

Interpone recurso de reclamación.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“Fiscalía”, “FNE” o “Servicio”), en autos caratulados “*Consulta de SMU S.A. y CorpGroup Holding Inversiones Ltda. sobre el alzamiento, modificación y/o revocación de las condiciones tercera y sexta impuestas por la Resolución N° 43*”, Rol NC-501-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 31, en relación con los artículos 18 N°2 y 27, todos del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”), y demás normas legales aplicables, interpongo recurso de reclamación (“**Recurso**” o “**Reclamación**”) en contra de la Resolución N°70/2022 del H. Tribunal, dictada con fecha 28 de junio de 2022, y notificada a este Servicio con fecha 29 de junio de 2022 (“**Resolución N°70/2022**” o “**Resolución Recurrida**”), la cual resolvió el alzamiento puro y simple de la Condición Tercera y la Condición Sexta –como ambas se definen más adelante– que fueron establecidas en la Resolución N°43/2012 del mismo H. Tribunal (“**Resolución N°43/2012**”), la que había resuelto condicionar a una serie de medidas de mitigación la operación de concentración entre SMU S.A. y CorpGroup Holding Inversiones Limitada (ambas, “**SMU**”) y Supermercados del Sur S.A. (“**SDS**”), confirmadas por la Excma. Corte Suprema, por voto de mayoría, en resolución de fecha 30 de septiembre de 2013 recaída en los autos Rol N°346-2013.

El Recurso tiene por objeto que la Excma. Corte Suprema, conforme al mérito de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos agregados al proceso seguido ante el H. TDLC, así como a lo que se expone en el Recurso, revoque lo resuelto por la Resolución N°70/2022, únicamente en aquella parte que alzó íntegramente la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012, y reemplace tal Condición Sexta de la Resolución N°43/2012 por una medida que ordene a SMU, y a las entidades de su grupo empresarial o sujetas a su control, notificar a la Fiscalía Nacional Económica todas sus operaciones de concentración en la industria de los supermercados, independientemente de si superan o no los umbrales de venta previstos en el artículo 48 del DL 211, tal como lo pidió esta Fiscalía y la propia SMU en subsidio durante la tramitación del procedimiento.

Como se expone en lo sucesivo en el Recurso, los antecedentes de hecho, de derecho y económicos vertidos ante el H. TDLC permiten afirmar que no se ha producido un cambio relevante en las circunstancias económicas existentes en la industria supermercadista nacional en comparación con la situación existente en el momento de que se impusiera la Condición Sexta, como en sustento de su alzamiento concluye la Resolución Recurrída. Por tanto, no resulta proporcional a la estructura de mercado el alzamiento puro y simple de la Condición Sexta dispuesta por el H. Tribunal en la Resolución Recurrída, sino lo solicitado por esta Fiscalía en cuanto se mantenga la notificación obligatoria de las operaciones de concentración de SMU en el mercado supermercadista, solo con un cambio de sede –ante la Fiscalía en lugar del H. TDLC– en razón de un cambio jurídico sobreviniente, consistente en la introducción del régimen establecido por el Título IV del DL 211 por la Ley N°20.945, de fecha 29 de octubre de 2016, que radicó en este Servicio el régimen de control preventivo de operaciones de concentración.

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN

I.1 Consulta de SMU en el contexto de la adquisición de Supermercados del Sur S.A.

1. Con fecha 20 de septiembre de 2011, SMU presentó una consulta ante el H. TDLC, en los términos de los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211, en relación a los efectos que la fusión entre dicha empresa y SDS producía para la libre competencia. La referida fusión se materializó mediante una serie de actos y contratos suscritos para dicho efecto, los que fueron celebrados con fecha 17 de septiembre de 2021, esto es, en forma previa a la presentación de la consulta de SMU al H. TDLC.
2. En la consulta, SMU señaló que la fusión con SDS tenía el potencial para generar riesgos horizontales, relacionados con el surgimiento de condiciones que permitan el ejercicio unilateral o coordinado de poder de mercado en ciertas localidades, además de riesgos sobre el mercado de proveedores tanto a nivel nacional como local¹.
3. A efectos de remediar los eventuales riesgos para la competencia que la fusión entre SMU y SDS podía ocasionar para la libre competencia en el mercado supermercadista, SMU propuso y sometió a aprobación del H. Tribunal una serie de medidas de mitigación. Así, la consulta se refirió, en palabras del propio H. TDLC, a *“un hecho, acto o contrato existente, para efectos de fijar las medidas de mitigación que deberán ser cumplidas en virtud de tales hechos, algunas de las cuales son propuestas por SMU y sujetas a la aprobación del Tribunal”*².

¹ Consulta de SMU ante el H. TDLC de fecha 20 de septiembre de 2011, pp. 29-30.

² H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 3.

4. En específico, SMU ofreció medidas estructurales –de desinversión de activos– y conductuales –obligaciones de hacer o no hacer–. Entre las primeras, se incluyó la desinversión o desprendimiento de ciertos locales comerciales en las diez localidades identificadas como las más riesgosas³. Como medidas conductuales, SMU ofreció la aplicación de precios especiales a proveedores locales en las localidades de mayor concentración, además de la adopción de un código de regulación de condiciones para los proveedores⁴.

I.2 Resolución N°43/2012

5. De conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 31 del DL 211, el H. Tribunal analizó la fusión por incorporación de SDS en SMU y evaluó si dicho acto podía infringir el DL 211. En su respuesta, el H. Tribunal considero que la operación consultada “[...] **modifica significativamente la estructura de este mercado y relaja la tensión competitiva en el mismo**”⁵ al producir riesgos unilaterales y coordinados, resolviendo que dicha fusión se ajustaría a las normas del DL 211 siempre que se cumpliera con seis medidas de mitigación que consideró idóneas para mantener la competencia en el mercado⁶:

- a) Condición Primera: *la enajenación de locales en Casablanca, Chimbarongo, San Carlos, Tomé, Penco, San Pedro de la Paz, Chiguayante, Lota, Angol, Temuco, Panguipulli, Valdivia, La Unión, Río Bueno, Frutillar, Puerto Montt, Ancud y Coyhaique; de centros de distribución en que operaba Supermercados del Sur en Pudahuel, Concepción y Osorno; y de al menos una de las marcas comerciales de la entidad resultante de la operación.*
- b) Condición Segunda: *mientras no se produjere la enajenación, debían mantenerse los locales en operación, equiparando los precios a los de la localidad más cercana y pactando con los proveedores precios que no fueran desfavorables en comparación con la capital regional más cercana.*
- c) Condición Tercera: *la enajenación de toda participación, directa o indirecta, que SMU tenía en Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de*

³ Para identificar aquellas localidades donde, producto de la fusión entre ambas empresas, el aumento en la concentración diera lugar a mayores riesgos para la competencia, la consultante realizó un análisis basado en mediciones del Índice de *Herfindahl – Hirschman* (“**HHI**”) y otros elementos como la presencia de Walmart, Cencosud o Tottus en la misma localidad. El análisis referido arrojó diez localidades donde se ofrecieron medidas estructurales. Véase Consulta de SMU ante el H. TDLC de fecha 20 de septiembre de 2011, pp. 32-36.

⁴ En términos análogos a los que en ese entonces tenía Cencosud.

⁵ H. TDLC, Resolución N°43/2012, § 15.1.

⁶ H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 115.

los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa. (“Condición Tercera”)⁷.

- d) Condición Cuarta: SMU y sus relacionadas debían modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas de supermercados adquiridas por SDS, ajustándolas a un plazo máximo de dos años, debiendo comunicar a cada una de las personas obligadas por tales cláusulas su renuncia a los derechos en ellas conferidos, remitiendo copia de aquello a esta Fiscalía.
- e) Condición Quinta: SMU y sus relacionadas debían establecer términos y condiciones generales de contratación, públicos, complementarios de sus acuerdos individuales y que establecieran aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros en su relación con proveedores.
- f) Condición Sexta: Finalmente, SMU S.A. y sus relacionadas, según correspondiese, deberían consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N°211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista –ya sea en su segmento mayorista o minorista– en que intervenga, directamente o a través de sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores. (“Condición Sexta”).
6. El H. Tribunal observó que, en la década anterior a la dictación de la Resolución N°43/2012, el mercado había aumentado sus niveles de concentración de forma acelerada, de modo tal que, si en el año 2000 más de la mitad de las ventas supermercadistas eran efectuadas por supermercados que no estaban asignados a una cadena nacional (“**Supermercados Locales**”), hacia el año 2010 estos actores vendían únicamente el 5,8% de las ventas del mercado de supermercados⁸. Lo anterior se había producido en gran medida debido al crecimiento inorgánico de las grandes cadenas de supermercado de nivel nacional (“**Supermercados de Cadena**”), y principalmente de SMU y SDS, quienes fueron adquiriendo locales y Supermercados Locales sucesivamente⁹. Finalmente, el H. Tribunal estableció que la

⁷ Con fecha 19 de diciembre de 2014, y cumpliendo con lo ordenado en la Condición Tercera de la Resolución N°43, SMU concretó la venta del total de su participación en Montserrat –equivalente a un 40%– a una sociedad vinculada a la familia Bada, que a la fecha ya era controladora del otro 60%.

⁸ H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 39. Esto fue reiterado en la misma Resolución N°43/2012, pp. 47 y 48, donde se señaló: “Del Cuadro N°1 mostrado precedentemente es posible concluir que el sector de supermercados es un mercado altamente concentrado. Ello no necesariamente pondría en riesgo la competencia en el sector si existieran posibilidades concretas para que sus competidores más pequeños o nuevos entrantes pudiesen expandir sus negocios y desafiar, en forma efectiva y entrar al mercado en plazos razonables, la posición de dominio de las empresas incumbentes”.

⁹ H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 37.

fusión entre SDS y SMU llevaría a que SMU alcanzara una participación de mercado de un 28,3%¹⁰.

7. En relación con las condiciones de entrada, el H. TDLC constató la existencia de barreras de entrada como consecuencia de (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas por economías de escala, ámbito y densidad; (ii) la expansión de los Supermercados de Cadena mediante la adquisición de Supermercados Locales, que derivó en una escasez de supermercados independientes que permitan actuar de base de expansión para ese tipo de crecimiento de un nuevo entrante; (iii) la escasez de terrenos para instalar supermercados, especialmente en sectores urbanos de mayor densidad; y (iv) la existencia de actores con *retail* integrado¹¹.

8. Del análisis de la industria llevado a cabo por el H. Tribunal, éste concluyó que *“En este mercado, ya altamente concentrado, la fusión materializada entre SMU y SDS ha llevado a un nuevo y significativo aumento en la concentración y a una severa reducción de la asimetría de las participaciones de mercado y de la amenaza competitiva que representaban los planes de expansión de la empresa absorbida. Ello junto con las barreras a la entrada que este Tribunal considera importantes en el sector, **plantea tanto riesgos unilaterales, es decir que los actores aumenten precios al enfrentar menor competencia, como riesgos de coordinación –esto es, acuerdos expresos o tácitos sancionables en esta sede, o casos de mera interdependencia oligopolística–**”*¹².

9. En vista de lo anterior, el H. Tribunal justificó la imposición de medidas de mitigación señalando también que *“Habiendo ya analizado los riesgos para la libre competencia, tanto unilaterales como coordinados, que registra la operación consultada, y considerando las eficiencias que podrían atenuar dichos riesgos, en caso de ayudar a restablecer la situación competitiva previa a la operación, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que las eficiencias que cumplen los requisitos para ser consideradas no son suficientes para volver a la situación competitiva anterior a la operación consultada. Por ello, **deberán imponerse medidas de mitigación suficientes para tender a restablecer el nivel de presión competitiva**”*¹³.

