En concreto, respecto al primer acto que incluye la Operación enunciada y que habría tenido lugar en medio de la crisis financiera y económica que afectaba a Montserrat desde el 2019, con fecha 27 de julio de 2021, SMU e Inmobiliaria Santander suscribieron el Contrato Marco para Arrendamiento de Locales Comerciales (en adelante "Contrato Marco"), por medio del cual Inmobiliaria Santander prometió dar en arrendamiento a SMU un conjunto de locales comerciales y, por su parte, SMU prometió arrendarlos. Al efecto, indican que serían 22 locales comerciales ubicados en las Regiones Quinta y Metropolitana, los cuales a la fecha de la presentación de la Consulta se encontraban cerrados y eran operados por Montserrat. Asimismo, señalan que junto con los respectivos contratos de arrendamiento se suscribiría una compraventa de los activos muebles asociados a los mismos.

12. Agregan que la obligación de las partes estaba sujeta, entre otras cosas, a la condición suspensiva de que la transacción obtenga las aprobaciones de los órganos de libre competencia, según se indicaría en la cláusula 3.1 letra a) del Contrato Marco. Señalan que la solicitud de alzamiento, modificación y/o revocación de las referidas condiciones Tercera y Sexta, se enmarcaría en el contexto de tales aprobaciones, sin perjuicio de la notificación que resulte necesaria efectuar a la FNE, conforme lo exige la ley vigente, por tratarse de una operación de concentración. Añade que en caso de que no se obtengan las autorizaciones para el arrendamiento, se regularía en el Contrato Marco un pago a favor de Inmobiliaria Santander.

13. Luego, hacen presente que los objetivos de la Operación para SMU se enfocarían en mejorar su posicionamiento en las Regiones Quinta y Metropolitana, donde mantendría una participación de mercado sustancialmente menor a sus principales competidores Walmart Chile S.A. (en adelante "Walmart") y Cencosud S.A. (en adelante "Cencosud"), zonas que tendrían un alto potencial dado la relativa baja penetración supermercadista con relación al número de hogares.

14. Por su parte, en cuanto al segundo acto que comprende la Operación, exponen que CorpGroup Holding, relacionada de SMU, suscribió en la misma fecha, también con Inmobiliaria Santander, otro documento denominado "propuesta de exclusividad - Compraventa Inmuebles" (en adelante "Propuesta de

Exclusividad"), que otorgó a CorpGroup Holding o a quien ella designe un derecho exclusivo y preferente para evaluar y, eventualmente, negociar, una potencial compraventa de hasta cuatro inmuebles donde funcionaban locales comerciales que fueron operados por Montserrat. Agregan que, a la fecha de la Consulta, el derecho de CorpGroup Holding solo se mantiene respecto de dos inmuebles, habiéndose extinguido en relación con los otros dos, e indican que dichos inmuebles son distintos a los 22 incluidos en el Contrato Marco.

15. Al respecto, señalan que, al presentarse la Consulta, tales evaluaciones estaban en curso, sin alcanzarse un acuerdo vinculante sobre la materia. En cuanto al objeto de la compra, sea de uno o de dos locales comerciales, sería el desarrollo de proyectos inmobiliarios de largo plazo, que incluirían una placa comercial con un supermercado, el que sería arrendado a SMU.

16. Señalan que debido a que las condiciones Tercera y Sexta de la Resolución N° 43, alcanzan a las sociedades relacionadas de SMU, una eventual operación entre CorpGroup Holding e Inmobiliaria Santander respecto de los inmuebles incluidos en la Propuesta de Exclusividad podría entenderse afecta a las mismas, razón por la cual se solicita el alzamiento de las Condiciones para efectos de posibilitarla, previo cumplimiento de los procedimientos vigentes en materia de control de operaciones de concentración ante la FNE.

17. Continúan haciendo un análisis de la Condición Tercera. Al respecto señalan que esta ordenó a SMU vender su participación accionaria en Montserrat y, que el 19 de diciembre de 2014 SMU concretó la venta del total de su participación en Supermercados Montserrat S.A. a una sociedad vinculada a la familia Bada, quien ya controlaba el porcentaje accionario restante, dando cumplimiento a la Condición Tercera en los términos dispuestos por el Tribunal.

18. En relación con lo anterior, indican que, al encontrarse cumplida la Condición Tercera debería entenderse que la misma ya no se encuentra vigente y/o se ha extinguido, y reconocen el criterio que habría expresado la Excma. Corte Suprema en la sentencia dictada en causa Rol N° C 315-2016 de este Tribunal, Ingreso Corte Suprema N° 44.266-2017, caratulada "Demanda de Conadecus contra Cencosud S.A." (en adelante "Sentencia C.S. Rol N° 44.266-2017"). En opinión de las Consultantes, en razón de dicho precedente, el cumplimiento de las obligaciones de enajenación contenidas en la Resolución N° 43 no libera a los destinatarios de tales medidas aún después de concretada la enajenación, quienes se encontrarían obligados a consultar acerca de la pertinencia y conveniencia de la mantención de tales Condiciones en el evento de proponerse adquirir o arrendar los supermercados objeto de las mismas, citando asimismo la Resolución N° 65/2021

dictada en autos Rol N° NC 465-20 caratulada “Consulta de Cencosud S.A. sobre contrato de arrendamiento y resolución N°43/2012” (párrafo 13, p. 20).

19. Aseveran que existen nuevos hechos y cambios sustanciales que justificarían revisar la Condición Tercera que fundarían la petición de alzamiento de esta, posibilitando la operación de concentración descrita en los acápites precedentes, reiterando que, sin perjuicio de lo anterior, la misma sería notificada a la FNE conforme lo establece la normativa vigente.

20. En cuanto al cambio de circunstancias, en primer lugar, sostienen que existiría notorias modificaciones y ajustes en la situación competitiva del mercado supermercadista en los últimos 10 años.

21. Respecto del mercado relevante, siguiendo los criterios de este Tribunal, sostienen que los supermercados participarían en (i) el de distribución minorista y (ii) el de aprovisionamiento mayorista, citando al efecto la Resolución N° 43. Por su parte, sobre el mercado relevante geográfico, sostienen que, en la citada resolución, este Tribunal habría señalado que es fundamentalmente local desde el punto de vista de los consumidores. Agregan que la caracterización de los mercados no habría sido objeto de cambios sustanciales por parte de las autoridades de libre competencia luego de la dictación de la Resolución N° 43.

22. A continuación, analizan la situación existente al momento de dictarse la Resolución N° 43, la realidad actual y las razones por las cuales los cambios en el mercado justificarían el alzamiento de Condición Tercera.

23. Indican que según lo señalado en la Resolución N° 43 las participaciones en base a ventas a nivel nacional para el año 2010 eran de un: 35,2% para Walmart, 27,6% para Cencosud, 17,2% para la cadena Unimarc, 6,8% para Supermercados del Sur, 5,6% para la cadena Tottus y 1,8% para Montserrat. Por su parte, en cuanto a las participaciones de mercado en base a metros cuadrados entre julio de 2010 y junio de 2011 se detalla lo siguiente: 37% para Walmart, 23,6% para Cencosud, 20,8% para SMU, 8,5% para Supermercados del Sur, 6,6% para Tottus y 3,6% para Montserrat.

24. Luego, las Consultantes esgrimen que la realidad actual sería completamente distinta de aquella antes descrita, enfatizando que SMU habría disminuido sustancialmente su participación de mercado y que, en relación a los supermercados Montserrat, estos desde el 2019 se encontrarían en serias dificultades financieras que los habría llevado a cesar sus operaciones supermercadistas. Lo anterior contrastaría con la situación de los demás actores, donde Walmart y Cencosud habrían consolidado sus posiciones de líderes del mercado, y Tottus, que habría experimentado un desarrollo significativo apoyado

por el hecho de pertenecer a uno de los grupos de *retail* más importantes del continente.

25. Sostienen que, como consecuencia del cumplimiento de la medida de desinversión dispuesta en Condición Primera de la Resolución N° 43, que implicó la venta de una serie de locales y activos de SMU y de Supermercados del Sur como unidad económica, su participación de mercado habría disminuido situación que se habría materializado poco tiempo después de dictada la referida resolución, lo que se habría profundizado por diversos motivos, incluyendo el crecimiento de los principales actores.

26. A continuación, se inserta una tabla, y sus fuentes, elaborada por las Consultantes que contiene las estimaciones de las participaciones de mercado a nivel nacional indicadas en base de superficie en la Resolución N° 43 comparadas con las del año 2021:

Tabla comparativa

Cadena	Resolución Nº 43/M2	Participación de mercado 2021/ M2	Cambio porcentual
Walmart	37%	36,0%	-1%
Cencosud	23,6%	23,4%	-0,2%
SMU	29,3%[28]	17,0%	-12,3%
Tottus	6,6%	8,0%	1,4%
Montserrat	3,6%	2,5%	-1,1%
Otros	N/A[29]	13,1%	N/A
Total	100.0%	100.0%	

Fuente: Consulta, folio 13, p.15

27. No obstante, las Consultantes indican que la participación de mercado Walmart medida en metros cuadrados sería superior a la indicada en la tabla precedente, estimándola en un 40%, por cuanto la información de la consultora Georesearch, la cual les proporcionó los datos para inferir las estimaciones allí indicadas, no habría considerado en su estudio las últimas aperturas de Walmart que identificarían las Consultantes de otras fuentes públicas.

28. Al respecto, exponen que se debe considerar que la participación de mercado de SMU, en caso que el Tribunal alzare la Condición Tercera y la FNE aprobare la operación de concentración que da cuenta el Contrato Marco, llegaría a un 18,7% medido en metros cuadrados (en comparación con el 17,0% actual), lo que implicaría un aumento de 58 del índice Herfindahl-Hirschman o HHI, el que pasaría de 2.208 a 2.267, muy por debajo del umbral de variación de 200 establecido por la FNE en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (también denominada “Guía de Fusiones”) para mercados moderadamente concentrados. Destacan que dicha participación total

sería menor a la que tenía SMU antes de la Resolución N° 43, según aparece del Cuadro N° 3 de la misma, que le asignaba un 20,8% medido también en metros cuadrados.

29. Luego, se refieren a la situación en la Región Metropolitana, donde están ubicados 19 de los 22 locales objeto del Contrato Marco. Señalan que según lo informado por la FNE en el procedimiento de consulta que dio origen a la Resolución N° 43, las participaciones de mercado en base a ventas entre julio 2010 y junio 2011 para la Región Metropolitana eran de: 43% para Walmart, 31% para Cencosud, 13% para SMU y Supermercados del Sur, y 9% para Tottus. Luego se refiere a estimaciones en base a la información proporcionada por la consultora Georesearch, para el año 2021, donde las participaciones de mercado de los incumbentes en base a metros cuadrados serían las siguientes: 40,7% para Walmart, 24,9% para Cencosud, 12,2% para SMU, 11% para Tottus, 6% para Montserrat y 5,2% para otros actores.

30. Concluyen que SMU habría disminuido su participación en la Región Metropolitana, mientras que Cencosud y Walmart se consolidarían como lideres del mercado supermercadista y que, en el caso que se alzare la Condición Tercera y se aprobase por la FNE la operación de concentración contenida en el Contrato Marco, SMU aumentaría su participación de un 12,2% a un 16,2%, señalando que el índice HHI subiría desde 2.584 a 2.667, un aumento de 83, lo cual sería inferior al umbral establecido por la FNE en su Guía de Fusiones para mercados altamente concentrados.

31. En el mismo orden de ideas, se refieren a la situación en la Quinta Región, considerando que tres de los 22 locales objeto del Contrato Marco se encontrarían en dicha Región.

32. Sostienen que en el contexto del procedimiento que culminó con la dictación de la Resolución N° 43, la FNE habría estimado las siguientes participaciones de mercado en base a ventas para el periodo junio 2010 – junio 2011: 42% para Cencosud, 29% para Walmart, 17% para SMU y Supermercados del Sur y 6% para Tottus. Mientras que, según sus estimaciones en base a la información proporcionada por la consultora Georesearch para el año 2021, las participaciones de mercado de los incumbentes en base a metros cuadrados serían las siguientes: 39,3% para Walmart, 33,7% para Cencosud, 10,2% para SMU, 9% para Tottus, 1,9% para Montserrat y 6% para otros.

33. Aseveran que los datos para la Quinta Región dan cuenta de una reducción de la participación de mercado de SMU, mientras que los lideres Walmart y Cencosud concentran casi tres cuartas partes del mercado, distanciándose aún

más. Por otra parte, en el evento que el Tribunal alzare la Condición Tercera y la FNE aprobare la operación de concentración que da cuenta el Contrato Marco, la participación de SMU medida en metros cuadrados, aumentaría de un 10,2% a un 12,1%, lo que conllevaría un incremento en el HHI desde 2.867 a 2.905, un cambio de 39 inferior al umbral de 100 establecido en la referida Guía de Fusiones para mercados altamente concentrados. Destacan que dicha participación sería menor a la que tenían conjuntamente SMU y Supermercados del Sur antes de la Resolución N° 43, la cual era de un 17%.

34. Arguyen que si bien la Resolución N° 43 no habría incluido un estudio de concentración de los locales Montserrat que comprenden el Contrato Marco y la Propuesta de Exclusividad, consideran necesaria su revisión para efectos de contribuir con el análisis que deberá efectuar este Tribunal.

35. Para tales efectos, exponen una serie de datos que se basarían en el documento que acompañan en un otrosí de la Consulta singularizado como Análisis de HHI por Isócrona ("Minuta HHI"), preparado por la consultora Econsult, los cuales apoyarían la idea que las operaciones derivadas tanto del Contrato Marco como de la Propuesta de Exclusividad no conllevarían riesgos para la libre competencia, sin perjuicio de la revisión que le compete a la FNE conforme al actual sistema de control de operaciones de concentración, razonamiento que resumen en la siguiente tabla:

<u>Resumen HHI por local</u>

Local	HHI antes	HHI después	ΔHHI
General San Martin 508, Colina	2.248	2.332	85
José Miguel Carrera 13.125, El Bosque	2.602	2.660	58
Santelices 641, Isla de Maipo	2.331	3.014	683
Alfredo Silva Carvallo 1.401, Maipú	3.680	3.746	66
General Baquedano 890, Paine	2.630	2.706	76
Balmaceda 503, Peñaflor	2.285	2.418	133
Grecia 8.585, Peñalolén	3.583	3.611	29
M éxico 1.915, Puente Alto	2.532	2.592	60
Santa Josefina 40, Puente Alto	2.477	2.598	121
José Francisco Vergara 159, Quilicura	3.461	3.511	50
Joaquín Walker Martínez 1.650, Quinta Normal	2.699	2.733	34
Miraflores 8.045, Renca	4.738	4.836	98
José Manuel Balmaceda 4.569, Renca	2.537	2.582	46
Domingo Santa María 4.112, Renca	2.838	2.891	53
Arturo Prat 200, Limache	2.466	2.767	301
Edmundo Eluchans 1980, Viña del Mar	3.931	3.951	21
Gladys Marín 6.950, Estación Central	3.444	3.498	54
Independencia 2.127, Independencia	2.585	2.612	27
Vicuña Mackenna 12.321, La Florida	2.994	3.070	76
Macul 3.578, Macul	2.926	2.980	53
Ramón Subercaseaux 320, Pirque	3.132	3.171	39
Hermanos Clark 55, Los Andes	2.601	2.705	103
Américo Vespucio 7,500, La Florida	3.138	3.192	54
Las Condes 9.350, Las Condes	3.154	3.185	32

Fuente: Consulta, folio 13, p. 22

36. Agregan que, según los datos indicados en la tabla anterior, de los veinticuatro locales solo cuatro casos superarían los valores de la Guía de Fusiones, concluyendo que existiría escasa posibilidad de riesgos competitivos y que, de un análisis más detallado de dichas situaciones particulares, se descartaría que cualquiera de ellas tenga la aptitud de reducir sustancialmente la competencia.

37. A continuación, exponen la situación de los cuatros locales referidos en el párrafo precedente, concluyendo en cada caso lo siguiente:

Local de Isla de Maipo:

Indican que el único local de SMU existente en la isócrona de 15 minutos correspondería a un Alvi que se ubica en la comuna de Talagante, a 10,1 kilómetros de distancia del local de Montserrat, y que por ser un formato mayorista se orientaría a otro tipo de cliente y que, tanto el formato como la referida distancia permitirían descartar que exista una cercanía competitiva relevante entre los ambos locales. Agregan que el competidor más cercano del local de Montserrat es un Super Bodega Acuenta, que quedaría como el único local relevante para el centro de la comuna de Isla de Maipo en el caso de que el local de Montserrat se mantenga cerrado y que, en dicho contexto, el arrendamiento de este por parte de SMU permitiría la entrada de un segundo competidor en el centro de la comuna. Aseveran finalmente que, además, existirán terrenos en la comuna aptos para el desarrollo de supermercados, lo que llevaría a descartar la existencia de limitaciones de entrada vinculadas a una eventual falta de inmuebles.

Local de Puente Alto:

Señalan que, aún bajo la isócrona de 15 minutos, en este mercado se mantendrían dos actores con participaciones de mercado muy superiores a la de SMU. En efecto, mientras SMU alcanzaría un 17%, Walmart tendría un 35,7% y Cencosud un 29,4% del mercado. Por otro lado, indican que los locales de SMU se encuentran bastante más alejados del local de Montserrat que sus competidores según se indicaría en la Minuta HHI. El local más cercano de SMU se encontraría a 3,2 kilómetros del de Montserrat, existiendo 11 locales de competidores a una menor distancia. Precisan que el local de Montserrat que se arrendaría se encuentra cerca de la plaza de Puente Alto, donde se ubica otro local de Montserrat que no se encontraría incluido en el Contrato Marco ni en la Propuesta de Exclusividad.

Local Limache:

Señalan que luego de la Operación se mantendrían dos actores con participaciones superiores al 30%, correspondientes a Cencosud con un 32,7% y Walmart con un 30,9%", ambos por encima de la que alcanzaría SMU y que, en esta comuna se encontrarían dos zonas marcadamente separadas según se explicaría en la Minuta HHI. Una corresponde al centro antiguo, que cuenta con un local de Montserrat (el que se arrendaría por SMU), un Hipermercado Líder y un Santa Isabel. Y una zona nueva, a más de dos kilómetros distancia, en la cual existen locales de Santa Isabel, Super Bodega Acuenta y un Unimarc. Por lo tanto, en términos geográficos, la mayor competencia para el caso del local de Montserrat, ubicado en el centro antiguo, la ejercerían los locales de Walmart y Cencosud, y no los de SMU.

Local de Los Andes:

Finalmente, para este local señalan que, si bien el incremento en el HHI es muy menor (103), existirían elementos que llevarían a descartar que esta Operación pudiese generar riesgos de competencia. Por una parte, luego de la Operación se mantendrían dos actores con participaciones de mercado muy superiores a la que alcanzaría SMU (Cencosud con un 32,7% y Walmart con un 32,4%, mientras que SMU llegaría al 14,6%). Y, por otra parte, en la zona más cercana al local de Montserrat que se arrendaría a SMU existe muy importante competencia, en un radio de dos kilómetros a este local habría tres supermercados de Cencosud, tres de Walmart, dos de SMU y uno de Tottus.

38. A continuación, dan cuenta de la evolución del *e-commerce*, que también constituiría un cambio relevante en el mercado, lo que habría generado que tanto Walmart como Cencosud consolidasen su alta participación en el mercado supermercadista. Dichas empresas habrían incrementado sustancialmente sus ventas en este canal, al aumentar sus participaciones de mercado a través de su integración con plataformas de *delivery* tanto propias como de terceros, y señalan como ejemplo el caso de Cornershop. En opinión de las Consultantes, lo anterior, explicaría el aumento en ventas por metros cuadrados de los dos principales actores de la industria.

39. En relación con el mercado aguas arriba, de aprovisionamiento mayorista, las Consultantes sostienen que existiría consenso en que este tendría un alcance nacional, y que, la participación de SMU en este mercado habría disminuido en los últimos años bajo la lógica de que su participación en el mercado aguas abajo también habría ido disminuyendo considerablemente. Añaden que hoy tal definición sería ciertamente restrictiva y no consideraría el impacto que está teniendo la irrupción del *e-commerce* en el mercado y los efectos de la integración aguas abajo de muchos proveedores, los que estarían adoptando modelos que les

permiten la atención directa de los consumidores finales, señalando como ejemplos los casos de Coca-Cola y CCU.

40. Respecto de este mercado, las Consultantes estiman que la operación contemplada en el Contrato Marco prácticamente no generaría impacto. Consideran que la suma de las participaciones de mercado de SMU y Montserrat S.A. al 2021 serían menores a la participación que SMU detentaba de forma individual el 2012.

41. Sobre el particular, señalan que en la reciente Resolución Nº 65/202, recaída en el arrendamiento de un local de Valdivia por Cencosud, el Tribunal no habría considerado necesario entrar a analizar el mercado de aprovisionamiento en consideración a que la operación de concentración lo afectaba solo marginalmente, situación análoga a la que se presentaría con motivo del Contrato Marco.

42. En segundo lugar, sostienen que otro hecho y cambio sustancial que justificaría revisar la Condición Tercera, sería la nueva normativa que rige en materia de operaciones de concentración.

43. Al respecto, señalan que el nuevo sistema de control de operaciones de concentración que entró en vigor en el año 2016, mediante la Ley N° 20.945, constituiría un cambio normativo sustancial que justificaría el alzamiento o cancelación de la Condición Tercera. Añaden que el nuevo sistema permitirá revisar la operación de concentración propuesta por las Consultantes desde la perspectiva de la libre competencia, analizando la situación particular de cada uno de los locales involucrados, cuestión que constituiría una medida preventiva y de control que no existía al momento de dictarse la Resolución N° 43 y que, en conjunto con los demás antecedentes que se indicarían en la Consulta, se justificaría el alzamiento y/o revocación de la Condición Tercera.

44. En tercer lugar, dan cuenta de otro hecho nuevo y sustancial que justificaría alzar, modificar y/o alzar la Condición Tercera, consistente en la situación de Supermercados Montserrat S.A., enfatizando que se estaría ante la circunstancia de una empresa en crisis.

45. Sostienen que al momento de dictarse la Resolución N° 43, se esperaba que la desinversión de la participación minoritaria de SMU en Montserrat posibilitara la existencia y posible expansión de un actor relevante independiente que pudiese imprimir presión competitiva, aseverando que lo anterior no sucedió y que, por el contrario, luego de la venta de la participación accionaria que SMU mantenía en Montserrat el año 2014, dicha compañía comenzó a sufrir un progresivo deterioro en su posicionamiento competitivo. Agregan que, desde a lo menos el año 2019, a los problemas de posicionamiento competitivo de Montserrat se habrían venido

sumando serias dificultades operacionales, económicas y financieras, llevando incluso a que se solicitara su liquidación ante la justicia ordinaria.

46. Señalan que todo lo anterior habría significado que Montserrat haya dejado el mercado supermercadista tras 40 años de operaciones y que, a la fecha de la presentación de la Consulta Montserrat no mantendría locales operativos.

47. Atendido el contexto descrito precedentemente, las Consultantes estiman que en el caso que no se materializara la Operación, para cuyos efectos se solicita el alzamiento de la Condición Tercera, los locales que Montserrat operaba se mantendrían por largo tiempo inutilizados y/o serían destinados a actividades distintas a la explotación supermercadista. Afirman que los arriendos de locales que plantea SMU constituirían la mejor alternativa para que los activos supermercadistas de propiedad de Inmobiliaria Santander no se pierdan, posibilitando que los consumidores se beneficien de una mejor, mayor y renovada oferta.

48. Por otra parte, indican que la grave crisis que atraviesa Montserrat además de implicar un cambio significativo al mercado que justificaría el alzamiento de la Condición Tercera, dicha situación configuraría la denominada “defensa o excepción de empresa en crisis”, toda vez que se reunirían los requisitos para ello: (i) salida inminente del mercado, (ii) desaparición de los activos con motivo de tal salida, y (iii) inexistencia de otra alternativa menos gravosa que la operación de concentración para efectos de mantener en el mercado tales activos, enfatizando que ello debería ser evaluado por la FNE en el contexto de la notificación que se le realice.

49. Consignan que en el supuesto que los locales objeto del Contrato Marco no sean utilizados para el mercado supermercadista, la cadena Walmart aumentaría su participación de mercado en aproximadamente un 0,7%, teniendo en definitiva un 36,7% del mercado nacional, un 42,4% del mercado en la Región Metropolitana y un 40% del mercado en la Quinta Región, por cuanto estiman que Walmart sería quien podría capturar a la mayoría de los clientes que se atendían en los supermercados de Montserrat, según lo señalado en un estudio realizado por Georesearch (disponible en *https://geo-research.com/fin-de-montserrat-walmart-estaria-mejor-posicionada-para-capturar-su-publico/*). Añaden que en el caso que sea Walmart quien adquiera los locales que pretende SMU, su participación de mercado nacional aumentaría a un 37,8% y un 44,7% del mercado en la Región Metropolitana y un 41,2% del mercado en la Quinta Región, cuestión que demostraría la conveniencia desde el punto de vista de la libre competencia de que

sea SMU y no Walmart quien tome el control de los activos supermercadistas de Montserrat.