¹⁰ Esta participación incluiría la participación de SMU, SDS y el 40% de la participación de Montserrat, acorde a la participación accionaria que SMU tendría en ésta, para el periodo entre julio de 2010 y junio de 2011. Resolución N°43/2012, p. 43. Se identificó la participación de SMU en la propiedad de Montserrat como relevante para el análisis de las condiciones de competencia, principalmente en la Región Metropolitana, en vista de que SDS representaba un rival potencial. Resolución N°43/2012, p. 44. Esto último, motivó la imposición de la Condición Tercera.

¹¹ H. TDLC, Resolución N°43/2012, considerando 9.32, el cual señala: *“En resumen, este Tribunal estima que existen barreras de entrada en la industria supermercadista en Chile que resultan de la relación entre el tamaño mínimo eficiente de cada empresa, en relación al tamaño del mercado total, la amplia cobertura de las empresas incumbentes en los diversos nichos en los mercados conexos y la escasez de sitios aptos en las zonas urbanas de mayor densidad de demanda”*.

¹² H. TDLC, Resolución N°43/2012, pp. 53 y 54.

¹³ H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 91.

10. Cabe señalar también que, con fecha 30 de septiembre de 2013, la Excelentísima Corte Suprema se pronunció respecto de la Resolución N°43/2012 en atención a distintos recursos de reclamación interpuestos (“**Recursos de Reclamación a Resolución N°43**”)¹⁴. Ante ello, la Excelentísima Corte Suprema señaló que, analizados los riesgos producidos como consecuencia de la fusión de SMU y SDS y las eficiencias que de ella derivaban, resultaba claro que éstas no eran suficiente contrapeso de aquéllos¹⁵. A ese respecto, la Excelentísima Corte Suprema señaló que las medidas ordenadas por el H. TDLC habrían sido adecuadas, esto es, apropiadas y proporcionales a las condiciones o circunstancias de la fusión, toda vez que eran aptas para la finalidad de devolver el equilibrio competitivo al mercado relevante, mitigando los riesgos detectados¹⁶⁻¹⁷.

I.3 Consulta de SMU S.A. y Corpgroup Holding Inversiones Limitada para alzar la Condición Tercera y Condición Sexta

11. Con fecha 29 de septiembre de 2021, SMU presentó ante el H. Tribunal una consulta, en los términos de los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211, solicitando el alzamiento, modificación y/o revocación de la Condición Tercera y la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012 (“**Consulta**”).
12. La Consulta expone que desde el establecimiento de las condiciones por parte del H. TDLC, en particular la Condición Sexta, se han presentado antecedentes nuevos y cambios de carácter sustancial en las circunstancias económicas tenidas a la vista al momento de dictarse la Resolución N°43/2012. En efecto, SMU menciona que las modificaciones y ajustes que habría tenido la industria en los años posteriores a la Resolución N°43/2012, en relación a las posiciones de mercado de los diferentes actores y al desarrollo del negocio, justifican la revisión de las Condiciones Tercera y Sexta.
13. Sumado a lo anterior, SMU argumenta que el nuevo sistema de control de operaciones de concentración, consagrado en el Título IV del DL 211, vigente desde el 1° de junio de 2017, también constituye un cambio de circunstancias jurídico, de carácter sustancial, que exige la revisión de las medidas.

¹⁴ Los recursos fueron interpuestos por Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou, Cencosud S.A. y SMU S.A.

¹⁵ Excma. Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°346-2013, pp. 44-45.

¹⁶ Excma. Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°346-2013, p. 74.

¹⁷ Dicha resolución fue emitida con el voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, quien estuvo por acoger la reclamación interpuesta por Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou y rechazar la operación consultada de fusión de SMU y SDS. Véase Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°346-2013, pp. 74 y 75.

14. La Consulta tiene su origen en la intención de SMU de adquirir, ya sea mediante arrendamientos de largo plazo o en propiedad plena¹⁸, 24 locales comerciales de tipo supermercado que, hasta poco antes de la Consulta, eran operados por Supermercados Montserrat S.A.C. (“**Montserrat**”). Ello le estaría vedado a SMU por la Condición Tercera que, según se expuso, obligó a SMU a enajenar toda participación, directa o indirecta –incluyendo los activos supermercadistas–, que tenía a la sazón en Montserrat.
15. Respecto de la Condición Tercera y Condición Sexta, SMU solicita el alzamiento puro y simple de ambas, aunque en cuanto a esta última solicita, subsidiariamente, *“el alzamiento, modificación y/o revocación de la condición sexta referida, en el sentido de disponer que SMU y sus relacionadas no estarán obligadas a consultar a este H. Tribunal cualquier operación de concentración en la industria supermercadista que pretendan ejecutar, sino que deberán proceder, en vez, a notificarla a la FNE conforme al procedimiento contemplado en el Título IV del DL 211 y demás normas aplicables, con prescindencia de los umbrales que sean aplicables conforme al artículo 48 del Título IV del DL 211”*.
16. Por su parte, en su aporte de antecedentes, esta FNE sostuvo que efectivamente se había producido un cambio sustancial de circunstancias jurídicas, pero en ningún caso un cambio sustancial de circunstancias económicas, por cuanto los riesgos identificados en la Resolución N°43/2012 para la imposición de las medidas seguían existiendo y encontrándose plenamente vigentes en la industria supermercadista nacional.
17. Consecuentemente, esta Fiscalía solicitó al H. Tribunal modificar la Condición Sexta y disponer que SMU y sus relacionadas fueran obligadas a notificar a la FNE cualquier operación de concentración en la industria supermercadista que pretendan ejecutar, 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, según el procedimiento contemplado en el mismo Título IV y demás normas aplicables (“**Solicitud FNE**”).
18. La Solicitud FNE es equivalente a lo que la propia SMU pidió subsidiariamente al H. TDLC en relación con la Condición Sexta.

¹⁸ A este respecto, debe señalarse que con fecha 18 de marzo de 2022, SMU e Inmobiliaria Santander (Sociedad Inmobiliaria perteneciente al mismo grupo económico de Montserrat) notificaron a esta Fiscalía la referida operación de concentración, la cual finalmente se consistió en el arrendamiento a largo plazo de 21 locales comerciales que eran operados por Montserrat. Dicha operación de concentración fue autorizada por esta Fiscalía en los términos del Título IV del DL 211, mediante resolución de fecha 28 de junio de 2022, sin perjuicio de la necesaria modificación o alzamiento por parte del H. Tribunal de las condiciones entonces vigentes.

I.4 Resolución N°70/2022

19. Con motivo de la Consulta, el H. TDLC inició el procedimiento no contencioso contemplado en el artículo 31 del DL N°211, el cual contó con el aporte de antecedentes de Inmobiliaria Santander S.A.¹⁹, Walmart Chile S.A. y esta FNE²⁰.
20. En el contexto de la Consulta, el H. Tribunal se abocó únicamente a resolver la procedencia del alzamiento, modificación y/o revocación de la Condición Tercera y Condición Sexta²¹.
21. En línea con su jurisprudencia anterior, el H. Tribunal señaló que, para poder modificar o alzar una condición o medida de mitigación, debe concurrir un cambio relevante en las circunstancias jurídicas o económicas que así lo ameriten²². Asimismo, el H. TDLC mencionó que para el análisis de las medidas y de los eventuales cambios de circunstancias resulta importante determinar primero la finalidad de cada una de las condiciones a evaluar²³.

a) Análisis relativo a la Condición Tercera

22. La Condición Tercera tenía una finalidad concreta –la enajenación de participaciones y activos que SMU tenía en Montserrat–, para lo cual el H. TDLC estableció un determinado plazo de cumplimiento. El H. TDLC no estableció expresamente, en dicha condición, una prohibición de recompra de las participaciones o activos de Montserrat y, en dichos términos, fue confirmada por la Excma. Corte Suprema.

¹⁹ En su aporte de antecedentes, Inmobiliaria Santander señaló que se habrían producido cambios en las condiciones jurídicas y competitivas del mercado supermercadista que justificarían la solicitud de SMU y Corpgroup. En particular, señala que las participaciones de SMU y Montserrat habrían disminuido y que actualmente Montserrat se encontraría en una grave crisis financiera. Adicionalmente, indicó que la entrada en vigor de la nueva normativa sobre el control de operaciones implicaría que actualmente el H. TDLC ya no sería competente para conocer operaciones como la adquisición de los locales de Montserrat por parte de SMU.

²⁰ En el aporte de antecedentes de la FNE, ésta se refirió al estándar aplicable a la revisión o alzamiento de medidas de mitigación impuestas como condiciones para perfeccionar una operación de concentración. También realizó un análisis competitivo de la industria a nivel nacional, regional, comunal y de isócronas y concluye que no habría existido una variación significativa y permanente en la estructura de mercado entre el año 2012 y la actualidad, permaneciendo los riesgos avizorados por el H. TDLC en la Resolución N°43/2012. En relación con el cambio en las circunstancias jurídicas, la FNE consideró 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, implicando que SMU deba notificar de forma obligatoria todas las operaciones de concentración, con prescindencia de los umbrales de venta establecidos en el artículo 48 del DL N°211. Finalmente, respecto de la Condición Tercera señaló que dicha medida se encontraría cumplida.

²¹ Como resulta evidente, la Consulta no iba dirigida a obtener un pronunciamiento o aprobación del eventual arrendamiento de locales Montserrat pertenecientes a Inmobiliaria Santander, toda vez que ello implica una operación de concentración, cuya evaluación de su impacto en la competencia radica en la FNE de conformidad con el Título IV del DL 211, estándole expresamente vedado al H. TDLC su conocimiento conforme a lo establecido en el artículo 18 N°2 del DL 211: “Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse **distintos de las operaciones de concentración** a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

²² Véase: H. TDLC, Resolución N°70/2022, p. 31. En el mismo sentido, se hace referencia también a Sentencia N° 117/2011 c. 21°; Resolución N° 53/2018, párr. 123; y Resolución N° 57/2019, párr. 50, 51 y 52.

²³ H. TDLC, Resolución N°70/2022, p.42.

23. Tanto SMU como esta FNE²⁴ dieron cuenta del cumplimiento íntegro de la Condición Tercera, en cuanto a que se había enajenado Montserrat dentro del término conferido y, por ende, se había agotado la finalidad de la medida. Por consiguiente, el H. Tribunal consideró que en este caso era innecesario analizar los cambios en las condiciones de mercado, dando lugar a la solicitud de SMU y alzando la Condición Tercera.

b) Análisis relativo a la Condición Sexta

24. En la Resolución N°70/2022, el H. Tribunal procedió a analizar la evolución de las condiciones de competencia desde la fecha en que se impuso la Condición Sexta hasta esta fecha, para efectos de evaluar si se justificaba o no alzar modificar y/o revocar la medida impuesta a SMU en razón de cambios relevantes en las circunstancias económicas que ameritaron su imposición²⁵.

25. Luego, el H. TDLC observó que, medido según distintos índices económicos –HHI, C2 y C3²⁶–, actualmente el mercado se encontraría más concentrado que al momento de imponerse la medida de consulta previa para celebrar operaciones de concentración en la industria supermercadista conforme a la Condición Sexta²⁷.