50. Concluyen que la operación propuesta por SMU permitiría no solo mantener los activos en el rubro para el beneficio de los consumidores, sino que además fortalecer su presencia en la Quinta Región y en la Región Metropolitana. Reiteran que estaríamos frente a un escenario totalmente distinto al existente el año 2012 y, en este contexto, la Operación para cuyos efectos se solicita el alzamiento y/o revocación de la Condición Tercera representaría la mejor alternativa para mantener y reactivar los activos supermercadistas que operaba Montserrat, permitiendo modernizar e incrementar la oferta supermercadista para los consumidores, generando una positiva dinámica desde la perspectiva de la inversión y el mercado laboral. Los eventuales riesgos para la competencia que se puedan derivar (los que serían inexistentes a su juicio) deberían ser objeto de análisis por parte de la FNE en el contexto de la notificación de la operación de concentración.

51. Posteriormente, las Consultantes exponen un conjunto de circunstancias que justificarían el alzamiento, modificación y/o revocación de la Condición Sexta, relacionadas con antecedentes de orden jurídico y económico que por su trascendencia ameritarían su modificación.

52. En primer lugar, se refieren a la modificación normativa del sistema de control de operaciones de concentración, en virtud de la cual actualmente sería la FNE la autoridad facultada para conocer *ex ante* de aquellas operaciones de concentración cuyos umbrales se encuentren dentro de los rangos establecidos en la Resolución Exenta que dicho organismo fije al efecto, de manera tal que, a partir del año 2017, este Tribunal habría dejado de ser el órgano llamado a conocer de la generalidad de las operaciones de concentración.

53. Indican que, al momento de la dictación de la Resolución N° 43 el procedimiento de control de operaciones de concentración seguido ante este Tribunal tenía un carácter voluntario, y no existía en esa época una disposición legal que estableciera su obligatoriedad; tampoco existían parámetros o umbrales específicos a ser considerados al momento de decidir someter o no la respectiva operación al análisis de la autoridad de libre competencia, por lo que consideran que resultaba entendible que en ciertos casos el Tribunal impusiera medidas como la Condición Sexta.

54. Exponen que la existencia de esta nueva normativa implicaría que la Condición Sexta resulte innecesaria y redundante, produciéndose una disparidad normativa y una desventaja competitiva para SMU, por cuanto le impone a esta y

sus relacionadas la obligación de concurrir ante este Tribunal para efectos de consultar cualquier operación de concentración que pretendan realizar en el ámbito supermercadista, a diferencia de lo que ocurre con diferentes agentes económicos (citando el caso de Walmart, obligada a notificar a la FNE), quienes se rigen por sistemas diversos en materia de control de operaciones de concentración, generando con ello mayores costos tanto para los privados como para la Administración del Estado, añadiendo que al encontrarse ante un procedimiento diverso, también se ven afectadas, pues no se les aplican los mismos plazos, ni las mismas reglas en el conocimiento de la materia.

55. En segundo lugar, se refieren a la evolución en las condiciones competitivas como hecho y cambio sustancial que permitiría el alzamiento de la Condición Sexta. Al respecto, afirman que, si bien los argumentos expuestos precedentemente justificarían por sí solos el alzamiento de la medida en comento, las actuales condiciones competitivas (ya expuestas en los párrafos anteriores a raíz de las justificaciones para que se someta a revisión la Condición Tercera) darían cuenta que resultaría absolutamente innecesario mantener un régimen de control de fusiones especial para SMU, añadiendo que tanto esta como sus relacionadas, detentarían en la actualidad solo el 17% de la participación en el mercado a nivel nacional, muy por debajo del factor de 25% consignado en la antes referida Condición Primera de la Resolución N° 43 (que, según las Consultantes, fijó en un 25% el parámetro para determinar qué empresas tendrían vetado comprar la unidad económica cuya venta fue dispuesta en la Condición Primera).

56. Concluyen que en razón de los anteriores argumentos, este Tribunal debe proceder al alzamiento, modificación y/o revocación de la Condición Sexta y, en subsidio, se proceda a su revisión, modificación y/o revocación en el sentido de disponer que SMU y sus relacionadas no estarán obligadas a consultar a este Tribunal cualquier operación de concentración en la industria supermercadista que pretendan ejecutar, sino que deberán notificarla a la FNE, con independencia de su cuantía, en el sentido de prescindir de los umbrales aplicables conforme al artículo 48 del Título IV del D.L. N° 211, y según el procedimiento contemplado en el mismo Título IV y demás normas aplicables.

57. Finalmente, en el segundo otrosí de su presentación, las Consultantes, ofrecieron diversos documentos que dicen relación con su solicitud, incluyendo la denominada Minuta HHI antes referida. Por su parte, a folio 58, ofreció el informe económico denominado “Análisis de las condiciones competitivas de la industria de supermercados en el marco de la consulta de SMU al TDLC”, elaborado por Econsult Capital SpA.

C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

58. A folio 16, el 7 de octubre de 2021, se dio inicio al procedimiento no contencioso de autos relativo a la solicitud de alzamiento, modificación y/o revocación de las condiciones Tercera y Sexta impuestas por este Tribunal mediante la Resolución Nº 43, de 12 de diciembre de 2012. En dicha resolución, se ordenó oficiar a la FNE; al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac); a la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G. (AGIP); a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (Conadecus); Organización de Consumidores y Usuarios (Odecu); a la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC); a la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile; a la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile (Confedech); y a la Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G. (Asach), a fin que estos, así como otras personas o entidades que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación en extracto, en el Diario Oficial, de la resolución; todo ello de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

59. Al folio 37, el 12 de enero de 2022, Inmobiliaria Santander aportó antecedentes, indicando que existirían nuevos antecedentes jurídicos y económicos que justifican la solicitud de SMU y Corpgroup Holding. Indica ser una sociedad de inversiones que actualmente es dueña de diversos inmuebles donde han funcionado los supermercados Montserrat, cuyo operador es Supermercados Montserrat S.A.

60. Agrega que ha celebrado un Contrato Marco para el Arrendamiento de Locales Comerciales, mediante el cual ha prometido dar en arrendamiento a SMU un conjunto de locales comerciales ubicados en las regiones Metropolitana y de Valparaíso. Además, se expresa que actualmente se encuentran sin operaciones supermercadistas y que con este contrato busca mantener la propiedad de los inmuebles, como también centrarse en el negocio inmobiliario. El acuerdo también implicaría la compra de los muebles asociados a los locales antes referidos.

61. Manifiesta que la operación de concentración que se busca perfeccionar, previa autorización de la FNE tendría un alcance limitado que no conllevaría cambios relevantes en las dinámicas competitivas que permitan considerar que ésta tenga aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados afectados.

62. La sociedad compareciente concuerda con la descripción realizada por las Consultantes en cuanto a que existen diversos cambios respecto al contexto en que se dictó la Condición Tercera, y con ello, nuevos antecedentes que justifican su alzamiento y/o revocación pura y simple, o en subsidio, su alzamiento, modificación o revocación parcial, en los términos solicitados por SMU.

63. Identifica como cambios, en primer lugar, la evolución en las condiciones competitivas del mercado supermercadista. Las participaciones de mercado habrían cambiado, y SMU habría disminuido su participación, en base a los metros cuadrados de las locales supermercadistas a nivel nacional, desde un 29,3% al momento en que se dictó la Resolución N° 43, a un 17% en 2021. Por su parte, Montserrat disminuyó su participación en dicho mercado desde un 3,6% a un 2,5% en el mismo periodo.

64. La caída en la participación de mercado es consistente con lo ocurrido en la Región Metropolitana. Entre julio de 2010 y junio de 2011, SMU tenía una participación de mercado de un 13%, medido en ventas, el que se redujo a un 12,2%, medido en metros cuadrados.

65. Por su parte, Montserrat representaría un 6% del mercado al año 2021, en base a metros cuadrados. Esta cifra sobre representaría la real participación de dicha empresa, si se considerasen las ventas por metro cuadrado puesto que ha cesado sus operaciones.

66. En la Quinta Región, donde se encuentran actualmente tres de los locales objeto del Contrato Marco, resultaría más evidente la reducción de la participación de mercado de SMU, la que habría disminuido de un 17% en el periodo 2010-2011 (medido en ventas) a un 10,2% en 2021 (medido en metros cuadrados). Por otro lado, Montserrat tendría solo un 1,9% de incidencia en el mercado, de acuerdo a metros cuadrados, lo que sería menor si se considerasen las ventas.

67. En segundo lugar, indica que la entrada en vigor de la nueva normativa sobre control de operaciones de concentración bajo la dirección exclusiva de la FNE implica que actualmente este Tribunal no es competente para conocer de operaciones como el arrendamiento de activos de Inmobiliaria Santander.

68. En tercer lugar, se refiere a la grave crisis financiera y económica de Montserrat, que al momento de la dictación de la Resolución N° 43 era considerado un actor relevante, capaz de generar presión competitiva. Describe que desde 2017 la compañía habría presentado una baja de ventas, agravada por el estallido social de 2019 y la posterior pandemia de Covid 19, la que no fue compensada con un aumento en las ventas *online*, por cuanto Montserrat no habría logrado desarrollar el canal de *e-commerce*, a raíz de sus problemas financieros. Esta baja de ventas

habría generado mayores problemas de liquidez, dificultando el cumplimiento de obligaciones con proveedores, lo que, a su vez, provocaba una disminución en la cantidad de mercadería disponible para venta. Esta situación habría conllevado que se interpusieran diversas acciones judiciales contra Montserrat. A lo anterior se sumaría que las compañías de seguro, que exigen los proveedores para la venta de mercadería, redujeron la línea de crédito otorgada a Montserrat, trabando aún más la operación de la compañía.

69. De acuerdo con Inmobiliaria Santander, estos argumentos permiten constituir la "defensa o excepción de empresa en crisis" para efectos del análisis que deberá hacer la FNE de la operación de concentración.

70. Indica que de no materializarse la operación con SMU, sería altamente probable que la empresa desaparezca, y los locales que Montserrat actualmente mantiene inutilizados como supermercados seguirían así por un tiempo extendido, lo que causaría perjuicios a los consumidores, quienes se verían perjudicados con una menor oferta. En este sentido, argumenta que el objeto de la operación sería reemplazar a un operador en crisis por un nuevo operador que cuenta con el tamaño y la tecnología necesaria para entrar el mercado, lo que en consecuencia imprimiría presión competitiva.

71. Por otro lado, respecto a la Condición Sexta, indica que el contexto normativo imperante a la fecha de su imposición era distinto al actual, por cuanto el Tribunal era el organismo competente para realizar el control de las operaciones de concentración, mediante un procedimiento de consulta. Con todo, desde 2016 es la FNE quien se encuentra privativamente encargada de conocer y controlar las operaciones de concentración en Chile. Por lo tanto, se encontraría derogado el procedimiento de consulta ante este Tribunal, siendo reemplazado por el sistema obligatorio de notificación que otorga dicha facultad a la FNE.

72. En consecuencia, según la consultante mantener la Condición Sexta crearía una diferenciación normativa al establecer dos procedimientos diversos para los agentes económicos que participan de un mismo mercado. Concluye que la solicitud de SMU y Corpgroup Holding debe ser acogida.

73. A folio 40, el 12 de enero de 2022, Walmart aportó antecedentes, rechazando el análisis competitivo realizado por las Consultantes.

74. Walmart cuestiona que la Consulta sostenga que, si los locales objeto del contrato no son utilizados para el mercado supermercadista por SMU, sería Walmart quien captaría los clientes y aumentaría su poder de mercado, y aún más, que se sugiera que la adquisición de los locales referidos por parte de Walmart no sería conveniente desde un punto de vista de la libre competencia.

75. Manifiesta que el análisis planteado por las Consultantes es improcedente, en primer lugar, por cuanto ignoraría que Walmart respeta la libre competencia, y sin estar obligado a ello, ha notificado voluntariamente a la FNE operaciones de concentración vinculados a Inmobiliaria Santander.

76. En segundo lugar, lo que señala la Consulta sería jurídicamente errado ya que pese a que la operación de concentración notificada por Walmart a la FNE el año 2021, consistió en la celebración de tres contratos de arrendamiento de largo plazo con Inmobiliaria Santander, que era de competencia exclusiva y excluyente de la FNE, los Consultantes parecen sugerir que este Tribunal habría sido el organismo idóneo para pronunciarse sobre la misma.

77. Por último, indica que lo señalado por la Consulta respecto de la anterior operación de concentración, habría pasado a carecer de objeto, por cuanto dicha operación no se perfeccionará por haber terminado los contratos de promesa subyacentes.

78. A folio 41, el 12 de enero de 2022, la FNE aportó antecedentes describiendo, en primer lugar, la Consulta. A continuación, se refiere a la Resolución N° 43 y luego a la procedencia de la revisión de medidas de mitigación impuestas por este Tribunal en el marco de un procedimiento no contencioso, sosteniendo que la competencia radica en el mismo, tanto antes como después de la entrada en vigencia de Ley N° 20.945 que modificó el D.L. N° 211, en lo que respecta a operaciones de concentración, a contar del 1º de junio de 2017.

79. Después, se refiere al estándar aplicable a la revisión o alzamiento de medidas de mitigación impuestas como condiciones para perfeccionar una operación de concentración y argumenta que este estándar debe ser de naturaleza finalista. Expone que, en consecuencia, corresponde analizar los nuevos antecedentes para acreditar que ha ocurrido un cambio significativo y de carácter permanente en la estructura del mercado, que torne las medidas de mitigación inoficiosas o inconducentes para el fin originalmente perseguido con su imposición, a la luz del artículo 32 del D.L. N° 211, haciendo presente que dicho análisis no implica un pronunciamiento expreso o tácito por parte de la FNE de los efectos actuales o potenciales de la Operación entre SMU, CorpGroup Holding y Montserrat, ni tampoco de si la Operación podría o no resultar apta para reducir sustancialmente la competencia en los términos del Título IV del D.L. N° 211.

80. A continuación, la Fiscalía realiza un análisis competitivo de la industria. Para estos efectos comienza revisando si han existido o no cambios en las circunstancias que hagan necesario la modificación o alzamiento de las Condiciones. La FNE explica que el diseño de las Condiciones de la Resolución N°

43 supone la existencia de un marco normativo actualmente derogado, citando al efecto la Resolución N° 64/2021, en causa rol NC 461-19 sobre Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N° 1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007 (en adelante "Consulta GLR"), que señaló que la incorporación de la nueva Ley N° 20.945 produjo un cambio de circunstancias jurídicas, lo cual sería replicable a propósito de la Condición Sexta. Respecto de la Condición Tercera, particularmente, sobre la posibilidad de que SMU readquiera participación en Montserrat, si bien la situación de hecho que motivó la imposición de la Condición Tercera sería diferente, igualmente podría argumentarse un cambio de circunstancias jurídicas.

81. Agrega que, respecto de la Condición Tercera, el fin preventivo buscado con la desinversión, una vez materializada, se diluye si es que una nueva adquisición será revisada *ex ante* o *ex post* por la autoridad de libre competencia, la cual hoy sería la Fiscalía, conforme a las reglas del artículo 48 del D.L. N° 211. Concluye que los cambios normativos tras la entrada en vigencia de la nueva Ley constituyen a su juicio un cambio relevante de circunstancias jurídicas que tienen un efecto sobre la vigencia de las Condiciones.

82. Luego la FNE indica que el objeto del informe aportado no es entregar un análisis prospectivo de los efectos de la Operación en cuestión, sino que exponer la estructura del mercado y su evolución en los años transcurridos desde que se dictó la Resolución N° 43 hasta la presente Consulta, a fin de otorgar a este Tribunal las herramientas para que pueda resolver si ha ocurrido o no un cambio de circunstancias que justifique el alzamiento o modificación de las Condiciones.

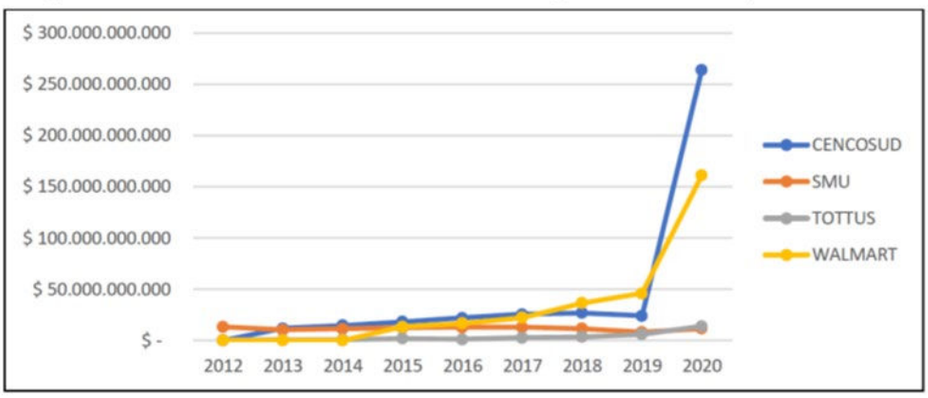
83. En cuanto al mercado relevante del producto, indica que al igual que las Consultantes coincide con la definición expuesta por este Tribunal y la Excma. Corte Suprema, esto es, "*el mercado relevante de producto de los supermercados consistiría en el de aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar para consumidores finales*" (Resolución N° 43, p. 38-39, y la respectiva sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2013, Rol ingreso C.S. N° 346-2013, p. 38, que rechazó las reclamaciones interpuestas en su contra). Los consumidores pueden adquirir una amplia variedad de productos de forma conjunta y en una misma oportunidad, bajo la modalidad conocida como *one stop shopping*. Asimismo, afirma que los supermercados compiten por el aprovisionamiento mayorista de proveedores o distribuidores los que según la Resolución N° 43 se

definió como "*el mercado relevante aguas arriba de aprovisionamiento mayorista de productos alimenticios y no alimenticios para consumo periódico en el hogar*".

84. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía indica que la presente Consulta ahondaría en un asunto que podría cuestionar dicha definición tradicional, como sería la irrupción del comercio electrónico y el auge que las ventas a distancia en este último tiempo.

85. En cuanto al desarrollo del comercio electrónico, la Fiscalía señala que en el mercado supermercadista, entre el año 2012 y 2018, la evolución de las ventas realizadas mediante el canal *online* presentó un crecimiento limitado, manteniéndose, para las cuatro cadenas supermercadistas con presencia nacional, por debajo del 1% de las ventas totales de la cadena y que, para el año 2019, dicho mercado habría sufrido una evolución de gran impacto, anotando un crecimiento superior al 500% en este segmento de ventas, impulsado principalmente por el aumento en las ventas *online* experimentado por las cadenas Cencosud y Walmart. A continuación se muestra la figura y fuentes utilizadas, que contiene la información proporcionada sobre ventas *online* por la FNE:

Figura 8. Evolución de las ventas *online* de las cuatro grandes cadenas supermercadistas



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 41, p.18.

86. En lo que respecta a la cadena de supermercados de SMU, indica que las ventas *online* se han mantenido relativamente constantes desde el año 2012, sin superar el 1% de las ventas totales de la cadena. Concluye que, a pesar del importante crecimiento que este segmento o canal de venta ha experimentado en los últimos dos años, su desarrollo sigue siendo muy incipiente y se encuentra fuertemente influenciado por el impacto causado por las restricciones introducidas producto de la crisis sanitaria que comenzó el año 2020 y que el verdadero alcance de la irrupción del canal de venta *online* a largo plazo, y su impacto en la industria física supermercadista, aún no es razonablemente posible de proyectar.

87. Asimismo, agrega que el segmento de venta *online* correspondería a un mercado relevante separado de la compra presencial de supermercados, lo cual

sería consistente con la jurisprudencia comparada y que, a pesar de que ciertos parámetros de competencia son similares (como el precio y calidad de los productos), entre los distintos canales de venta existen otras características que resultarían especificas a las ventas en línea, como los pagos por despacho, interfaz de las aplicaciones móviles o sitios *web*, membresías, entre otros. y, adicionalmente, la preferencia de los consumidores finales y los esfuerzos de los actores respecto del canal *online* recaerían también en elementos propios de este segmento, como son el tiempo y la experiencia de los consumidores.

88. La Fiscalía estima que los locales objeto -esto es, objeto de la Operación y que SMU pretende arrendar por medio del Contrato Marco y aquellos que CorpGroup Holding compraría- deben ser considerados como agentes económicos en sí mismos. Estas tienen la potencialidad de constituirse en competidores respecto de los demás actores del mercado, a pesar de no presentar ventas en la actualidad por encontrarse hoy en día fuera de operación, puesto que los activos que integran cada uno de los locales objeto no son meros factores productivos que SMU podría adquirir de forma aislada en el mercado sino que, los activos considerados como unidades en su conjunto, destinados al mercado de aprovisionamiento minorista, con ubicaciones estratégicas para estos servicios y con reconocimiento por parte de la clientela, sumado al escaso tiempo que llevan en desuso, otorgan a los locales objeto la capacidad de ejercer y continuar una actividad económica, como agentes económicos independientes.

89. Atendido lo anterior, la FNE considera a Montserrat como un competidor más para evaluar si las circunstancias de la industria han experimentado cambios desde el año 2012 a esta fecha. Aclarado ello, la Fiscalía realiza un análisis a las variaciones que ha tenido el mercado de supermercados durante los últimos ocho años a nivel nacional, regional, y en las distintas localidades que eventualmente serían afectadas por la Operación que sirve de base a la Consulta.

90. A nivel nacional, la FNE indica que las ventas de supermercados se concentran mayoritariamente en cuatro grupos empresariales, los cuales tendrían una amplia cobertura también en la Región Metropolitana y en la de Valparaíso: (i) la Consultante, SMU, con 378 locales operando bajo las marcas Unimarc, Alvi y Mayorista 10; (ii) Walmart que opera alrededor de 354 tiendas bajo las marcas Líder, Líder Express, Superbodega Acuenta y Central Mayorista, posicionándose como la cadena de supermercados más grande del país en base a ingresos; (iii) Cencosud, con aproximadamente 246 locales operando bajo las marcas Jumbo y Santa Isabel; y (iv) Grupo Falabella, quien mediante su marca Tottus, administrada por su filial Hipermercados Tottus S.A, operando 67 locales en el país.

91. Concluye que, sobre la base de los antecedentes recabados en su investigación, las distintas cadenas y marcas de supermercados habrían ido logrando un posicionamiento en el mercado mediante distintas estrategias competitivas, a través de las cuales pretenden imprimir una diferenciación entre sus distintas marcas. Sostiene que, en relación con la evolución de ventas en pesos chilenos, con la única excepción de Montserrat, los actores supermercadistas habrían mantenido en general una tendencia al alza, destacándose a Walmart como el competidor que más ha aumentado sus ventas en los últimos años, aunque Cencosud sería el competidor que proporcionalmente ha aumentado más su participación de mercado. Se presentan a continuación las tablas que contienen la información proporcionada por la FNE.

Tabla 1. Ventas a nivel nacional por grupo empresarial (en miles de pesos CLP)

Cadena	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Walmart[80]	Sin información	Sin información	3.290.804	3.621.881	3.882.692	4.170.744	4.475.854	4.545.292	5.022.984
Cencosud	2.067.122	2.234.860	2.365.058	2.512.739	2.622.489	2.700.712	2.789.306	2.825.006	3.330.865
SMU	2.059.187	1.791.075	1.869.433	1.985.888	2.103.219	2.135.611	2.166.510	2.156.489	2.173.051
Tottus	460.857	531.612	605.151	662.177	699.631	727.683	762.188	733.899	834.982
Montserrat	113.972	118.790	124.260	133.527	129.374	118.006	101.058	71.285	20.972
Erbi	11.320	10.028	10.156	10.943	11.684	13.191	13.941	14.225	18.609

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 41, p.24.

92. A continuación, la FNE analiza la evolución para la Región Metropolitana, donde se emplazan los 24 locales objeto del Convenio Marco y Propuesta de Exclusividad. Indica que esta Región, manifiesta una alta concentración de la industria supermercadista. En efecto, tres cadenas (Walmart, Cencosud y SMU) concentran en su conjunto el 90% de la participación en el mercado en base a ventas y un 76% de superficie de las salas de venta. Agrega que en el periodo 2014–2020, posterior a la Fusión SMU/Supermercados del Sur, la cadena Walmart habría consolidado su participación en el mercado, liderando la industria con una participación de 43,8% en 2014 y de 45,7% en 2020. De manera similar, Cencosud habría tenido un aumento de 29,9% en 2014 a 32,4% en 2020. En contraste, SMU mostraría un alza en su participación hasta el año 2016, para posteriormente reducir su participación alcanzando un 12,2% en 2020. En cuanto a Montserrat, indica que su participación ha disminuido drásticamente, alcanzando cifras marginales en comparación al resto de la industria, desde 3,1% en 2014 a un 0,4% en 2020, cesando en sus operaciones progresivamente desde 2018:

Tabla 4. Participaciones de mercado en la Región Metropolitana 2014 - 2020

Cadena	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Walmart[87]	43,8%	43,7%	43,9%	45,1%	46,6%	46,9%	45,7%
Cencosud	29,9%	29,8%	29,7%	29,3%	28,8%	29,7%	32,4%
SMU	12,8%	13,1%	13,6%	13,2%	12,7%	12,7%	12,2%
Tottus	10,1%	10,1%	9,8%	9,7%	9,6%	9,1%	9,0%
Montserrat	3,1%	3,1%	2,8%	2,4%	2,0%	1,4%	0,4%
Erbi	0,2%	0,2%	0,3%	0,3%	0,3%	0,3%	0,3%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 41, p.26.