26. Sin perjuicio de lo anterior, el H. Tribunal también señaló que SMU redujo su participación de mercado en aproximadamente un 7%, al pasar de detentar un 26,1% en 2012²⁸ a un 19,1% en el año 2020. Esto, según argumenta el H. Tribunal, implicaría

²⁴A este respecto, esta Fiscalía señaló, en su aporte de antecedentes en el marco de la Consulta, que SMU efectivamente enajenó toda participación, directa o indirecta, en Montserrat, junto a los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa, lo cual se efectuó mediante la venta a una sociedad vinculada a la Familia Bada. Por consiguiente, esta Fiscalía consideró cumplida la Condición Tercera, toda vez que, según se señaló en esa oportunidad respecto de la Condición Sexta, la adquisición de locales de Montserrat debía ser notificada igualmente a la FNE. En ese sentido, es importante destacar que SMU ya sometió dicha operación al control establecido en el Título IV del DL 211, instancia en la que se realizó el correspondiente análisis, determinando en concreto que la Operación no generaba un riesgo de reducción sustancial de la competencia.

²⁵ Para dicho análisis el H. Tribunal señaló 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, donde los supermercados actúan como demandantes de los bienes que posteriormente venden en sus salas de ventas" (Resolución N°70/2022, p. 36), según ya ha sido establecido en la jurisprudencia nacional (Resolución N°43/2012, párr. 9.1 y Sentencia N°65/2008, considerando 53°, respectiva). Igualmente, para la distribución minorista, el H. TDLC definió el alcance geográfico del mercado como local, en base a isócronas de 5 a 15 minutos en automóvil, sin perjuicio de que también sea necesario analizar la estructura del mercado a nivel nacional. Mientras que el alcance geográfico del mercado de aprovisionamiento mayorista fue definido como nacional (Resolución N°70/2022, p. 36).

²⁶ El HHI se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores en términos porcentuales. Éste está diseñado para el caso de fusiones o adquisiciones completas. Al respecto véase Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de mayo de 2022, disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>> [última visita 07 de julio de 2022]. Por su parte, los índices C2 y C3 corresponden al porcentaje de participación de mercado acumulado alcanzado por los dos y tres principales actores del mercado, respectivamente.

²⁷ H. TDLC, Resolución N°70/2022, considerando 36. Véase asimismo lo señalado por el voto en contra de la Ministra Sra. Daniela Gorab, en la página 44 de la misma Resolución N°70/2022.

²⁸ La diferencia de este 26,1% y el 28,3% identificado entre julio de 2010 y junio de 2011 no solo se debe a la evolución de las participaciones en el periodo intermedio, sino que, como señala correctamente el H.

que en la actualidad SMU se encontraría bajo el 25% de participación de mercado a nivel nacional, el cual fue establecido como umbral máximo para que un tercero pudiese adquirir los activos que se ordenó desinvertir a SMU el año 2012. Adicionalmente, el H. TDLC señaló que la existencia de un tercer actor relevante en la industria supermercadista –como sería la propia SMU, pese a la disminución de su participación de mercado– implicaría, a su juicio, un cambio relevante en las circunstancias económicas tenidas en cuenta al momento de dictar la Resolución N°43/2012, indicando que *“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”*.

27. Por otro lado, el H. Tribunal hace referencia al cambio regulatorio introducido por el nuevo régimen de control de operaciones de concentración radicado en la FNE, el que no se encontraba vigente al momento de dictarse la Resolución N°43/2012²⁹. Al respecto, el H. TDLC indicó que la existencia del citado procedimiento constituye un cambio relevante en las circunstancias jurídicas que motivaron la Condición Sexta.
28. Sin embargo, según se expone en el siguiente acápite del Recurso, el H. TDLC consideró que atendido el análisis de mercado y jurídico efectuado en la Resolución Recurrida, la Solicitud de la FNE –que, como se indicó, equivalía a la solicitud subsidiaria formulada por la propia SMU en la Consulta– resultaba desproporcionada, toda vez 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 [...] 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*”, así como también porque “[...] *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*”³⁰.

TDLC en la Resolución N°70/2022, la evaluación de la evolución de las circunstancias económicas entre la Resolución N°43/2012 y la Consulta de SMU del año 2021 debe ya incorporar el cumplimiento de las medidas de desinversión de locales impuestas por la Resolución N°43/2012.

²⁹ Véase sección III.3. de esta presentación.

³⁰ H. TDLC, Resolución N°70/2022, considerando 51.

29. A la luz de todo lo anterior, el H. Tribunal resolvió que los cambios en las circunstancias económicas y jurídicas serían de una entidad suficiente como para alzar la Condición Sexta, rechazando la Solicitud FNE y la solicitud subsidiaria de la propia SMU.
- c) Voto de minoría de la Resolución N°70/2022
30. En relación al alzamiento de la Condición Sexta, la Ministra del H. Tribunal, Sra. Daniela Gorab, discrepó del análisis expuesto por el voto de mayoría de la Resolución Recurrida y estuvo por acoger la Solicitud FNE y, por tanto, la petición subsidiaria de la propia SMU.
31. En el voto de minoría, se destaca la importancia de una correcta aplicación del estándar para el alzamiento o modificación de medidas de mitigación, el cual no es propio de Chile, según lo resuelto consistentemente por el H. TDLC, sino que también es utilizado en el derecho comparado. Este estándar implica que, para la procedencia de la revisión de medidas de mitigación, se requiere que las partes demuestren que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente, tornando inoficiosas o ineficaces las medidas en relación con los riesgos que se intentaron mitigar con su imposición³¹.
32. Así, respecto a los riesgos que se intentaron mitigar con la imposición de la Condición Sexta, la Ministra Sra. Gorab señaló que esta medida fue impuesta en razón de la existencia de una alta concentración en el mercado supermercadista nacional y a que la fusión entre SMU y SDS iba a dejar casi la totalidad del mercado en manos de tres grandes cadenas, sin amenazas competitivas potenciales, existiendo además importantes barreras a la entrada.
33. Así, la Ministra Sra. Gorab estimó que la Condición Sexta fue impuesta en atención a que la fusión entre SMU y SDS modificaba significativamente la estructura del mercado, relajando la tensión competitiva entre los incumbentes. De esta manera, la Ministra disiente respecto de lo señalado por el voto de mayoría, en cuanto asevera que la motivación a la imposición de la Condición Sexta sobre SMU fue la existencia de una medida de la misma naturaleza sobre las otras dos grandes cadenas supermercadistas, como son Walmart y Cencosud (Considerando 40° de la Resolución Recurrida).

³¹ Por lo tanto, señala la Ministra Sra. Gorab, que la revisión de la Condición Sexta implica, desde la perspectiva económica, lo siguiente: (i) identificar los riesgos que se vislumbraron y se intentaron mitigar cuando se dictó la Resolución N°43 en el año 2012; y (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. Véase Resolución N°70/2022, p. 42.

34. Así, teniendo en cuenta la evolución de las participaciones de mercado, el aumento en los índices de concentración, el mantenimiento de SMU como tercer actor del mercado con 12 puntos porcentuales por sobre el cuarto actor en la industria supermercadista nacional, así como la persistencia de las barreras a la entrada, la Ministra Sra. Gorab consideró que los riesgos a la competencia que el H. TDLC observó al imponer la Condición Sexta subsistían en la actualidad, sin que hayan sido desvirtuados por SMU y, por tanto, sin que fuese pertinente el alzamiento sino que tan solo la adecuación de dicha medida conforme al nuevo régimen de control de operaciones de concentración establecido en la Ley N°20.945.

II. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN DE LA FNE

35. Esta Fiscalía considera que la Resolución N°70/2022 erró en su parte considerativa y en su parte resolutive respecto del alzamiento de la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012. En efecto, no se satisface el requisito de “*cambio de circunstancias*” que hemos explicado como necesario para dar lugar al alzamiento de una medida de mitigación impuesta por el H. TDLC y que se encuentra actualmente vigente, al no haberse comprobado que haya ocurrido en la especie un cambio relevante de los motivos que llevaron a su imposición. Con esta decisión, el H. Tribunal levanta la especial cautela que alguna vez consideró necesario establecer sobre la industria supermercadista nacional, lo que en opinión de este Servicio no se encuentra justificado en la estructura de mercado y, de hecho, podría provocar perjuicios a la libre competencia en el futuro.

36. Es importante recalcar que el de esta Fiscalía recae sólo sobre lo resuelto por el H. TDLC respecto de la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012. Esta FNE no considera necesario reclamar el alzamiento de la Condición Tercera, pues entiende – al igual que el H. TDLC– agotada su vigencia³².

37. Consecuentemente, el Recurso se centra únicamente en la necesidad de que la Excelentísima Corte Suprema mantenga la Condición Sexta, pero ajustada a las

³² En efecto, cabe señalar que mientras se tramitaba la Consulta, SMU e Inmobiliaria Santander S.A. notificaron voluntariamente a esta FNE su operación de concentración consistente en la adquisición por parte de SMU, mediante arrendamientos de largo plazo, de 21 locales comerciales que eran operados por Montserrat. Debe destacarse que la notificación fue realizada voluntariamente a esta Fiscalía, atendido que no se superaban los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211 y la Resolución Exenta N°157 del 25 de marzo de 2019, habida cuenta de que los locales de Montserrat se encontraban cerrados y, por ende, no se superaban los umbrales de venta individuales. Esta Fiscalía evaluó el impacto competitivo de esa operación de concentración, y, con fecha 28 de junio de 2022, aprobó pura y simplemente la adquisición de los antiguos locales de Montserrat por parte de SMU, al estimar que dicha operación no resultaba apta para reducir sustancialmente la competencia, toda vez que en la generalidad de los mercados se presentaban bajos índices de concentración, y en aquellos en los que la concentración era mayor, existían contrapesos suficientes ligados a la presencia de competidores o falta de cercanía competitiva entre las partes. Esta Fiscalía, en su resolución de aprobación, dejó constancia que para el perfeccionamiento de la operación aprobada era igualmente necesario el alzamiento y/o modificación de las condiciones establecidas en la Resolución N°43/2012. Un día más tarde, el H. TDLC emitió la Resolución N°70/2022.

disposiciones actuales del DL 211. **A juicio de esta FNE, se mantiene la necesidad de especial cautela en la industria supermercadista nacional, en razón de la subsistencia de los riesgos identificados por H. Tribunal en la Resolución N°43/2012. A juicio de esta Fiscalía, una actualización de la Condición Sexta según la solicitud FNE y, por tanto, también en línea con la solicitud subsidiaria de la propia SMU en su Consulta, no sólo es necesaria, sino que también es razonable y resulta proporcional al bien jurídico protegido en la especie.**

II.1 Estándar necesario para proceder al alzamiento o modificación de una medida de mitigación

38. Tal como ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante la presentación de otra consulta en que se solicite su alzamiento o modificación sobre la base de nuevos antecedentes. Ello encuentra fundamento en el artículo 32 del DL 211³³. Ello también es coincidente con lo expuesto por esta Fiscalía durante el procedimiento que terminó en la Resolución Recurrída, en el sentido que las resoluciones del H. Tribunal que establecen medidas de mitigación o condiciones en el marco de un procedimiento de consulta tienen el carácter de resolución *constitutiva*, al crear un estado jurídico que no existía previamente³⁴.
39. En relación con lo anterior, esta Excelentísima Corte ha resuelto que, para solicitar la modificación o alzamiento de una medida de mitigación impuesta en un procedimiento de consulta, debe determinarse que las condiciones previamente constatadas por el H. TDLC han mutado³⁵. En este sentido, el H. Tribunal ha fijado el estándar que debe cumplir dicha modificación, señalando que procede la revisión de las condiciones impuestas en la medida que se presenten nuevos antecedentes que constituyan un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron el establecimiento de las medidas³⁶.

³³ Excma. Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°315-2016, pp. 49-50.