93. Luego, realiza un análisis pormenorizado por sectores de la Región Metropolita, dividiéndola en: (I) Región Metropolita Norte; (ii) Región Metropolitana Oriente; (iii) Región Metropolita Centro; (iv) Región Metropolitana Poniente; (v) Región Metropolitana Sur; y, (vi) Zona no urbana de la Región Metropolitana.

94. Por otro lado, continúa su análisis en lo que respecta a la Región de Valparaíso. Sostiene que según la Resolución N° 43, entre julio de 2010 y junio de 2011 las participaciones de mercado en base a ventas totales fueron: 42% para Cencosud; 29% para Walmart; 17% para SMU y Supermercados del Sur; y 6% para Tottus. Indica que en 2020 la participación de mercado experimentó cambios, con el liderazgo de un 43% de las ventas totales para Walmart; 34,8% para Cencosud; 12,4% para SMU; 9,5% para Tottus; y, un 0,2% tanto para Monserrat como para Erbi. Concluye que en esta región también se apreciaría una alta concentración en las comunas de interés de la Operación, lo que revestiría relevancia en la especie considerando que, conforme al contrato suscrito entre SMU e Inmobiliaria Santander, tres locales se ubican en esta parte del país:

Tabla 17. Participaciones de mercado según ventas y metros cuadrados en la Región de Valparaíso

Cadena	% de participación en M^2	Ventas 2020
Walmart	2%	43,0%
Cencosud	59%	34,8%
SMU	13%	12,4%
Tottus	13%	9,5%
Montserrat	13%	0,2%
Erbi	Sin información	0,2%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 41, p.4.

95. En términos de metros cuadrados, indica que en la Región de Valparaíso, pese a la caída en la participación de mercado de Cencosud desde 2012, en la actualidad dicha cadena poseería el 59% de superficie de las salas de ventas, seguido por Montserrat y Tottus, con un 13,2% y 13,1%, respectivamente.

Asimismo, indica que entre 2014–2020 se observa que la participación de Walmart habría crecido de manera permanente, desde un 37,8% en 2014 a un 43% en 2020. Sin embargo, tanto Cencosud como SMU darían cuenta de una gradual reducción de su participación en el periodo, desde un 38,3% en 2014 a un 34,8% en 2020 para Cencosud, y desde un 14,4% en 2014 a un 12,4% en 2020 para SMU. Respecto del resto de las cadenas, señala que gozarían de casi el 10% del mercado en la zona y que la disminución más relevante se evidenciaría respecto de Montserrat, que en 2014 poseía un 1,1% de participación y en 2020 alcanzó sólo un 0,2% en la zona, igualando a la cadena Erbi.

Tabla 18. Participaciones de mercado según ventas en la Región de Valparaíso 2014 - 2020[111]

Cadena	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Walmart[112]	37,8%	39,0%	39,8%	41,1%	41,6%	42,4%	43,0%
Cencosud	38,3%	36,5%	35,4%	34,5%	33,9%	33,8%	34,8%
SMU	14,4%	14,3%	14,2%	14,0%	13,9%	13,9%	12,4%
Tottus	8,3%	9,0%	9,4%	9,5%	9,8%	9,2%	9,5%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 41, p.41.

96. Luego, al igual que para el caso de la Región Metropolitana, la Fiscalía expone su análisis de la situación de las comunas de Los Andes, Viña del Mar y Limache, donde se ubican tres de los 22 locales objeto de la Operación.

97. En cuanto al mercado relevante geográfico aguas abajo, la FNE sostiene que este sería local, definiéndose en base a viajes en vehículo de cinco, diez o 15 minutos. Posteriormente la Fiscalía realiza un análisis estructural que busca presentar la concentración en cada uno de los mercados geográficos en que participa Montserrat mediante los locales objeto.

98. Al efecto, la FNE consideró isócronas de 15 minutos que usan como centro cada local objeto. Sostiene que los HHI medidos por superficie del local indicarían mercados altamente concentrados para la mayoría de las isócronas, con excepción de aquellas generadas para los locales de Colina, Independencia, El Bosque y Pirque, que muestran mercados medianamente concentrados. Por su parte, el índice de concentración medido según número de actores mostraría mercados altamente concentrados en la mayoría de los casos, salvo en las isócronas referidas a los locales de Las Condes, Colina, Independencia, Quinta Normal, El Bosque y Pirque, en que el índice indicaría mercados medianamente concentrados. Finalmente, el índice de concentración medido por ventas del año 2018 mostraría que todos los mercados geográficos estarían altamente concentrados:

Local	Dirección	Superficie en M^2	Número de actores	Ventas 2018 (en miles de CLP)
Local 04	Las Condes, Av. Las Condes 9350	3088	2277	3548
Local 05	Colina, General San Martín 68	2700	1800	2738
Local 06	Independencia, Av. Independencia 2181	2193	2310	2689
Local 08	Quinta Normal, Joaquín Walker Martínez 1650	2607	2346	3035
Local 09	La Florida, Av. La Florida 7500	2716	2461	3221
Local 11	La Florida, Vicuña Mackenna 12437	2859	2514	3759
Local 12	Peñalolén, Av. Grecia 8585	3456	2975	3962
Local 13	Maipú, Alfredo Silva Carvallo 1401	2855	2867	3153
Local 14	Renca, Domingo Sta. María 4112	2377	2250	2729
Local 15	Estación Central, Av. Gladys Marín 6950	3087	2467	3514
Local 16	El Bosque, Gran Avenida 13125	2158	2101	2671
Local 19	Quilicura, José Francisco Vergara 159	3339	2346	3727
Local 21	Paine, Av. General Baquedano 890	3337	2653	4067
Local 22	Peñaflor, Balmaceda 503	2244	2457	2506
Local 23	Los Andes, Hermanos Clark 55	3590	2500	4670
Local 24	Isla de Maipo Santelices 641	6551	5000	5045
Local 25	Puente Alto, Av. México 1915	2533	2400	3217
Local 26	Renca, José Manuel Balmaceda 44569	2519	2163	2871
Local 28	Macul, Av. Macul 3578	3289	2802	4062
Local 31	Concón, Av. Edmundo Eluchans 1980	3120	2200	4105
Local 32	Pirque, Ramón Subercaseaux 320	2549	3061	2944
Local 33	Puente Alto, Santa Josefina 40	2361	2355	2810
Local 35	Limache, Arturo Prat 15	3568	3750	4639
Local 36	Renca, Av. Miraflores 8045	3419	2397	3864

Fuente: Aporta de antecedentes FNE. folio 41, p.45.

99. Consecuentemente, para la Fiscalía resultaría evidente que cualquier nueva concentración entre actores presentes en el mercado ameritaría que esta realizara, en el marco de la normativa del Título IV del DL N° 211, un análisis prospectivo de sus efectos en la estructura competitiva del mercado, enfocado principalmente en el análisis de cercanía competitiva entre los actores presentes en cada mercado geográfico y la cuantificación de los potenciales efectos que la operación pudiese generar.

100. Luego la FNE expone la evolución del cambio de circunstancias. Primero, indica que desde una desde una perspectiva de los supuestos económicos que sustentaron el establecimiento de la Condición Tercera en la Resolución N° 43, de los antecedentes recabados en su investigación, ya expuestos en los párrafos precedentes, concluye que no habría existido una variación significativa y permanente en la estructura de mercado entre el año 2012 y la actualidad. Afirma que el mercado supermercadista en Chile seguiría siendo un mercado altamente concentrado y con escasez de actores que ejerzan presión a las cadenas nacionales ya consolidadas, existiendo además importantes barreras a la entrada que dificultarían la concurrencia de nuevos competidores, tal como concluyó en el año 2012 este Tribunal, y que los riesgos proyectados en ese entonces en la citada

resolución aún persistirían, al no existir variaciones sustanciales el mercado. Precisa que ello corresponde a una evaluación general y que podría cambiar al analizar cada mercado geográfico en específico y que, en caso de concretarse una operación de concentración en el futuro, debe ser evaluado *ex ante* en una instancia diferente a la Consulta.

101. En segundo lugar, sostiene que desde una perspectiva de los supuestos de hecho y de derecho que sustentaron el establecimiento de las Condiciones, efectivamente habrían acaecido cambios relevantes que tornan a la Condición Tercera y Condición Sexta en inconducentes para la finalidad originalmente perseguida, lo que en su opinión efectivamente ameritaría y justificaría su modificación, mas no su alzamiento o revocación.

102. A continuación, la FNE expone su análisis por cada condición mediante el cual justifica su conclusión:

103. La Fiscalía considera que el cambio en los supuestos jurídicos que sustentaron la imposición de la Condición Sexta no resulta suficiente para alzarla pura y simplemente, pues la información recabada en su investigación demostraría que los riesgos competitivos que este Tribunal avizoró al imponer esta obligación de consulta obligatoria en la Condición Sexta aún permanecen, pese al tiempo trascurrido desde la dictación de la Resolución N° 43. Afirma que el mercado continúa estando concentrado y la existencia de nuevas formas de venta, como las plataformas digitales, no alteraría relevantemente la competencia dentro del mismo.

104. Agrega que la aplicación de las normas generales del Título IV del D.L. N° 211 en materia de control de operaciones de concentración, en este mercado en específico, no lograría abarcar la adquisición de activos relevantes para competir, o un conjunto de ellos, toda vez que sería probable que una sala de ventas o incluso un conjunto de ellas no alcancen o superen los umbrales de ventas establecidos conforme al artículo 48 del mismo decreto ley. A este respecto, indica como ejemplo que, al contabilizarse las ventas de los locales objeto, en su conjunto, no superarían los umbrales de venta individuales establecidos en la letra b) del artículo 48 del D.L. N° 211, por lo que su eventual notificación a la Fiscalía no resultaría obligatoria para SMU o Montserrat.

105. Indica que la Guía de Competencia de la FNE señala que, tratándose de dos o más transacciones entre unos mismos agentes económicos durante un periodo inferior a dos años, el análisis de dicha operación de concentración debe realizarse de forma conjunta. Dicho concepto sería de inspiración y general aplicación a nivel comparado en materia de control de operaciones de concentración. Su objeto sería

asegurar que las partes no dividan sus operaciones en múltiples transacciones, dentro de un periodo de tiempo, con el ánimo de evadir el control de operaciones de concentración

106. En conclusión, la FNE, considera que no es conveniente alzar a SMU pura y simplemente la Condición Sexta, pues de aplicarse las normas generales del Título IV del D.L. N° 211, sería posible que muchas operaciones de concentración en la industria supermercadista queden sin revisión *ex ante* y que, en consecuencia, el mercado incremente su concentración a pesar de la vigencia de un régimen preventivo. Lo anterior, considerando además que la norma del inciso noveno del artículo 48 del D.L. N° 211, que permite iniciar investigaciones de oficio una vez perfeccionada una operación de concentración no notificada, podría resultar insuficiente como política de competencia eficaz. Por el contrario, indica que este debe ser considerado como un control de *ultima ratio*, supletorio al control preventivo *ex ante* que debe preferirse, pues este permite prevenir el daño al consumidor antes de su ocurrencia.

107. En consecuencia, la Fiscalía considera apropiado lo señalado en subsidio por las Consultantes, en el sentido que la Condición Sexta sea reemplazada por una situación equivalente conforme a la nueva Ley. Lo anterior implica que, en la formas y plazos prescritos por el Título IV del D.L. N° 211, no será este Tribunal sino la FNE la encargada de revisar forzosamente todas las operaciones de concentración que las partes celebren, con prescindencia de los umbrales de venta establecidos en el artículo 48 del D.L. N° 211. Con ello se mantendría vigente la necesidad de cautela pretendida por la Resolución N° 43, adecuándola al cambio de circunstancias jurídicas y a la institucionalidad creada por la nueva Ley.

108. Respecto de la Condición Tercera, indica que, atendido que SMU enajenó todo participación, directa o indirecta en Supermercados Montserrat S.A., junto a los activos relacionados con el giro supermercadista en dicha empresa, dicha Condición se encontraría cumplida. De esta forma, la solicitud de las Consultantes se enmarcaría en una readquisición de activos desde el mismo agente económico que este Tribunal en 2012 ordenó desvincular a SMU como condición, tanto en participación accionaria como en activos, la cual que se habría impuesto producto de la consideración de Montserrat como un rival relevante de SMU, que le podría imprimir presión competitiva.

109. Al respecto, indica que debe considerarse que Montserrat se encuentra en una situación de crisis económica consolidada, con sus locales comerciales fuera de operaciones, sin perjuicio que la FNE igualmente los considera como agentes económicos en sí mismos con potencialidad de volver a constituirse en rivales

respecto de los demás actores de la industria supermercadista si ha transcurrido un periodo razonable desde su cierre como salas de venta y mantienen su capacidad de generar una actividad económica.

110. En el caso en concreto, la Fiscalía reconoce que la situación competitiva ha variado radicalmente, que los locales objeto están en su totalidad cerrados desde hace varios meses y que, por tanto, los supuestos fácticos que llevaron a este Tribunal a imponer la Condición Tercera, en cuanto a la relevancia de Montserrat como rival de SMU han variado. A ello se suma la existencia de la circunstancia jurídica ocurrida con la dictación de la nueva Ley, concluyendo en definitiva apropiado alzar la Condición Tercera, toda vez, que al igual como se señaló respecto de la Condición Sexta, la Operación deberá ser igualmente notificada a la FNE, quien realizaría un análisis en la forma prevista en el Título IV del D.L. N° 211 y determinaría en concreto si la Operación genera o no un riesgo de reducción sustancial de la competencia.

111. Por último, la FNE afirma que los cambios en el marco normativo aplicable permiten sustentar que existió un cambio significativo y permanente en las circunstancias jurídicas que se tuvieron en consideración a la época en que se dictó la Resolución N° 43 que podrían constituir nuevos antecedentes a la luz del artículo 32 del D.L. N° 211. Lo anterior no obstante a que se observe una situación relativamente estática en el mercado supermercadista, el cual además se mantendría altamente concentrado.

112. Concluye la FNE que debería acogerse lo señalado por las Consultantes, alzándose la Condición Tercera y dar lugar a la pretensión subsidiaria de modificarse la Condición Sexta, debiendo SMU notificar sus operaciones de concentración a la FNE conforme al Título IV del D.L. N° 211, independientemente de si supera o no los umbrales del artículo 48 de esta misma normativa, para que sus efectos puedan ser revisados por esta Fiscalía siguiendo las reglas, plazos y procedimientos establecido en dicho Título IV.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

113. Al folio 43 consta la citación a la audiencia pública para el 29 de marzo de 2022, a las 09:30 horas. La publicación en el Diario Oficial se efectúo el 23 de febrero de 2022, según consta a folio 51. En la audiencia pública, que se realizó por videoconferencia, intervinieron los apoderados de la Consultante; la FNE e Inmobiliaria Santander, según consta en el certificado de folio 69.

II. PARTE CONSIDERATIVA

I. OBJETO DE LA CONSULTA

1. La Consulta tiene por objeto que se analice por este Tribunal si procede el alzamiento o modificación de dos de las seis condiciones que fueron impuestas al aprobarse la Fusión SMU/Supermercados del Sur el año 2012, mediante la Resolución N° 43. Las Consultantes SMU y CorpGroup Holding, que representan el grupo económico sobre el cual pesan estas condiciones, comparecen con motivo de una nueva operación de concentración, la que involucra el arriendo o compra de activos pertenecientes a la cadena Montserrat (la "Operación").

2. Las condiciones Tercera y Sexta, que constituyen la materia de la Consulta (las "Condiciones"), en resumen, impusieron a SMU y sus relacionadas la obligación de desprenderse de su participación en Montserrat, limitando a la contraparte compradora de estos activos a poseer una participación de mercado no superior al 25% medida en ventas anuales (Condición Tercera), y de consultar ante este Tribunal cualquier operación de concentración en la industria supermercadista (Condición Sexta).

3. Cabe precisar que la Consulta no va dirigida a obtener un pronunciamiento o aprobación de la Operación con Montserrat, ya que, si bien estos actos o contratos son fuente de la solicitud, las Consultantes señalan que esta será notificada a la FNE y revisada conforme al Título IV del D.L. N° 211, en cuanto se trata de una operación de concentración (Consulta, pp. 11 y 21). Por consiguiente, este Tribunal se abocará a resolver si es procedente el alzamiento o modificación de las Condiciones, sin que se analicen los efectos de la Operación que origina la Consulta, ni su conformidad con la normativa de libre competencia.

II. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

4. Las Condiciones fueron impuestas por este Tribunal en el ejercicio de la facultad consultiva del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, la que fue iniciada el año 2011 por consulta de SMU S.A. en el marco del procedimiento reglado en el artículo 31 de dicho decreto ley, de conformidad con el texto vigente a esa época. Dicha norma permite al Tribunal fijar condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos consultados y, a este respecto, procedía el establecimiento de condiciones o medidas para la aprobación de una operación de concentración, en particular, para procurar mitigar los riesgos para la libre competencia que pudieran generarse, identificados y ponderados en un análisis de naturaleza prospectivo al momento de evaluarse la misma.

5. Tales condiciones o medidas, impuestas en resoluciones dictadas en el marco del procedimiento descrito en el párrafo anterior, así como sus efectos, *"son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones"* (Sentencia N° 117/2011, c. 20°).

6. Para alzar o modificar una condición impuesta con motivo de un procedimiento de consulta, es necesario la presentación de una nueva consulta en la que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, conforme al artículo 32 del D.L. N° 211. En relación con lo anterior, la jurisprudencia en esta sede ha reconocido la posibilidad de modificar o alzar una condición, debiendo basarse la revisión que se haga de ellas en un cambio de circunstancias jurídicas o económicas (Sentencia N° 117/2011 c. 21°; Resolución N° 53/2018, párr. 123; y Resolución N° 57/2019, párr. 50, 51 y 52).

7. Para los efectos del pronunciamiento de fondo y, en el caso en concreto, la determinación de la finalidad de la medida es relevante para la nueva revisión que se haga de ella cuando se base en un cambio de circunstancias. Respecto de este aspecto del análisis, la Sentencia N° 147/2015 resolvió que las condiciones fijadas en procedimientos no contenciosos deben interpretarse considerando la finalidad y motivación de estas, con el objeto de que la medida propuesta sea eficaz. En su parte pertinente se estableció que "*toda medida preventiva o correctiva está compuesta no sólo de un objeto –esto es, una conducta exigida– sino también de una finalidad. En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma ('sensum') más que, a las palabras ('non verbum'), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal* (…) *no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva ideológica o funcional).*" (c. 10°).

8. La Resolución N° 64/2021 dictada en la Consulta GLR, que acogió la solicitud de alzamiento de determinadas condiciones impuestas en el mercado de la radiodifusión, confirma los anteriores precedentes.

9. Finalmente, no se puede obviar que existe un pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema en relación con las condiciones impuestas en la Resolución N° 43. En efecto, al acoger una demanda en contra de Cencosud S.A. por el incumplimiento de una de las medidas impuestas en la misma Resolución N° 43, la Corte resolvió que "*ante una Resolución que impone medidas conductuales a la incumbente -plenamente vigente- lo exigible es que aquella inicie el procedimiento no contencioso respectivo que permita dilucidar su situación actual en el mercado*

y analice la pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas"; y que un cambio o variación de condiciones de mercado, al agente económico obligado "*sólo autoriza para que solicite el cambio o eliminación de las medidas de mitigación en el procedimiento no contencioso correspondiente*" (Sentencia C.S. Rol N° 44.266-2017, c. 17°).

10. En consideración a lo anterior, procede analizar si los antecedentes aportados demuestran un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron el establecimiento de las Condiciones que la Consulta pide revisar, con el fin de resolver su alzamiento o modificación en cada caso.

III. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS OBJETO DE LA CONSULTA

11. La Resolución N° 43 impuso seis condiciones para la aprobación de la Fusión SMU/Supermercados del Sur que en conjunto tenían por objetivo una desinversión de activos, que posibilitarían la existencia y eventual expansión de un actor relevante distinto al que se formó con la Fusión SMU/Supermercados del Sur.

12. En efecto, en el párrafo 15.1. de la Resolución N° 43 se señaló que la fusión modificaba significativamente la estructura del mercado y relajaba la tensión competitiva. En consecuencia, el Tribunal indicó que "*ha optado por ordenar medidas de mitigación estructurales que apuntan tanto a los riesgos unilaterales, con la desinversión en las localidades o isócronas más concentradas en conjunto con los centros de distribución que posibilitarán su funcionamiento en condiciones más competitivas desde el inicio, como a los riesgos de conductas coordinadas, posibilitando la existencia y posible expansión de un actor relevante independiente que pueda imprimir presión competitiva, al imponer la enajenación de la participación que SMU tiene en la cadena de supermercados Montserrat*".

13. La Condición Primera impuso la obligación de enajenar una serie de locales ubicados en las zonas en donde se concluyó que existían riesgos unilaterales (párr. 14.1. y siguientes), y otros activos del mismo rubro. Los activos debían venderse en forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo los bienes del activo fijo propios del giro, a un mismo adquirente. SMU pudo elegir el local a ser enajenado, en las zonas en que pasaba a controlar más de un local. Esta condición exigió que el adquirente no podía estar relacionado directa ni indirectamente con SMU S.A., debiendo ser un agente económico distinto e independiente, y no podía tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de la Resolución N° 43.

14. La Condición Segunda, para mantener en operación los locales de la unidad económica a ser enajenada, obligaba a "*Mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente*

condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere". También regulaba las condiciones y precios con los proveedores de los supermercados de las localidades, para que no fuesen "*menos favorables*" en comparación con aquellos que no formaban parte del paquete de desinversión.

15. La Condición Tercera fue la que dispuso la venta del otro grupo de activos representados por la participación accionaria de SMU en Montserrat y los activos adscritos a su giro. Dispuso que "*SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa;*" y con las mismas restricciones para el adquirente que aquellas del primer grupo de activos de la Condición Primera: "*El o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales -a la fecha de esta resolución- en el mercado supermercadista a nivel nacional;*" [numeral 2) de la Condición Tercera, Resolución N° 43, p. 120].

16. Las Condiciones Cuarta y Quinta abordaron tanto el tratamiento de cláusulas de no competencia acordadas con los controladores de aquellas cadenas adquiridas por Supermercados del Sur, antes de la fusión, ajustándolas a un plazo máximo de dos años desde su suscripción original, como los términos y condiciones de contratación con proveedores, abarcando el alcance de los cobros que se podían hacer a los proveedores por la cadena resultante de la fusión.

17. Finalmente, la Condición Sexta impuso la obligación de consulta previa ante el Tribunal frente a operaciones de concentración.

18. Se revisará a continuación la justificación esgrimida en la Resolución N° 43 para imponer la Condición Tercera, para luego analizar, de conformidad con los antecedentes que obran en el expediente, si las motivaciones siguen vigentes. Luego, se hará la misma revisión respecto de la Condición Sexta, en particular, si las motivaciones han variado atendida la existencia de nuevos antecedentes económicos o jurídicos.

A. <u>Análisis relativo a la Condición Tercera</u>

19. Para evaluar esta condición corresponde revisar si el objeto de la medida se encuentra cumplido. Esta aproximación hace innecesario analizar los cambios de condiciones en el mercado, ya que este tipo de medidas tiene una finalidad concreta y se encuentra supeditada a un determinado plazo de cumplimiento. Su acatamiento no está subordinado a los efectos en el mercado de la desinversión o desprendimiento específico ordenado, ya que la naturaleza de estas medidas es que se adoptan para lo futuro, luego de un análisis prospectivo, sin que exista real certeza de su eficacia final.

20. Para tales efectos, cabe constatar que tanto las Consultantes (Consulta, p. 9) como la FNE (Aporte de antecedentes FNE, p.50) han dado cuenta del cumplimiento íntegro de la medida de desinversión que la Condición Tercera imponía. En efecto, el 19 de diciembre de 2014 SMU enajenó el total de su participación en Supermercados Montserrat S.A., mediante la venta a una sociedad vinculada a la familia Bada, controladora del 60% restante, encontrándose por consiguiente dicha condición cumplida.

21. De esta manera, la petición de alzamiento de la Condición Tercera aparece del todo procedente ya que se encuentra cumplida y, por lo tanto, ha agotado sus efectos jurídicos.

22. No obstante haberse cumplido la condición, de conformidad a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia C.S. Rol N° 44.266-17, se requiere que este Tribunal alce o modifique la referida Condición Tercera. Las Consultantes fundan su petición, no solo en el cumplimiento de la Condición Tercera, lo que es efectivo, sino que en la verificación de antecedentes nuevos y cambios sustanciales en las condiciones tenidas a la vista al momento de dictarse la Resolución N° 43. Asimismo, las Consultantes dan cuenta de los cambios experimentados en el sistema de control de operaciones de concentración, fuente principal de los cambios jurídicos que sustentan la solicitud, no tan solo respecto de la Condición Tercera sino también de la Condición Sexta.

23. Por último, las Consultantes presentan como fundamento la difícil situación que viene afectando a Montserrat, que ha derivado en su salida del mercado y en el riesgo que sus activos dejen de ser explotados en este mercado (Consulta, p. 11). A este respecto, cabe señalar desde ya, como se advirtió al determinarse el objeto de la presente Consulta, que no cabe en esta instancia emitir un pronunciamiento sobre la posición en el mercado de Montserrat, materia que está sujeta al control de la FNE en el marco de la evaluación que haga de la Operación, la que incluye el arriendo y venta de determinados locales, descrita en el párrafo dos y siguientes de la parte expositiva.