³⁴ Véase: Romero Seguel (2017): "El carácter vinculante de los actos del Tribunal de Libre Competencia", Revista Jurídica Digital UANDES 1, pp. 118-125.

³⁵ Excma. Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°315-2016, pp. 47-48. En dicha oportunidad, la Excelentísima Corte Suprema, señaló estar plenamente de acuerdo con el razonamiento realizado por el H. TDLC en su Sentencia N°117/2011, en relación al cambio o eliminación de una medida de mitigación.

³⁶ H. TDLC, Resolución N°64/2021, §11: "*En síntesis, para que este Tribunal modifique o alce las medidas o condiciones establecidas en el marco de un procedimiento consultivo, debe acreditarse un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron el establecimiento de dichas medidas o condiciones*" (subrayado añadido). En el mismo sentido H. TDLC, Sentencia N°117/2011, §21: "*[l]as resoluciones en procedimientos 'no contenciosos', responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada puede tener en las mismas. Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establecen, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad*" (subrayado añadido). En un sentido similar, la Comisión Europea contempla la posibilidad de una revisión excepcional, la cual sería procedente

40. Luego, en cuanto al estándar apropiado para la revisión de medidas de mitigación o condiciones impuestas por una resolución que autoriza el perfeccionamiento de una operación de concentración, como es el caso de la Resolución N°43/2012, el análisis debe tener una naturaleza finalista³⁷. Consecuentemente, para decretar la modificación o extinción de una medida de mitigación, es necesario identificar los elementos que podrán hacer que las mismas hayan dejado de servir a los fines originalmente trazados para ellas.
41. De esta forma, aplicando el estándar señalado al caso *sub lite*, correspondía al H. TDLC analizar si existían o no “*nuevos antecedentes*” de orden económico y/o jurídico, a la luz del artículo 32 del DL 211, que implicaran un cambio significativo y de carácter permanente en la estructura del mercado supermercadista nacional, o en su regulación, que tornasen las medidas de mitigación inoficiosas o inconducentes para el fin perseguido con su imposición³⁸.
42. Consecuentemente, ante un aducido cambio de circunstancias, el ejercicio de revisión por parte del H. TDLC debía orientarse a (i) identificar los fundamentos esgrimidos en la Resolución N°43/2012 para la imposición de las medidas, entre ellas la Condición Sexta; y (ii) analizar si dichos fundamentos persistían en la actualidad, en base a un análisis que comparara la estructura del mercado supermercadista a la época en que se impuso la Condición Sexta y su evolución hasta la Consulta.
43. Dicho estándar es el que aplicó esta Fiscalía en su aporte de antecedentes en la Consulta. A la luz de ello, se efectuó un análisis comparativo de la estructura del mercado supermercadista, tomando en consideración la situación competitiva existente a la fecha de la Resolución N°43/2012 y su evolución hasta esta fecha, con el objeto de determinar si había sucedido una modificación significativa y permanente desde la fecha en que se impuso la Condición Sexta³⁹. Ello tenía como fin último determinar si el deber de especial cautela, en virtud del cual se impusieron las medidas de mitigación de la Resolución N°43/2012, persistía hoy en día dada la evolución que ha tenido la industria supermercadista nacional.

únicamente si el cambio que se alega cumple con los siguientes requisitos: (i) que sea significativo; (ii) que sea permanente; y (iii) que torne las medidas en inoficiosas e inconducentes. Véase: 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, §71-76 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC1022%2801%29>).

³⁷ En este mismo sentido se pronunció el voto disidente en la Resolución N°70/2022, de la Ministra Sra. Gorab. Al respecto, resulta ilustrativo que así también ha sido entendido por la Comisión Europea, agencia de competencia europea con potestad para declarar vinculantes medidas de mitigación de modo equivalente a la potestad que en su momento su el H. TDLC, en los casos M.3770, Lufthansa / Swiss., N° OMP / M-950, Hoffmann – La Roche / Boehringer Mannheim.

³⁸ FNE, presentación ante el H. Tribunal de fecha 13 de enero de 2020 en el expediente rol NC-461-2019, caratulado “Consulta de Grupo Latino de Radiodifusión SpA para que se revoquen o dejen sin efecto las medidas de mitigación N° 1 y N° 2 impuestas por la Resolución N° 20 de 2007”, pp.20-28.

³⁹ Véase lo señalado por esta FNE en el Informe, capítulos III y IV. Esta aproximación, sigue la línea trazada por informes anteriores de esta Fiscalía acompañados al H. Tribunal, al revisar la procedencia o no del alzamiento de medidas de mitigación impuestas por el H. TDLC con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.950.

44. Como se detallará en lo sucesivo, **la Resolución N°70/2022 no cumple con el señalado estándar, que es necesario para el alzamiento de medidas de mitigación o condiciones impuestas por la Resolución N°43/2012.** En efecto, la Resolución Recurrída realiza una interpretación incongruente con los fundamentos que motivaron la imposición de la Condición Sexta y, adicionalmente, SMU no presentó evidencia que demuestre que han cambiado significativamente los riesgos a la competencia que el H. Tribunal tuvo a la vista al imponer dicha medida.

II.2 Inexistencia de cambio relevante en las circunstancias económicas

45. En la Resolución Recurrída se señala que la Condición Sexta tendría, como fundamento, el sometimiento de los otros dos supermercados de cadena, como son Walmart y Cencosud, a la obligación de consulta previa⁴⁰. Como se verá a continuación, dicha interpretación es inconsistente con lo expuesto en la Resolución N°43/2022⁴¹.
46. En efecto, el fundamento para el establecimiento de las seis medidas contenidas en la Resolución N°43/2022, entre ellas la Condición Sexta, es claro: reside en la existencia de riesgos para la libre competencia derivados de la fusión entre SMU y SDS, tanto unilaterales como coordinados, los cuales no fueron suficientemente atenuados por las eficiencias presentadas en el contexto de la consulta iniciada por SMU en 2011⁴². Adicionalmente, el H. TDLC consignó y describió la existencia de barreras de entrada que dificultaban la posibilidad de entrada de potenciales competidores, además de describir el incremento en la probabilidad de que se materializara el riesgo de conductas coordinadas, como de hecho ocurrió y da cuenta el denominado Caso Supermercados⁴³.

⁴⁰ Véase: H. TDLC, Resolución N°70/2022, considerando N°25. Debe señalarse también a este respecto que, al igual que en la actualidad, a la fecha de la Resolución N°43/2012 regían obligaciones diferenciadas sobre Walmart y Cencosud respecto del control de operaciones de concentración en esta industria. En particular, sobre Walmart recae una obligación de informar a la FNE y sobre Cencosud recae una obligación de consulta previa ante el TDLC. Ésta última se encuentra actualmente siendo consultada en el H. TDLC para su alzamiento o modificación (Causa NC-511-2022).

⁴¹ Esta interpretación errada de los fundamentos de la Resolución N°43/2012 es también consignada por el voto disidente de la Ministra Sra. Gorab en la Resolución N°70/2022. Resolución 70, pp. 43 y 44.

⁴² H. TDLC, Resolución N°43/2022, p. 91: "*Habiendo ya analizado los riesgos para la libre competencia, tanto unilaterales como coordinados, que registra la operación consultada, y considerando las eficiencias que podrían atenuar dichos riesgos, en caso de ayudar a restablecer la situación competitiva previa a la operación, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que las eficiencias que cumplen los requisitos para ser consideradas no son suficientes para volver a la situación competitiva anterior a la operación consultada. Por ello, deberán imponerse medidas de mitigación suficientes para tender a restablecer el nivel de presión competitiva, las que serán tratadas en esta sección*", así como Resolución 43, pp. 113 y 114, en las cuales se señala: "*Tal como se indicó en la sección 12, la simetría que alcanzan las participaciones de mercado a nivel nacional, junto a la alta participación conjunta de las tres grandes cadenas y sus respectivos mecanismos de monitoreo y compartición de rentas con los proveedores, hace que la fusión conlleve altos riesgos de conductas coordinadas lesivas a la libre competencia. Es por ello que este Tribunal considera insuficiente la desinversión que apunta a los riesgos unilaterales e impondrá medidas estructurales adicionales en orden a reducir la simetría y potenciar la presión competitiva que enfrenten las tres grandes cadenas, las cuales se detallarán más adelante*".

⁴³ Caso iniciado en enero de 2016, donde se condenó a SMU, Cencosud y Walmart por colusión en el mercado de la carne de pollo fresca. En dicho caso el H. TDLC sancionó a las empresas coludidas por concertar un acuerdo o práctica en dicho mercado fijando precios de venta, a través de sus proveedores, al menos entre 2008 y 2011. La Excma. Corte incrementó las sanciones originalmente impuestas por este ilícito. Véase: Corte Suprema. Sentencia rol 9361-2019, de 8 de abril de 2020.

47. En particular, con respecto a la Condición Sexta, tal como señaló esta Excelentísima Corte Suprema en la resolución que conoció de los Recursos de Reclamación en contra de la Resolución N°43/2012, el fundamento de su imposición fue precisamente que, producto de dicha fusión, SMU pasaba a formar parte de aquellas empresas que ostentaban poder de mercado, así como también porque el control de operaciones de concentración *a posteriori* fue considerado altamente inconveniente en comparación a un sistema previo, según se expone en detalle en el acápite II.3 de este Recurso⁴⁴.
48. Consecuentemente, para poder determinar si ha existido o no un cambio de circunstancias en relación a la Condición Sexta, debe evaluarse (i) si los elementos estructurales del mercado que provocaron riesgos han tenido modificaciones; (ii) si existen o no cambios en las barreras a la entrada; y (iii) si los elementos que facilitarían una coordinación han variado.
- a) Los elementos estructurales del mercado que provocaron la identificación de riesgos anticompetitivos no han tenido modificaciones
49. Para analizar una posible variación en la estructura del mercado supermercadista nacional, resulta pertinente atender a las participaciones que el H. TDLC ponderó en la Resolución N°43/2012. En la siguiente tabla se observan las participaciones en base a las cuales el H. Tribunal concluyó que la industria de supermercados presentaba altos niveles de concentración, debiendo, por tanto, analizarse el mercado en mayor profundidad⁴⁵. Específicamente, antes de la fusión entre SMU y SDS, la primera detentaba una participación de mercado del 17,2%, mientras que la segunda alcanzaba un 6,8%. **Los tres principales actores en la industria supermercadista alcanzaban de forma conjunta el 80% de participación**, lo cual se puede observar en el índice denominado “C3”.

⁴⁴ Excma. Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol N°346-2013, p. 71.

⁴⁵ Para estimar la participación de mercado post fusión, el H. TDLC consideró tanto las participaciones de mercado de SMU y SDS, como el 40% de la de Montserrat, debido a la participación accionaria que SMU habría detentado en ésta última. Resolución 43, considerando 9.19: “Del cuadro N°1 mostrado precedentemente es posible concluir que el sector de supermercados es un mercado altamente concentrado. Ello no necesariamente pondría en riesgo la competencia en el sector si existieran posibilidades concretas para que competidores más pequeños o nuevos entrantes pudiesen expandir sus negocios y desafiar, en forma efectiva y entra al mercado en plazos razonables, la posición de dominio de las empresas incumbentes. Es por ello que se analizarán a continuación las barreras a la entrada a este mercado para un competidor efectivo [...]”.

Tabla 1. Tabla presentada en la parte considerativa de la Resolución N°43/2012, la cual muestra la evolución de las participaciones de mercado a nivel nacional, en base a ventas anuales entre 2000 y 2010.

Cadena	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2010
Líder	28,3%	29,6%	30%	29,3%	32,4%	35,3%	33,5%	35,2%
Cencosud	7%	7,3%	8,7%	21,4%	24,4%	26%	31,3%	27,6%
SMU	5,7%	4,7%	3,7%	3,6%	3,1%	2,9%	2,9%	17,2%
SDS	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	6,8%
Tottus	2,7%	2,7%	2,7%	3,2%	3,2%	4%	5%	5,6%
Montserrat	3,2%	3,1%	3,1%	3,1%	2,8%	2,8%	3,7%	1,8%
Otros	53,1%	52,6%	51,8%	39,4%	32,3%	39%	23,6%	5,8%
C3	41%	41,6%	42,4%	54,3%	61,8%	65,3%	69,8%	80%

Fuente: Resolución N°43/2012, p.40.

50. ¿Cómo ha cambiado esta situación con el paso de los años? Tal como se observa en la Tabla 2 siguiente, y **se reconoce explícitamente en la Resolución N°70/2022⁴⁶, en los años posteriores a la dictación de la Resolución N°43/2012 el mercado no sólo mantuvo sus altos niveles de concentración a nivel nacional, sino que estos aumentaron entre 2014 y 2020. Lo mismo ocurrió con la concentración “C3”, a pesar de que se observa una disminución de aproximadamente 7% en la participación de SMU.**

Tabla 2. Tabla presentada en la parte considerativa de la Resolución N°70/2022, la cual muestra la evolución de las participaciones de mercado a nivel nacional, en base a ventas anuales entre 2012 y 2020.

Cadena	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	22,6%	22,2%	22,3%	21,6%	21%	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%	0,7%	0,2%
Erbi	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%
HHI	2.972	2.990	3.011	3.061	3.115	3.161	3.211
Concentración C2	68,4%	68,7%	68,8%	69,6%	70,5%	71,2%	73,3%
Concentración C3	91,1%	91%	91,1%	91,3%	91,5%	92,1%	92,3%

Fuente: Resolución N°70/2022, p.38.

51. Como puede observarse, no sólo la concentración general del mercado ha empeorado respecto de cuando se dictó la Resolución N°43/2012, sino que además se mantiene una situación que ya fue prevista y considerada importante por dicha resolución, esto es, **la consolidación de un mercado sostenido en tres grandes**

⁴⁶ H. TDLC, Resolución N°70/2022, considerando 36: “De las anteriores consideraciones, se observa que, medido según índices HHI, C2 y C3 el mercado está más concentrado”.

supermercados de cadena, con importante presencia a nivel nacional, como son Walmart, Cencosud y SMU.

52. En efecto, **la concentración en las tres cadenas de supermercados es mayor que hace diez años.** Si en esa época las tres cadenas principales **concentraban el 80% del mercado, hoy concentran el 92,3%.** Esta sola circunstancia es indicativa de **que no ha ocurrido un cambio de circunstancias en el mercado desde el punto de vista económico.** Tal como señaló el voto de minoría de la Ministra Sra. Daniela Gorab⁴⁷, los antecedentes ofrecidos en el contexto de la Consulta no dan cuenta de una variación significativa y permanente de la concentración del mercado entre el año 2012 y la actualidad, sino justamente todo lo contrario.
53. Tal como indicó esta Fiscalía y analizó el H. TDLC, SMU efectivamente ha disminuido su participación de mercado en un 7%, y hoy contaría con menos de un 25% de participación de mercado, como se muestra en la Tabla 2 anterior. **No obstante, la Resolución N°70/2022 sobreestima la relevancia de este hecho** e indica que la disminución en la participación de mercado de SMU –por debajo del 25%, porcentaje señalado en la Condición Primera de la Resolución N°43/2012– sería indicativo de la ausencia de necesidad de una especial cautela en este mercado. El H. Tribunal complementa este argumento con una cita a literatura económica que sugiere la ocurrencia de un cambio sustancial en el mercado basándose en la existencia de un tercer actor relevante, en particular, una cita a un artículo denominado “*Entry and competition in concentrated markets*”, de Bresnahan y Reiss, publicado en el año 1991⁴⁸.
54. En los hechos, debe considerarse que, en el año 2012, SMU detentaba una participación de un 26,1%⁴⁹, pero la disminución de ésta a un 19,1% no altera *per se* la circunstancia de encontrarse el mercado concentrado en tres grandes cadenas supermercadistas. Tampoco reduce la importancia de SMU como el tercer actor del mercado. De hecho, SMU se ha mantenido como la cadena de supermercados con mayor número de locales a nivel nacional, superando en dicho parámetro a Walmart y Cencosud⁵⁰. Tottus, el cuarto actor de la industria, se encuentra mucho más abajo, sin cobertura nacional, lo que dificulta poder considerarlo un supermercado de cadena, como sí lo son Walmart, Cencosud y SMU.

⁴⁷ H. TDLC, Resolución N°70/2022, p. 44.

⁴⁸ H. TDLC, Resolución N°70/2022, pp. 38 y 39.

⁴⁹ La diferencia de este 26,1% y el 28,3% identificado entre julio de 2010 y junio de 2011 no solo se debe a la evolución de las participaciones en el periodo intermedio, sino que como señala correctamente el H. TDLC en la Resolución N°70/2022, la evaluación de la evolución de las circunstancias económicas entre la Resolución N°43/2012 y la Consulta de SMU del año 2021 debe ya incorporar el cumplimiento de las medidas de desinversión de locales impuestas por la Resolución N°43/2012.

⁵⁰ En particular, posee 283 locales Unimarc, 59 locales Mayorista 10, 4 locales Super 10 y 33 locales Alvi. Véase página 15 de la Memoria Integrada 2021 de SMU, disponible en <https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=e9c5e6624d71031a0cdad99bfa33b957VFdwQmVVMXFRVEJOUkVWNIRVUkpkMDICUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1657052608> [última visita: 5 de julio de 2022].

55. Es importante señalar que el umbral de 25% a que se refiere la Resolución N°70/2022 no fue mencionado en la parte considerativa de la Resolución N°43/2012. Tampoco se indicó en dicha resolución que existiese un umbral de participación de mercado en particular que diese a la fusión evaluada el carácter de riesgosa. Tal como señala el voto disidente en la Resolución N°70/2022⁵¹, **la imposición de la Condición Sexta fue motivada por el análisis de la estructura del mercado supermercadista nacional y de los riesgos proyectados en base al conjunto de elementos –tales como las altas participaciones de mercado, el reducido número de competidores, las altas barreras a la entrada, entre otros elementos– y no únicamente en base a la participación de 26,1% que ostentaba SMU en ese entonces.**
56. Luego, en relación al argumento que señala la Resolución N°70/2022 en cuanto al supuesto cambio sustancial que implicaría la existencia de un tercer actor relevante, cabe destacar que, como es posible observar en la evolución histórica de las participaciones de mercado, no ha habido ningún cambio respecto de la existencia de un tercer actor relevante. Resulta evidente que SMU ha mantenido su posición como tercer actor relevante en la industria supermercadista nacional, separándose en más de 10% de la participación de Tottus, el cuarto actor, por lo que su permanencia como tercer actor del mercado, hoy en día, no puede en caso alguno ser considerado un cambio sustancial respecto de la situación de mercado existente al momento de dictarse la Resolución N°43/2012.
57. Adicionalmente, es pertinente señalar que **la literatura económica citada en la Resolución N°70/2022 (Bresnahan, T. & P. Reiss, 1991) no es necesariamente aplicable a mercados distintos de los en ella evaluados, entre los cuales no se encuentra el mercado de los supermercados.** Cabe destacar que el texto consiste en un análisis empírico, el cual extrae conclusiones sobre el grado de competencia relacionando el número de entrantes con el tamaño de su mercado. En particular, analiza mercados locales aislados⁵² en Estados Unidos, en general capitales de condados y de menos de 50 mil habitantes. Las industrias analizadas son las de los doctores, dentistas, farmacéuticos, plomeros y comercializadores de neumáticos⁵³. **Los autores señalan explícitamente que no consideraron tiendas de alimentos ni vestuario⁵⁴ y dejan abierta la pregunta de si los resultados presentados en dicho documento serían aplicables a otras industrias⁵⁵.**

⁵¹ H. TDLC, Resolución N°70/2022, pp. 43 y 44.

⁵² Es decir que estén a más de 20 millas de ciudades de más de mil habitantes y a más de 100 millas de ciudades de más de 100 mil habitantes.

⁵³ En la evaluación de robustez también se incluyeron a contratistas de calefacción, barberos y concesionarios de automóviles.

⁵⁴ Esto debido a que ofrecen un rango más amplio de productos.

⁵⁵ Véase página 1007 del documento “Entry and Competition in Concentrated Markets”, de los autores Timothy F. Bresnahan; Peter C. Reiss, publicado en The Journal of Political Economy, Vol. 99, No. 5. (1991), pp. 977-1009. Disponible en <https://www.its.caltech.edu/~mshum/gradio/papers/bresreiss_jpe.pdf> [última visita 05 de julio de 2022]. En este los autores señalan: “Si este patrón aparece en otras industrias sigue siendo

58. En línea con lo enunciado por los autores, parece cuestionable entonces la validez externa de sus resultados empíricos, en particular en la industria supermercadista en Chile, sobre todo considerando la diferencia entre las industrias sobre las que versó el estudio y la que versó la Consulta, así como lo acotado de los mercados geográficos que en dicha literatura se contiene, según lo señalado.
59. También, la literatura citada evalúa específicamente los efectos de un tercer entrante en mercados de bienes homogéneos y **plantea explícitamente que el análisis presentado tendría aún menor aplicación en mercados de bienes diferenciados, tales como el de supermercados**⁵⁶.
60. Lo anterior resulta relevante considerando que el mismo H. Tribunal, en la Resolución N°43/2012, identifica de forma reiterada al mercado de supermercados como un mercado de bienes y servicios diferenciados⁵⁷. En particular, señala que “[...] *en los últimos años la doctrina comparada ha sido clara en señalar que el análisis tradicional de riesgos de fusiones, basado en la definición de mercado y en la determinación de cuotas dentro de éste, se ha tornado insuficiente a la hora de ser usado para identificar riesgos en mercados de productos diferenciados – en este caso, especialmente relevante es la diferenciación en ubicación y variedad de SKU de los distintos formatos supermercadistas*”⁵⁸. Consecuentemente, se plantea la duda razonable de que las conclusiones del documento puedan ser aplicadas a esta industria, lo que no fue considerado ni evaluado por el H. Tribunal.
61. Finalmente cabe señalar que el análisis expuesto por el H. TDLC en la Resolución N°70/2022 sólo evalúa las circunstancias económicas a nivel nacional, siendo que en la misma resolución establece que “*el alcance geográfico del mercado de distribución*

una cuestión abierta”. Traducción libre de “*Whether this pattern appears in other industries remains an open question*”.

⁵⁶ Véase página 1007 del documento “*Entry and Competition in Concentrated Markets*”, de los autores Timothy F. Bresnahan; Peter C. Reiss, publicado en The Journal of Political Economy, Vol. 99, No. 5. (1991), pp. 977-1009. Disponible en <https://www.its.caltech.edu/~mshum/gradio/papers/bresreiss_jpe.pdf> [última visita 05 de julio de 2022], el cual señala “Queda por saber si este patrón aparece en otros sectores. Nuestros resultados para los concesionarios de coches nuevos sugieren que no siempre, especialmente cuando las empresas venden productos diferenciado”. Traducción libre de “*Whether this pattern appears in other industries remains an open question. Our results for new-car dealers suggest that they may not always, especially when firms sell differentiated products*”.