24. En opinión de este Tribunal, el mero cumplimiento de la medida de desinversión que imponía la Condición Tercera hace que la misma ya no tenga finalidad alguna que cumplir y ha perdido su objeto. Lo mismo acontece respecto de las exigencias que eran accesorias a la misma, que involucraban a las condiciones que debía reunir el adquirente –numeral 2) de la Condición Tercera–, debiendo en consecuencia darse lugar a la petición principal de las Consultantes en orden a dejar sin efecto la Condición Tercera en todas sus partes, sin que sea necesario pronunciarse sobre la petición subsidiaria de la Consulta.

B. <u>Análisis relativo a la Condición Sexta</u>

25. Analizadas las consideraciones relativas a la Condición Tercera, cabe entonces revisar la finalidad y justificación que habría motivado imponer a SMU el cumplimiento de la Condición Sexta. La Resolución N° 43 estableció como fundamento de la medida el actual sometimiento de las otras dos grandes cadenas de supermercados, en referencia a Walmart y Cencosud, a esta misma obligación de consulta previa (párr. 15.8.). A la fecha de la Resolución N° 43, regían obligaciones diferenciadas sobre las dos cadenas de supermercados más grandes para el control de operaciones de concentración en esta industria, las cuales subsisten hasta hoy, la obligación de informe o notificación a la FNE que recae sobre Walmart, y la consulta previa ante este Tribunal para Cencosud. Este último mecanismo fue el que en definitiva también se impuso a SMU mediante la Condición Sexta.

26. Al respecto, cabe considerar que, en lo que concierne a Walmart, con fecha 15 de enero de 2006 Distribución y Servicio D&S S.A., su antecesora, presentó un avenimiento con la FNE en la causa Rol C N° 101-06 sobre el requerimiento presentado en contra de las referidas cadenas, con ocasión de las adquisiciones de locales de supermercados iniciadas el año 2006. Este avenimiento impuso una obligación de informe o notificación a la FNE con una antelación no inferior a 30 días corridos a su perfeccionamiento, respecto de las operaciones de concentración de la cadena Walmart.

27. El 17 de enero de 2007, el Tribunal aprobó el mencionado avenimiento y consideró que, a esa fecha, "*sigue siendo recomendable desde el punto de vista de la libre competencia que éstas, en cuanto actores relevantes de dicho mercado, hagan uso de la facultad de consultar las operaciones de concentración, en que participen*". En particular, en relación con el mecanismo acordado para Walmart, se consideró que "*no obstante que el procedimiento de consulta pública que se solicitaba en autos por la FNE* [Consulta ante el Tribunal] *presenta claras ventajas en cuanto a transparencia y autoriza mecanismos de control más adecuados que los que supone la sola obligación de informar a la FNE las operaciones de concentración en este mercado, este Tribunal aprobará el avenimiento en dicho aspecto atendido que el mecanismo propuesto no impedirá a la FNE o a terceros accionar ante este Tribunal, en caso de que tales operaciones infrinjan o pongan en riesgo la competencia, y entendiendo además que, con la suscripción de este avenimiento, D&S estaría mostrando su intención de respetar las normas de defensa de la competencia y su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas, en cuanto actor relevante del mercado*" (considerandos 7° y 8°, causa Rol C N° 101-06).

28. Por su parte, a la fecha de la Resolución N° 43, pesaba sobre Cencosud S.A. la obligación de consulta previa ante el Tribunal impuesta en los mismos autos Rol C N° 101-06 referidos en el párrafo anterior al acoger este Tribunal el requerimiento de la FNE únicamente en contra de Cencosud (Sentencia N° 65/2008), puesto que el avenimiento con Walmart, antes reseñado, había puesto término al juicio a su respecto.

(i) El mercado relevante y evolución de sus condiciones de competencia

29. Es necesario analizar la evolución de las condiciones de competencia desde la fecha en que se impuso la Condición Sexta (año 2012) con el objeto de evaluar si se justifica alzar o modificarla por cambios en las circunstancias económicas, conforme solicitan las Consultantes. Este criterio de evaluación fue el aplicado en la Consulta GLR (Resolución N° 64/2021, párr.22 y siguientes).

30. La Resolución N° 43 y la Sentencia N° 65/2008 establecieron la existencia de dos mercados relevantes en los que participan los supermercados: (i) el "*aprovisionamiento periódico* […] *de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar [en tiendas de superficies destinadas para tal efecto], para consumidores finales*", es decir, en la distribución minorista, donde los supermercados actúan como oferentes; y (ii) el "*aprovisionamiento a supermercados por parte de proveedores mayoristas*", esto es, la provisión mayorista, dónde los supermercados actúan como demandantes de los bienes que posteriormente venden en sus salas de ventas (Resolución N° 43, párr.9.1 y Sentencia N° 65/2008, c. 53°, respectivamente).

31. El alcance geográfico del mercado de distribución minorista es "*local, en base a isócronas de 5 a 15 minutos en automóvil*". Sin perjuicio de lo anterior, se señaló que también es necesario "*analizar la estructura del mercado a nivel nacional*" por las ventajas en costos que tienen las cadenas de supermercados que operan a una escala multi regional. Esto último repercute en el análisis de entrada de nuevos actores al mercado. Por su parte, el alcance geográfico del mercado de aprovisionamiento mayorista es nacional (Resolución N° 43, párr.9.1 y Sentencia N° 65/2008, c. 54°, respectivamente).

32. Con respecto a las participaciones de mercado, en la Resolución N° 43 el Tribunal constató las siguientes participaciones medidas en valor (ventas $):

Tabla N° 1:
Participaciones de mercado (previo a la Fusión SMU/Supermercados del Sur)

Supermercado	Ventas ($)
Cencosud	28,4%
Walmart	36,4%
Tottus	6,0%
SMU	20,8%
Supermercados del Sur (SDS)	6,9%
Montserrat	1,5%
Total	**100%**
SMU + SDS	**27,7%**

Fuente: Resolución N° 43/2012, p. 43.

33. En vista de que el Tribunal impuso como medida de mitigación la enajenación de 18 supermercados de SMU o Supermercados del Sur, en diferentes comunas del país (Condición Primera), el análisis de la evolución de las condiciones de competencia que se realiza con el objeto de evaluar la pertinencia de alzar o modificar la Condición Sexta, debe emplear como punto de referencia inicial la participación de mercado de SMU después de haber dado cumplimiento a dicha condición.

34. En cuanto a la provisión mayorista a supermercados, en la Resolución N° 43 no se constataron las participaciones de mercado en ese segmento. No obstante respecto al mercado de aprovisionamiento mayorista, como bien señalan las Consultantes es esperable que la importancia de SMU como demandante de productos haya disminuido en proporción a como lo hizo su participación en la distribución minorista, según se verá a continuación.

35. En cuanto a la evolución que ha experimentado SMU en su participación de mercado en el segmento supermercadista a nivel nacional, la Fiscalía reporta las siguientes participaciones medidas en ventas anuales ($):

Tabla N° 2:

Participaciones de mercado según FNE (medidas en valor)

Cadena	2012 [*]	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Walmart		39,8%	40,6%	41,1%	42,3%	43,4%	43,9%	44,1%
Cencosud		28,6%	28,1%	27,8%	27,4%	27,1%	27,3%	29,2%
SMU	26,1%	22,6%	22,2%	22,3%	21,6%	21,0%	20,8%	19,1%
Tottus		7,3%	7,4%	7,4%	7,4%	7,4%	7,1%	7,3%
Montserrat		1,5%	1,5%	1,4%	1,2%	1,0%	0,7%	0,2%
Erbi		0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%
Total		**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**
Concentración HHI		2972	2990	3011	3061	3115	3161	3211
Concentración C2		68,4%	68,7%	68,8%	69,6%	70,5%	71,2%	73,3%
Concentración C3		91,1%	91,0%	91,1%	91,3%	91,5%	92,1%	92,3%

Fuente: elaboración propia en base a aporte de antecedentes FNE, folio 41, p. 24.
Nota: FNE indica que Walmart no reportó sus ventas de los años 2012 y 2013, por lo que no pudo construir participaciones de mercado para dichos años. Los índices de concentración C2 y C3 miden la participación conjunta de los dos y tres actores más grandes del mercado, respectivamente.
[*] Para efectos de calcular la participación de SMU en el año 2012, se consideró su situación posterior a que diese cumplimiento a la Condición Primera. Esta cifra se obtiene bajo el supuesto de que la participación de SMU disminuyó en la misma proporción que el número de supermercados, los que, por el cumplimiento de la Condición Primera, se redujeron de 317 a 299 locales, véase Resolución N° 43, p. 63.

36. De las anteriores consideraciones, se observa que, medido según los índices HHI, C2 y C3 el mercado está más concentrado. No obstante, SMU ha reducido su participación. En efecto, si se comparan las participaciones de mercado señaladas en la Resolución N° 43, ajustadas luego de la enajenación dispuesta en la Condición Primera (26,1%), con la evolución de las participaciones indicadas *supra*, se observa que la participación de SMU ha disminuido desde 26,1% (año 2012, luego de dar cumplimiento a la Condición Primera) a 19,1% (año 2020), es decir, su participación se ha visto reducida en siete puntos porcentuales, aproximadamente.

37. Cabe destacar que la participación al año 2020 de SMU (19,1%) es inferior al 25% que se estableció en la Resolución N° 43 como umbral máximo de participación que podía tener el comprador de los activos enajenados por SMU en cumplimiento de las dos obligaciones de desinversión de las Condiciones Primera y Tercera, antes descritas.

38. Esta disminución en la participación de mercado de la Consultante, particularmente en el contexto en el que el Tribunal estableció un punto crítico de participación de 25% para ser comprador elegible (véase párr. 15), y la literatura que sugiere el cambio sustancial que implica la existencia de un tercer actor relevante (véase, por ejemplo, Bresnahan, T. & P. Reiss (1991): “Entry and competition in concentrated markets”, Journal of Political Economy, vol. 99, n. 5, pp. 977-1093), permite afirmar que ha existido un cambio relevante en las

circunstancias económicas de SMU en comparación con la situación existente al momento de que se le impusiera la Condición Sexta. Este elemento, en conjunto con el cambio en las circunstancias jurídicas que se verá más adelante, será tenido en consideración en la parte resolutiva de la presente Consulta.

(ii) Riesgos que se intentaron precaver con la Condición Sexta

39. Habiéndose analizado los cambios que ha experimentado el mercado relevante desde la dictación de la Resolución N° 43, corresponde entonces evaluar si los riesgos que se buscaron precaver con la imposición de la Condición Sexta persisten.

40. La obligación de consulta impuesta en la Condición Sexta tuvo por objeto evitar que el mercado supermercadista continuara concentrándose. Por este motivo, el Tribunal optó por imponer una medida que replicó para SMU un sistema de control de operaciones de concentración que existía en esta industria para un actor, Cencosud, como se describió en los párrafos 25 y siguientes. La otra cadena con la mayor participación de mercado, Walmart, ya había acordado el año 2007 con la FNE un tratamiento distinto que no consideraba una consulta ante este Tribunal, sino que un informe a la FNE, lo que podía implicar dar inicio a un proceso investigativo, sin un efecto suspensivo de la operación, aunque nada obstaría a que la FNE o terceros pudieran ejercer acciones en contra de una operación en particular.

41. Habida cuenta de la relevancia de la forma en que puede darse aplicación a un sistema de control de operaciones de concentración en esta industria, para evaluar preventivamente los riesgos futuros para el mercado de tales operaciones, es preciso entonces revisar los cambios en los procedimientos aplicables, que pudieran motivar la revisión de la Condición Sexta.

(iii) Existencia de un cambio en las circunstancias jurídicas

42. Las Consultantes señalan, al igual que lo acontecido respecto de la causa Rol NC 461-19 en que se resolvió dejar sin efecto una medida similar a la Condición Sexta, en el mercado de la radiodifusión, que un antecedente jurídico relevante que amerita dejar sin efecto dicha condición es la dictación de la Ley N° 20.945. Esta normativa incorporó un sistema de control de operaciones de concentración, cuya entrada en vigor se inició el 1° de junio de 2017, en forma posterior a la Resolución N° 43. De acuerdo con este régimen, quienes han tomado parte en determinados actos o contratos y superado los umbrales fijados de ventas en Chile, deben notificar ante la FNE, previo a su perfeccionamiento, la respectiva operación de concentración, a efectos de evaluar sus efectos sobre la competencia.

43. A este respecto, las Consultantes sostienen que dado el actual estado de cosas la mantención de la Condición Sexta genera una disparidad normativa, ya que diferentes agentes económicos de la industria se rigen por sistemas diversos en materia de control de operaciones de concentración, lo que redunda en mayores costos, en una desventaja competitiva y carga excesiva para SMU (Consulta, p. 37). Por otra parte, argumenta que es la FNE la autoridad a quien toca conocer dichas materias (Consulta, p.p 43-44).