⁵⁷ H. TDLC, Resolución 43, p.67 y p. 96., la cual señala: “*Este punto es de suma importancia, ya que en los últimos años la doctrina comparada ha sido clara en señalar que el análisis tradicional de riesgos de fusiones, basado en la definición de mercado y en la determinación de cuotas dentro de éste, se ha tornado insuficiente a la hora de ser usado para identificar riesgos en mercados de productos diferenciados -en este caso, especialmente relevante es la diferenciación en ubicación y variedad de SKU de los distintos formatos supermercadistas*”. Así como también en la página 96 de dicha resolución, que señala: “*Como se explicó en la sección de riesgos unilaterales, en casos de competencia sujeta a diferenciación horizontal en la oferta de bienes y servicios – consistente en este caso sobre todo en una diferenciación geográfica-, las firmas fusionadas tendrán incentivos a subir los precios después de la fusión, ya que parte de los clientes que hubiesen perdido por un alza de precios antes de la fusión, harán sus compras en la firma adquirida, que ahora es también de su propiedad*”.

⁵⁸ H. TDLC, Resolución 43, p.67.

*minorista es local, en base a isócronas de 5 a 15 minutos en automóvil*⁵⁹. Esta consideración **cobra especial relevancia a la luz de que SMU tiene una mayor presencia relativa en regiones alejadas de la Metropolitana, donde el cuarto actor, Tottus, no se encuentra presente**. Por ejemplo, según las estimaciones de la misma SMU, **en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo alcanzaría un 56,3%, en Región de Magallanes y La Antártica Chilena un 54,9% y en la Región de Atacama un 31,3% de participación de mercado**⁶⁰.

62. Consecuentemente, esta Fiscalía considera que existen incongruencias en las motivaciones señaladas en la Resolución N°70/2022 para fundamentar el alzamiento de la Condición Sexta, puesto que la relevancia que una participación de mercado determinada pueda tener en este caso no altera relevantemente la estructura del mercado que fue considerada riesgosa en la Resolución N°43/2012.
63. Las circunstancias que dicha resolución consideró como parámetros para la evaluación del riesgo existente en el mercado dicen relación, principalmente, con una alta concentración de mercado, la eliminación de competidores alternativos, esto es, Supermercados Locales, y la concentración de la actividad supermercadista a nivel nacional en tres principales supermercados de cadena, como son Walmart, Cencosud y SMU. Dichas **circunstancias no han variado significativamente con el transcurso de los años y sólo se han consolidado o agravado**, como se ve en las tablas anteriores y en lo sucesivo.
64. La incorporación, además, de una teoría económica basada en la existencia de un tercer actor no es procedente en la industria de los supermercados, en opinión de esta Fiscalía. Los supermercados son servicios diferenciados, así ha sido reconocido por este H. Tribunal y, en ese contexto, no creemos aplicable la literatura económica que sirve de fundamento en la Resolución Recurrida (*supra* §59).
- b) Las barreras a la entrada no han disminuido
65. En cuanto a las barreras a la entrada a la industria supermercadista, debemos señalar que ellas también fueron un elemento importante en el análisis de la operación de SMU con SDS, debido a que su existencia e intensidad fue considerada relevante para determinar la desafiabilidad de los supermercados a futuro. En particular, en dicha oportunidad el H. Tribunal constató la existencia de barreras de entrada como consecuencia de (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya

⁵⁹ Esto, sin perjuicio de que también señale la necesidad de analizar la estructura del mercado a nivel nacional, evaluación que sí realiza en la Resolución N°70/2022.

⁶⁰ Véase página 16 de la Memoria Integrada 2021 de SMU, disponible en https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=e9c5e6624d71031a0cdad99bfa33b957VFdwQmVVMXFRVEJOUkVWNIRVUkpkMDICUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1657052608 [última visita: 5 de julio de 2022].

establecidas por economías de escala, ámbito y densidad; (ii) la expansión de las grandes cadenas mediante la adquisición de cadenas pequeñas, que derivó en una escasez de supermercados independientes que permitan actuar de base de expansión para ese tipo de crecimiento de un nuevo entrante; (iii) la escasez de terrenos para instalar supermercados, especialmente en sectores urbanos de mayor densidad; y (iv) la existencia de actores con *retail* integrado⁶¹.

66. En la Consulta, **no se hizo referencia a antecedentes que implicaran una disminución en las barreras a la entrada a la industria supermercadista nacional**. Por su parte, el escrito de aporte de antecedentes de la FNE tampoco identificó un cambio en estas condiciones. Y así, como fue planteado en el voto de minoría de la Ministra Sra. Gorab, las barreras a la entrada que se identificaron en la Resolución N°43/2012 persisten, no existiendo actores que puedan ejercer una presión competitiva eficaz sobre las principales cadenas nacionales consolidadas⁶².
67. Consecuentemente, resulta evidente que no se acreditó, dentro del procedimiento no contencioso que dio lugar a la Resolución N°70/2022, que hubiera ocurrido algún hecho que alterara el análisis que la Resolución N°43/2012 efectuó sobre barreras a la entrada a la industria supermercadista y que fue determinante en la imposición de las medidas, entre ellas la Condición Sexta.
- c) Los elementos que podrían hacer probable una coordinación no han sufrido alteraciones
68. Otro elemento que fundó la imposición de medidas de mitigación por parte del H. Tribunal en la Resolución N°43/201, fue el incremento en la probabilidad de que se materializaran conductas coordinadas⁶³⁻⁶⁴. En particular, se señaló que **en el mercado supermercadista existirían una serie de factores que hacen más probable que se sostenga un resultado o equilibrio de coordinación, tales como el número reducido de participantes en el mercado, el desarrollo de**

⁶¹ H. TDLC, Resolución N°43/2012, considerando 9.32, el cual señala: “*En resumen, este Tribunal estima que existen barreras de entrada en la industria supermercadista en Chile que resultan de la relación entre el tamaño mínimo eficiente de cada empresa, en relación al tamaño del mercado total, la amplia cobertura de las empresas incumbentes en los diversos nichos en los mercados conexos y la escasez de sitios aptos en las zonas urbanas de mayor densidad de demanda*”.

⁶² H. TDLC, Resolución N°70/2022, p. 44.

⁶³ Como ha sido señalado en diversas resoluciones del H. TDLC, el riesgo de efectos coordinados no sólo hace referencia a la colusión expresa o tácita entre empresas que participan en el mercado relevante, que en general serían ilícitas, sino que también al concepto más amplio de comportamientos coordinados, el cual es aquél que surge de la interacción repetida entre empresas, sin que exista necesariamente un acuerdo de cooperación entre éstas. En otras palabras, una coordinación que surge de la mera interdependencia oligopolística. H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 70.

⁶⁴ H. TDLC, Resolución N°43/2012, p. 80, en la cual se señala: “*En conclusión, la operación consultada aumenta en forma significativa los riesgos de conductas coordinadas en una industria altamente relevante tanto para los consumidores como para sus proveedores y para la competencia en los mercados productivos en los que participan tales proveedores*”.

herramientas para el monitoreo de precios entre competidores, la estabilidad de la demanda y la interacción en múltiples mercados geográficos⁶⁵.

69. Así las cosas, en la Resolución N°43/2012 el H. Tribunal consideró que la fusión de SDS y SMU acrecentó el riesgo ya existente al reducir el número de participantes del mercado, facilitando el monitoreo y reduciendo el atractivo de desviarse de una eventual coordinación, así como aumentando la simetría en las participaciones de los tres principales actores y el número de traslapes a nivel local. Y, de hecho, ese riesgo de coordinación ya se materializó al menos una vez en esta industria, desde la dictación de la Resolución N°43/2012, con el denominado Caso Supermercados, como hemos recordado *supra* (§46).
70. En la Consulta, **no se presentó argumento alguno que dé cuenta de un cambio en estas circunstancias significativo del mercado, ni se señalaron antecedentes que permitan concluir que éstas efectivamente hayan sido alteradas.** Muy por el contrario, no se observa que haya habido nuevas entradas relevantes a nivel nacional que hayan podido alterar el número de participantes, sino que, por el contrario, dicho número se ha ido reduciendo con el paso de los años.
71. Por su parte, el análisis presentado en la Resolución N°70/2022 no se pronuncia en forma alguna respecto a la presencia del riesgo de conductas coordinadas y a la inexistencia de cambios sustanciales en los factores que lo provocan, aun cuando este riesgo habría sido parte de los elementos que fundaron la imposición de las medidas de la Resolución N°43/2012, en general, y de la Condición Sexta en particular.
- d) Conclusiones
72. Consecuentemente, es posible afirmar que **no ha ocurrido en el mercado supermercadista nacional un cambio de circunstancias relevante que justifique el alzamiento de la Condición Sexta de forma pura y simple.** Los elementos que el H. TDLC tuvo en cuenta para imponerla han permanecido o, incluso, se han alterado para peor. La estructura del mercado es equivalente a la tenida a la vista para imponerla y sigue concentrada en los tres principales actores –encontrándose SMU entre ellos–, incluso más que en el año 2012. Las barreras a la entrada permanecen y los elementos que podrían facilitar la coordinación siguen inalterados. La disminución de la participación de mercado de SMU no ha afectado ni la concentración ni la estructura existente, y la consideración de SMU como un tercer

⁶⁵ H. TDLC, Resolución N°43/2012, pp. 70-80.

actor no tiene la relevancia como para alterar aquello, de acuerdo con la teoría económica.

73. Por tanto, los argumentos expuestos en la Resolución N°70/2022 no son consistentes con la información aportada en la Consulta.
74. Esta Fiscalía considera que, a la luz de los antecedentes que el H. TDLC tenía a la vista, y que fueron debidamente expresados en el voto en contra de la Sra. Ministra Gorab, no correspondía entonces alzar, pura y simplemente, la Condición Sexta, lo cual se solicita a la Excelentísima Corte Suprema enmendar mediante el Recurso.

II.3 La Condición Sexta debe modificarse y no alzarse como resolvió la Resolución N°70/2022, porque persiste un riesgo para la competencia

75. En cuanto a las bases de un régimen de control de operaciones de concentración, resulta ilustrativo lo señalado por esta Excma. Corte Suprema en la resolución de 30 de septiembre de 2013, que confirmó la Resolución N°43/2012:

“La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante [...] Como las empresas pretenden maximizar beneficios, pueden querer integrarse para obtener un mayor poder de mercado, para aumentar la eficiencia, aprovechando eventuales economías de escala o ámbito, o para lograr una combinación de estos elementos. Por ello, para cumplir con su atribución preventiva en relación con una determinada operación de concentración [...] [se] debe analizar la estructura de los mercados en los que participan los agentes económicos que han sometido los hechos, actos y convenciones correspondientes a su conocimiento [...] efectuando caso a caso la valoración respecto de lo favorable o perjudicial que pueda ser para la competencia una determinada operación de concentración en una industria o mercado. Esa valoración estará determinada, fundamentalmente, por el poder de mercado que alcancen o puedan alcanzar uno o más agentes económicos producto de una fusión o adquisición empresarial, por una parte, y por los efectos, actuales o potenciales, que dicho poder de mercado produzca o pueda llegar a producir en la competencia, por la otra”.

76. En nuestro ordenamiento, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.945 de 2016, que introdujo el Título IV “De las Operaciones de Concentración” al DL 211, el control de operaciones de concentración recaía en manos del H. TDLC, quien tomaba conocimiento de éstas a través del procedimiento no contencioso de

consulta, el cual podía ser iniciado a instancia de las partes de la operación, de la Fiscalía o de un tercero interesado.

77. La referida Ley N°20.945, introdujo una modificación al DL 211 en virtud de la cual, a partir del 1° de junio de 2017, esta Fiscalía es la única facultada para evaluar el impacto en la competencia de las operaciones de concentración que le sean notificadas. El nuevo régimen que se estableció es híbrido⁶⁶, esto es, contempla una notificación obligatoria, en forma previa a su perfeccionamiento, de todas las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que superen los umbrales de ventas establecidos en el artículo 48 del DL 211⁶⁷⁻⁶⁸. De esta forma, bajo el régimen actual, en caso de que una operación de concentración iguale o supere los umbrales de venta, los agentes económicos que toman parte en la misma se encuentran obligados a notificar dicha operación a la FNE en forma previa a su perfeccionamiento⁶⁹.
78. En contrapartida, aquellas operaciones que no alcanzan el umbral se pueden materializar sin previa autorización de la Fiscalía, quedando exentas del control obligatorio. Ello no obsta a que exista la posibilidad de las partes que proyecten fusionarse de efectuar una notificación voluntaria a la Fiscalía, en forma previa a su perfeccionamiento, bajo las mismas reglas del Título IV, a la luz del artículo 48 inciso 8°, el que señala que *“Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a) y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación”*.
79. Por último, la ley contempla asimismo la posibilidad de que las operaciones que no sean notificadas a la Fiscalía, ni en forma obligatoria ni en forma voluntaria, puedan ser revisadas por este Servicio luego de su perfeccionamiento, pudiendo iniciar una investigación para dichos efectos, hasta un año después del acto de materialización, conforme señala el artículo 48 inciso 9° del DL 211.

⁶⁶ Véase: OCDE, Informe del Secretariado. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, que recomienda la implantación de un sistema de notificación obligatorio o híbrido (p.7).

⁶⁷ El artículo 48 del DL 211 consagra la norma general en materia de umbrales de ventas para la notificación obligatoria de operaciones de concentración, estableciendo dos requisitos copulativos: (a) que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico; y (b) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico. Los umbrales específicos para la aplicación del artículo 48, se encuentran establecidos por el Fiscal Nacional Económico en la Resolución Exenta N°157, de fecha 25 de marzo de 2019.

⁶⁸ Sólo en caso de que la Fiscalía resuelva la prohibición de una operación de concentración, de conformidad con el artículo 57 letra c) del DL 211, por resultar apta para reducir sustancialmente la competencia, las partes pueden deducir un recurso de reclamación especial ante el H. TDLC.

⁶⁹ Este sistema obligatorio de notificación es actualmente el más utilizado en el mundo, siendo aplicado en Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá y Japón, entre otros.

80. El establecimiento de los umbrales de notificación tiene por objeto establecer una selección *ex ante* de aquellas operaciones de concentración que podrían afectar la competencia en los mercados –entre agentes económicos con mayores ventas en Chile– versus las que podrían resultar inofensivas –que caen fuera de los umbrales de ventas–. **La existencia de umbrales de notificación en sede de fusiones no implica, necesariamente, una distinción estricta entre operaciones que generan riesgos para la competencia de aquellas exentas de riesgos.**
81. Su fin es únicamente procurar someter a revisión obligatoria de la Fiscalía aquellas operaciones que, preliminarmente, puedan estimarse razonablemente idóneas para reducir la competencia, las de mayor envergadura en ventas. Ello tiene por objeto que la autoridad pueda concentrarse en el análisis de transacciones que, en principio, pueden tener la capacidad de tener un impacto más importante en los mercados involucrados, mediante la aplicación de un procedimiento administrativo de plazo fijo y que otorga certeza jurídica a los agentes económicos.
82. **El establecimiento de umbrales de notificación, en virtud de los cuales se gatilla el mecanismo de notificación obligatorio, tiene como limitación el hecho de que ciertas operaciones de concentración que, teniendo el potencial para producir un impacto negativo para la competencia, pueden quedar eximidas del control obligatorio ante la FNE, por no superar los referidos umbrales⁷⁰.** Dichas operaciones quedan expuestas al régimen voluntario de notificación –en que las partes que se concentran pueden acudir a la Fiscalía, así así lo estiman, a buscar certeza de la licitud de su operación– o bien a la posibilidad de la FNE de revisar operaciones de concentración ya perfeccionadas –luego de un año de materializadas– según se expuso anteriormente.
83. Sin embargo, **el régimen de umbrales de notificación puede llevar a vacíos regulatorios, que esta Fiscalía representó al H. TDLC en su aporte de antecedentes**, y que se manifiestan con especial énfasis en las industrias del *retail*, como en supermercados, atendidas las características del mismo, y en dos escenarios, que resultan atingentes de mencionar a esta Excma. Corte:
- (i) **Operaciones que se materializan de forma diferida en el tiempo.** Este es el caso donde una operación de concentración se produce mediante transacciones sucesivas, las cuales, analizadas separadamente, no superan los umbrales de notificación obligatoria, pero que analizadas de manera conjunta si

⁷⁰ Esta circunstancia, denominada “sub-notificación”, ha sido descrita como uno de los riesgos de los sistemas de notificación obligatoria. Véase: Cristóbal Caviedes Paúl (2014): Control de Fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislar puede solucionar, Revista *Ius et Praxis*, Año 20, N°2, pp. 365-366; y Aldo González y Federico Huneeus (2015): Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile, Trabajos de investigación en políticas públicas, N°19. p.8.

podrían superarlos. A este respecto, la Guía de Competencia de esta Fiscalía del año 2017, que da lineamientos de cuándo y si notificar una operación de concentración a 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 debe realizarse de forma conjunta⁷¹. El objeto del lineamiento señalado es asegurar que las partes no dividan sus operaciones en múltiples transacciones a efectos de evadir el control de operaciones de concentración. El concepto de ‘transacciones sucesivas’ es de inspiración y general aplicación a nivel comparado en materia de control de operaciones de concentración⁷².

- (ii) **Operaciones en industrias donde la adquisición de activos relevantes para competir normalmente no supera los umbrales que gatillan el mecanismo de notificación obligatoria, pero que podrían tener un impacto significativo dentro del mercado relevante afectado.** Este es el caso, por ejemplo, de operaciones de concentración en el mercado del *retail*⁷³⁻⁷⁴, donde la adquisición de una sala de ventas o un conjunto de ellas difícilmente alcancen o superen

⁷¹ FNE (2017), Guía de Competencia, párrafo 31: “*Transacciones sucesivas: Serán tales, si se producen dos o más transacciones entre unos mismos agentes económicos durante un período de dos años, siendo razonable concluir que estas tienden hacia una única operación de concentración. Así, por ejemplo, dos o más actos independientes, que individualmente considerados no otorgan el control de ningún agente económico a otro, o bien no otorgan el control de la totalidad o de parte relevante de los activos de un agente económico a otro, podrían conferirle si son considerados conjuntamente y deberán, en tal caso, ser sometidos a evaluación como una única operación de concentración*”.

⁷² Véase: Comisión Europea, Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, artículo 5(2) subpárrafo 2. En este mismo sentido: Comisión Europea, Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, párrafos 49 y 50: “(49) *El artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, establece una norma específica que permite a la Comisión considerar transacciones sucesivas que ocurren en un determinado período de tiempo como una única concentración a los efectos de calcular el volumen de negocios de las empresas en cuestión. La finalidad de esta disposición es evitar que las mismas personas fragmenten una operación en varias cesiones de activos, escalonadas en el tiempo, con objeto de eludir la competencia que confiere a la Comisión el Reglamento de concentraciones. (50) Si se producen dos o más transacciones (cada una de las cuales da lugar a una adquisición de control) en un período de dos años entre las mismas personas o empresas, se considerarán como una única concentración, independientemente de que dichas transacciones tengan que ver con partes de la misma empresa o afecten al mismo sector. Esto no se aplica cuando a las mismas personas o empresas se unen otras personas o empresas sólo para algunas de las transacciones en cuestión. Es suficiente con que las transacciones, aunque no se lleven a cabo entre las mismas compañías, se realicen entre compañías pertenecientes a los mismos grupos respectivos. La disposición también se aplica a dos o más transacciones entre las mismas personas o empresas si se realizan simultáneamente. Siempre que lleven a adquisiciones de control por la misma empresa, estas transacciones simultáneas entre las mismas partes forman una única concentración aun cuando no estén condicionadas entre sí [...]*”. En un sentido similar, Bundeskartellamt, Act against Restraints of Competition, Sección 38, párrafo (5). El legislador alemán estableció también un plazo de 2 años para la determinación de transacciones sucesivas que deben analizarse como una única operación de concentración. Además, se especifica en dicha norma, que la fecha de la operación de concentración se corresponderá con la fecha de la última adquisición entre las mismas partes. Por último, Netherlands Authority for Consumers and Markets, *Competition Act*, artículo 30 (2). El legislador holandés señaló que el plazo, dentro del cual dos o más operaciones pueden ser consideradas transacciones sucesivas, ha de ser determinado por la mesa directiva de la autoridad de competencia, estableciendo un esquema más discrecional en cuanto a la aplicación de esta norma.

⁷³ **Este sería el caso de industria como el mercado de supermercados, locales de conveniencia, farmacias, etc.**

⁷⁴ La dificultad de ejercer un control sobre operaciones de concentración relativas a locales comerciales del *retail* supermercadista, ha sido también reconocida internacionalmente. Véase a este respecto: Competition Commission (Reino Unido) (2008), *The Supply of Groceries in the UK*, Párr. 11.123, disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/groceries-market-investigation-cc> (última consulta: 10 de julio de 2022).

los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211⁷⁵⁻⁷⁶, pero pueden importar un impacto significativo dentro de un mercado relevante geográfico local.

84. A este respecto, no existe un tratamiento especial contemplado ni en el DL 211, ni en la Guía de Competencia, por lo que aplicarían las reglas generales del DL 211. Consecuentemente, el único mecanismo mediante la cual operaciones de concentración no notificadas pueden ser revisadas por la Fiscalía, es mediante la facultad de la FNE de iniciar investigaciones de oficio una vez perfeccionada una operación de concentración no notificada y hasta un año después de su materialización. **Este mecanismo ya existía a la fecha de la Resolución N°43/2012 y, por lo mismo, no puede implicar un cambio jurídico de ningún tipo respecto de la situación actual.**
85. De acuerdo a lo anterior, en ambos supuestos analizados, para indagar una operación de concentración respecto de la cual no se gatilla la obligación de notificar según la ley, esta Fiscalía tendría como única alternativa evaluar la operación de concentración esperando que las partes que se concentran estimen pertinente notificar la operación en forma voluntaria, o bien esperar a que cierren su operación y, dentro de un año, recurrir al mecanismo contemplado en el inciso 9° del artículo 48 del DL 211 e iniciar una investigación para evaluar sus efectos luego de perfeccionada la fusión.
86. Considerando que se mantiene a la fecha la necesidad de especial cautela prevista por el H. TDLC, y por esta Excelentísima Corte Suprema al imponer y confirmar, respectivamente, la Resolución N°43/2012, **la Condición Sexta mantiene vigente su finalidad**. Ante el señalado vacío en el régimen de umbrales –que resulta especialmente aplicable al mercado en el que opera SMU– es que esta FNE solicitó al H. TDLC en el marco de la Consulta acoger la solicitud subsidiaria de SMU, de modificar -y no alzar- la Condición Sexta. Ello implica para SMU notificar todas sus operaciones de concentración a la FNE conforme al Título IV del DL 211, independientemente de si supera o no los umbrales del artículo 48 del DL 211, para que sus efectos puedan ser revisados por esta Fiscalía siguiendo las reglas, plazos y procedimientos establecidos en dicho título.