44. Sobre este último punto la FNE señaló, en el marco de la Consulta GLR, que no es posible sostener una derogación tácita de un estatuto ordenado por el Tribunal y refrendado por la Excma. Corte Suprema, a propósito de la entrada en vigencia de una ley posterior; y que esta pretendida derogación tácita, en rigor, sería una aplicación retroactiva de la nueva regulación a un caso anterior a su entrada en vigencia. No obstante, la FNE también concluyó que sería razonable respecto de todas las operaciones de concentración que GLR y sus relacionadas cumplan la medida dispuesta por el Tribunal conforme al procedimiento del Título IV, cualesquiera que sean sus umbrales. Lo anterior, por cuanto la medida ya no sería en la actualidad íntegramente "ejecutable" en la totalidad de las hipótesis que se pueden presentar, ya que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 el Tribunal ya no sería competente para conocer de las operaciones de concentración cuando éstas son de aquellas a las que se refiere el Titulo IV del D.L. N° 211 (Resolución N° 65/2021, párr.79).

45. En relación con este punto, el régimen legal aplicable a los asuntos sometidos al procedimiento del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 sufrió un cambio, ya que la Ley N° 20.945 circunscribió el alcance de dicha facultad a aquellos hechos, actos o contratos "*distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV*".

46. Cabe considerar que el artículo 47 del Título IV del D.L. N° 211, define por operación de concentración las que comprenden hechos, actos o convenciones, o un conjunto de ellos, que tengan por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades. Para los efectos de esta normativa, una operación de concentración se concreta por distintas vías que incluyen (i) fusión; (ii) adquisición de acciones o derechos, que permitan influir decisivamente en la administración de otro agente; (iii) adquisición del control de activos de otros; y, (iv) la asociación de dos o más agentes económicos que se unen para conformar otro agente independiente, que desempeñe sus funciones de forma permanente.

47. Es evidente que cualquiera de las vías antes referidas que hoy contempla el D.L. N° 211 se incluyen en el concepto de operación de concentración de la Condición Sexta, la que pretende capturar formas de adquisición de control o influencia decisiva de un actor del mercado sobre otro agente económico independiente, pudiendo incluir activos, tangibles o intangibles.

48. Por consiguiente, actualmente las Consultantes se encontrarían sujetas a las normas del Título IV del D.L. N° 211 y procedería entonces la notificación obligatoria a la FNE en caso de ser partes de una operación de concentración si se superan los umbrales de ventas fijadas por la FNE. De no superarse dichos umbrales, el mismo Título IV consagra como sistema de control supletorio disponible, que la FNE revise facultativamente la respectiva operación en la forma y plazos que establecen los incisos octavo y noveno del artículo 48 de dicho decreto ley.

49. De esta forma, la existencia del actual procedimiento de control de operaciones de concentración, que no estaba contemplado al momento de dictarse la Resolución N° 43, el año 2012, y que es aplicable a aquellos hechos, actos o contratos que abarca la Condición Sexta, constituye un cambio relevante en las circunstancias jurídicas que motivaron dicha medida.

50. Por último, la propuesta de la FNE de modificar la Condición Sexta, manteniendo un sistema de control *ad hoc* para SMU, implica la exigencia de notificación de operaciones de concentración cualquiera sea el nivel de umbrales de ventas de los agentes involucrados que exige la norma actual, pasando la FNE a ser "l*a encargada de revisar forzosamente todas las operaciones de concentración que las Partes celebren*". Para ello, la FNE argumenta sobre la existencia de un vacío regulatorio puesto que, difícilmente, se superarían los umbrales en la adquisición aislada de determinados locales comerciales (Aporte de antecedentes FNE, p.p 50 y 53).

51. Esta medida se configura como una obligación desproporcionada atendido el análisis de mercado y jurídico contenidos en los párrafos precedentes, ya que el establecimiento de un régimen especial para SMU no aparece justificado en este caso. En efecto, se han constatado cambios relevantes en la evolución del mercado, que incluyen la disminución en siete puntos porcentuales de la participación de SMU. A mayor abundamiento, es inferior al 25% que se estableció en la Resolución N° 43 como umbral máximo de participación que podía tener el comprador de los activos que se obligó desinvertir a SMU. Por otra parte, el control supletorio antes descrito faculta a la FNE para investigar operaciones de concentración que no se notifican por la vía general; ello lleva a concluir que no existe un vacío regulatorio ya que este mecanismo legal constituye un control

efectivo de las situaciones que puedan suscitarse respecto del traspaso de determinados activos a SMU.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 N° 2, 31 y 32 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Alzar la Condición tercera y la Condición sexta de la Resolución N° 43/2012, de 12 de diciembre de 2012.

Acordada la decisión relativa al alzamiento de la Condición Sexta, con el **voto en contra** de la Ministra Sra. Gorab, quien estuvo por acoger la petición subsidiaria de las Consultantes y la propuesta de la Fiscalía Nacional Económica de modificar dicha condición por cuanto discrepa del análisis expuesto en el voto de mayoría, en los párrafos 25 a 41. Ello se funda en las razones que se esgrimen a continuación.

a. El alzamiento o la modificación de medidas de mitigación que se han impuesto con motivo de una operación de concentración debe fundarse en un análisis finalista, esto es, es necesario dilucidar si las medidas se han vuelto inoficiosas o ineficaces en relación con los riesgos que se intentaron precaver o la finalidad que se persiguió originalmente. Ello se traduce, en específico, en que *"debe acreditarse un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron el establecimiento de dichas medidas"* (Resolución N°64/2021, § 11).

b. En este sentido, el estándar utilizado en derecho comparado es ilustrativo toda vez que requiere que las partes demuestren que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente (Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión, 2008/C 267/01, sobre cláusulas de revisión, § 74; en la misma línea, véase FNE a folio 41, p.p 10 y 11).

c. Desde esta manera, desde la perspectiva económica, ello implica en este caso (i) identificar los riesgos que se vislumbraron y se intentaron mitigar cuando se dictó la Resolución N°43, en 2012; (ii) desarrollar un análisis que compare la estructura del mercado supermercadista a la época en que se impuso la condición sexta y su evolución hasta la consulta.

d. En lo que respecta a (i), son especialmente relevantes los siguientes elementos:

(a) En la Resolución N°43 se señala que se trataba de un mercado altamente concentrado (V.gr. § 9.19) en que existían dos principales cadenas consolidadas de supermercados (Walmart y Cencosud). Adicionalmente, se relevó que *"(…) la fusión analizada en autos se da en un contexto en que prácticamente han desaparecido las cadenas independientes y, de aprobarse la operación consultada, quedará casi la totalidad del mercado en manos de tres grandes cadenas, sin verse amenazadas por competencia potencial durante un plazo significativo."* (§ 8.9).

(b) Luego, complementando el diagnóstico, se identifican las siguientes barreras a la entrada, a saber (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas por economías de escala y su consiguiente escala mínima eficiente, economías de ámbito y densidad (§ 9.20 y 9.33); (ii) la escasez de terrenos en los sectores de mayor densidad (§ 9.28); (iii) la calidad de actor de *retail* integrado que otorga ventajas competitivas con respecto a un potencial entrante meramente supermercadista (§ 9.34 y siguientes); (iv) la inexistencia de cadenas o supermercados independientes que permitan la expansión de nuevos entrantes; y (v) la posibilidad que tienen las empresas incumbentes de adoptar estrategias que, en los hechos, limitan la entrada de empresas rivales.

(c) El Tribunal concluyó que arribó a la convicción de que la fusión entre SMU y SDS modificaba significativamente la estructura del mercado y relajaba la tensión competitiva. Por ello, se señala, *"ha optado por ordenar medidas de mitigación estructurales que apuntan tanto a los riesgos unilaterales, con la desinversión en las localidades o isócronas más concentradas en conjunto con los centros de distribución que posibilitarán su funcionamiento en condiciones más competitivas desde el inicio, como a los riesgos de conductas coordinadas, posibilitando la existencia y posible expansión de un actor relevante independiente que pueda imprimir presión competitiva, al imponer la enajenación de la participación que SMU tiene en la cadena de supermercados Montserrat*." (§ 15.1)

e. Esta Ministra estima que es precisamente el análisis antes expuesto acerca de la estructura de mercado y de los riesgos que se proyectaron en la Resolución N°43 el que constituye la motivación de la imposición de la Condición Sexta por parte del Tribunal. Así, no comparte el voto de mayoría en cuanto sostiene que *"La Resolución N° 43 estableció como fundamento de la medida el actual sometimiento de las otras dos grandes cadenas de supermercados, en referencia*

a Walmart y Cencosud, a esta misma obligación de consulta previa (párrafo 15.8)" (párrafo 25). En efecto, en base al análisis sobre la estructura del mercado y la capacidad e incentivos de la entidad fusionada para incurrir en conductas anticompetitivas, en la Resolución N° 43 se indica que *se le ordenará a SMU someterse a la misma condición que tienen las otras dos grandes cadenas de supermercados, esto es, consultar al Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista -tanto en su segmento mayorista como minorista- en que intervenga de manera directa o indirecta en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores* (§ 15.8). Así, la existencia de una obligación de la misma naturaleza que entonces recaía sobre Walmart y Cencosud no se menciona como una razón que fundara la imposición de la Condición Sexta sobre SMU.

f. Establecido lo anterior, en lo concerniente al punto (ii), esto es, el análisis comparativo de la estructura de mercado, a juicio de esta sentenciadora, los antecedentes allegados dan cuenta que no ha existido una variación significativa y permanente entre el año 2012 y la consulta en cuestión. En efecto, por ejemplo, |los datos proporcionados por la FNE sobre participaciones de mercado, a nivel nacional, para las Regiones Metropolitana y Región de Valparaíso y a nivel local, muestran que si bien han transcurrido prácticamente 10 años desde la fusión SMU-SDS, el mercado continúa altamente concentrado. Más aun, tal como se señala en el voto de mayoría, los datos dan cuenta que "De las anteriores consideraciones, se observa que, medido según los índices HHI, C2 y C3 el mercado está más concentrado." (párrafo 36). Ello da cuenta de que no se ha logrado mitigar el riesgo que se intentó precaver en la Resolución N°43, que según se señala en el voto de mayoría, consistió en reducir la concentración en el mercado ("La obligación de consulta impuesta en la Condición Sexta tuvo por objeto evitar que el mercado supermercadista continuara concentrándose", párrafo 40).

g. Del mismo modo, SMU continúa figurando como el tercer actor con una brecha respecto del cuarto actor que se sitúa en torno a los 12 puntos porcentuales (Tottus). Asimismo, las barreras a la entrada que se identificaron en la Resolución N°43 persisten, lo que sugiere que no existen actores que puedan ejercer una presión competitiva eficaz sobre las dos principales cadenas nacionales consolidadas.

h. Por último, las Consultantes aducen que la irrupción del comercio electrónico constituiría un cambio relevante en el mercado. Sin embargo, a pesar de que este segmento ha experimentado crecimiento en los últimos años, su desarrollo es

aún incipiente (en base a respuesta a Oficio Ord. N° 1526, 1527, 1528, 1529, 1530 y 1531, cuyas versiones públicas fueron acompañadas por la FNE a folio 41) y la emergencia sanitaria que se inició en 2020 es un factor que impide estimar con precisión su verdadero impacto en el mercado y el cambio permanente en los hábitos de compra de los consumidores. Adicionalmente, es cuestionable que el segmento de comercio electrónico ("*online*") pertenezca al mismo mercado relevante de las ventas presenciales ("*brick and mortar*"), como lo ha resuelto la jurisprudencia comparada y las decisiones de la FNE en el mercado supermercadista (véase folio 41, p. 19).

i. En definitiva, los riesgos a la competencia que el Tribunal observó al imponer la Condición Sexta subsisten. Ello no fue desvirtuado por la Consultante y, por tanto, no se amerita un alzamiento de dicha condición.

j. Sin perjuicio de lo anterior, el cambio en el régimen jurídico que se expone en el voto de mayoría requiere una modificación de la Condición Sexta toda vez que la entrada en vigor de la Ley N°20.945 instauró un nuevo sistema de control de operaciones de concentración que confiere competencia exclusiva a la FNE para evaluarlas. Por tal motivo, esta Ministra está por acoger la petición subsidiaria de las Consultantes en el sentido de disponer que SMU y sus relacionadas estarán obligadas a notificar a la FNE cualquier operación de concentración en la industria supermercadista que pretendan ejecutar, con independencia de su cuantía, de conformidad con el procedimiento previsto en el Título IV del D.L. N° 211 y demás normas aplicables.

Notifíquese personalmente o por cédula a las Consultantes y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen la notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Consultantes y aportantes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 501-21.

Pronunciada por los Ministros Sra. Daniela Gorab Sabat, Presidenta(S), Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sr. Rafael Pastor Besoaín. Autorizada por la Secretaria Abogada(S), Sra. Angélica Burmester Pinto

4330B1ED-6C8C-475C-8272-0CC40099B282
Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.