⁷⁵ Resulta especialmente ilustrativo de lo anterior que, en el caso particular de operaciones como la adquisición, por parte de SMU, de 21 locales comerciales que eran operados por Supermercados Montserrat, en su conjunto, no superarían los umbrales de venta individuales establecidos en la letra b) del artículo 48 del DL 211, por lo que su eventual notificación a la FNE no resultaba obligatoria para las partes, de no ser por lo establecido en la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012.

⁷⁶ Especialmente considerando que la contabilización de las ventas individuales, para el cálculo de los umbrales de notificación, en casos de adquisiciones de control sobre activos de otro agente económico (hipótesis d) del artículo 47 del DL 211) se efectúa sumando las ventas en Chile del o de los agentes económicos adquirentes, la de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos. En este tipo de operaciones, es excepcional que el 'activo adquirido' (como lo sería una sala de ventas de supermercados) alcance o supere el umbral individual de 450.000 unidades de fomento anuales.

87. En la Resolución Recurrída, el H. Tribunal desestimó la Solicitud FNE y la pretensión subsidiaria de las Partes. Al respecto, indicó que ha existido un cambio de circunstancias jurídicas, toda vez que “[...] *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*”. De esta forma, señala el H. TDLC, SMU se encontraría sujeta 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 y que, en caso de no superarse los umbrales, la FNE podría revisar dichas operaciones mediante la notificación voluntaria o la revisión posterior a su perfeccionamiento, consagradas en los incisos octavo y noveno del artículo 48 del DL 211.
88. Asimismo, el H. TDLC indicó que la Solicitud FNE “[...] *se configura como una obligación desproporcionada [...] 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 [...]*”.
89. En definitiva, el H. TDLC indicó que el mecanismo legal establecido en el inciso 9° del artículo 48 del DL 211, que faculta a esta Fiscalía a realizar revisiones *ex post*, “[...] *lleva a concluir que no existe un vacío regulatorio ya que este mecanismo legal constituye un control efectivo de las situaciones que pueden suscitarse respecto del traspaso de determinados activos a SMU*”⁷⁷.
90. **Las anteriores conclusiones contrastan con lo que el mismo H. Tribunal estableció en la Resolución N°43/2012 –es decir, al momento de imponer la Condición Sexta–, al reconocer la inconveniencia de revisar operaciones de concentración de forma posterior a su materialización,** ya que *“en el caso de que una operación de concentración ya materializada represente riesgos importantes para la competencia en uno o más mercados, este Tribunal puede verse en la necesidad de imponer como condición la realización de desinversiones o derechamente declararla contraria a la libre competencia, lo que obligaría a deshacerla parcial o totalmente, todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación en cuestión como desde un punto de vista social.*”⁷⁸.

⁷⁷ H. TDLC. Resolución N°70/2022, §51.

⁷⁸ H. TDLC, Resolución N°43/2012, §7.9.

91. Al respecto cabe destacar que la revisión de operaciones de concentración en forma posterior a su perfeccionamiento siempre ha existido como facultad para esta FNE, de conformidad al artículo 39 del DL 211. **Esto no es algo nuevo ni introducido por la Ley N° 20.945 que estableció el régimen preventivo de operaciones de concentración.** En este mismo sentido, esta Excm. Corte Suprema, al confirmar la Resolución N°43/2012, indicó respecto de las consultas ante el H. TDLC luego de perfeccionadas las operaciones, que “[...] ***aun cuando en nuestra legislación la consulta previa no es obligatoria –por lo que la consultante era libre de presentarla antes o después de efectuada la operación– lo cierto es que la presentación posterior es altamente inconveniente, porque siempre existe la posibilidad de rechazar la fusión, cuestión que no solo conlleva costos para las empresas involucradas, sino que además tiene un elevado costo social***”.
92. Lo expuesto por la Excelentísima Corte Suprema es consistente con que, a pesar de encontrarse consagrado en nuestro sistema de control de operaciones de concentración, **el mecanismo de revisión ex post presenta severas limitaciones**, las que son ampliamente reconocidas tanto en la práctica nacional como internacional⁷⁹. En primer lugar, y como fue constatado durante el proceso de discusión parlamentaria al instaurarse el nuevo régimen, los problemas competitivos derivados de una operación de concentración son difíciles de mitigar con posterioridad a su materialización. Sumado a lo anterior, muchas veces las operaciones de concentración tienen la característica de ser prácticamente irreversibles. Luego de materializada una operación, las empresas suelen combinar sus activos, estrategias, tecnologías y secretos comerciales, además de reestructurar sus organizaciones y trabajadores. Es por lo anterior, que **si se comprueba ex post que una fusión produce efectos negativos a la competencia, resulta más difícil y costoso poder restablecer la estructura del mercado a la situación previa con las dos o más empresas separadas, que aplicando remedios en forma previa a su perfeccionamiento.**
93. Así las cosas, y teniendo a la vista la evolución que ha experimentado el mercado de supermercados en los años posteriores a la imposición de las medidas de información y consulta a las tres grandes cadenas supermercadistas, es evidente que la concentración en la industria no sólo se ha mantenido, sino que se ha profundizado, así como también se han mantenido las barreras de entradas identificadas en la Resolución N°43/2012.

⁷⁹ Véase: OECD (2022), Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges, OECD. Competition Policy Roundtable Background Note, www.oecd.org/daf/competition/disentanglingconsummated-mergers-experiences-and-challenges-2022.pdf. (última consulta: 10 de julio de 2022).

94. Consecuentemente, la necesidad de especial cautela que motivó la imposición de las medidas de información y consulta a los tres grandes supermercados de cadena permanece vigente a la fecha, por cuanto la industria se mantiene altamente concentrada en tres actores que alcanzan más del 90% de participación.
95. Adicionalmente, y como fue revisado *supra*, al alzar la Resolución N°70/2022 íntegramente la Condición Sexta, y dejarse al régimen común la notificación sus operaciones de concentración, **resulta extremadamente difícil para esta Fiscalía tomar conocimiento de las adquisiciones de locales comerciales que puedan llevarse a cabo, puesto que si las celebran una a una espaciadas en el tiempo, difícilmente superan los umbrales que gatillan la notificación obligatoria, incluso en aplicación del concepto de transacciones sucesivas establecido en la Guía⁸⁰.**
96. En términos simples, **si SMU impulsara una estrategia de adquirir sucesivamente salas de ventas, entre esta fecha y el mediano plazo, es prácticamente imposible que cada operación de concentración alcance o supere los umbrales individuales del artículo 48 del DL 211⁸¹.** En dicho escenario, si SMU no estimare pertinente concurrir voluntariamente a notificar tales operaciones a la FNE, incluso en el hipotético y poco probable caso de que la Fiscalía tomase conocimiento de que proyecta adquirir una o más salas de ventas, **el análisis a conducir por parte de este Servicio tendría que ser efectuado en forma *ex post*, luego de materializarse dichas adquisiciones, mediante el mecanismo del artículo 48 inciso 9°.** Ello, según fue analizado, **tiene deficiencias tanto formales como sustantivas, así como limitaciones en la posibilidad de adoptar eventuales medidas de mitigación,** según se expuso.
97. Por último, cabe señalar que escenarios como el señalado no son lejanos, toda vez que, tal como el H.TDLC resolvió en la Sentencia 65/2008, en razón de un requerimiento de esta Fiscalía en contra de Cencosud y D&S, por levantar barreras estratégicas de entrada que mediante el desarrollo de una política de crecimiento basada en la compra de competidores en el mercado supermercadista, que dichas conductas podrían lesionar la libre competencia, motivando una obligación de consulta previa ante el H.TDLC “[...] *habida cuenta de que los efectos que para la competencia puedan producirse con motivo de cada operación de concentración en que la requerida decida participar, deben ser analizados caso a caso, atendiendo a*

⁸¹ Ejemplo claro de lo anterior, es que la propia operación que motivó la Consulta de SMU, de adquisición de locales de Montserrat, que involucra 21 locales comerciales de supermercado, no superaba los umbrales de venta que gatillan el mecanismo de notificación obligatoria.

*las particulares características de las empresas que esa concentración involucre y de los mercados locales en que incida*⁸².

98. En forma equivalente, es ese análisis caso a caso que el H. TDLC consideró pertinente efectuar en su oportunidad, el que esta Fiscalía requiere efectuar preventivamente, respecto de las operaciones de concentración en el mercado supermercadista en las que participe SMU, a fin de resguardar la competencia en este mercado.

III. CONCLUSIONES

99. En atención a lo expuesto, creemos que la necesidad de especial cautela prevista en la Resolución N°43/2012, que puede sintetizarse en la existencia de un mercado basado en tres grandes cadenas de supermercados, con altos índices de concentración y altas barreras a la entrada, **se mantiene a la fecha o se ha incrementado, toda vez que los niveles de concentración a nivel nacional han ido en aumento**. Por consiguiente, esta Fiscalía considera que en lo económico no ha ocurrido un cambio de circunstancias relevante que justifique el alzamiento íntegro de la Condición Sexta de la Resolución N°43/2012.
100. No obstante, al haber ocurrido un cambio jurídico relevante, consistente en la introducción de un régimen de control previo y preventivo de operaciones de concentración radicado en la FNE por la Ley N°20.945, **se vuelve imperiosa la modificación de dicha Condición Sexta para ajustarla al nuevo régimen legal de control de fusiones vigente en un mercado que merece especial cautela**.
101. Según se expuso, esta Fiscalía considera que no existe evidencia en la Consulta que permita afirmar que ha acaecido un cambio en las circunstancias económicas relevantes que hagan inoficiosa la Condición Sexta. Considerando que la Condición Sexta conlleva la obligación de notificar todas las operaciones de ante el H. TDLC, sin condiciones adicionales, esta Fiscalía considera que ante circunstancias económicas equivalentes, **lo natural es que dicha condición se transfiera, mutatis mutandi a la FNE, por la vía de un control preventivo de todas las operaciones de concentración de SMU ante la Fiscalía, sin condiciones adicionales**.


⁸² Además, en ésta se señala: “Que, por todo lo expuesto, esto es, atendida la creciente concentración de los mercados en los que participa la requerida, las perceptibles barreras de entrada y la posición que Cencosud ocupa en esos mercados, y los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de la requerida, en cuanto incrementa las dificultades de los rivales de ingresar y disciplinar sus comportamientos y, al mismo tiempo, introduce riesgos significativos de abuso de poder de mercado que son aptos para incidir negativamente y, en forma no transitoria, sobre los precios, la cantidad, calidad y variedad de los productos comercializados por los supermercados, **este Tribunal acogerá el requerimiento de autos sólo en cuanto, conforme a la evidencia reunida en autos, declarará que las estrategias de crecimiento de la requerida basadas en la toma de control de empresas rivales en algunos casos tiende a restringir o entorpecer en forma significativa la libre competencia, en los términos del artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211**” (énfasis añadido). TDLC, Sentencia 65/2008. Considerando 121°.

102. Ello pues dicho cambio adecúa la medida a la normativa vigente, respeta las competencias asignadas por el legislador y mantiene la cautela que la medida originalmente prevista buscaba mantener sobre SMU en su calidad de tercer gran actor en la industria de los supermercados. Ello además de forma proporcional a los riesgos, considerando que la naturaleza del régimen administrativo de control de fusiones, por el que se quiere reemplazar el deber de consulta, tiene plazos pre-establecidos bastante breves, sobre todo en casos que no revisten riesgos para la competencia⁸³.
103. Corresponde entonces que la Excelentísima Corte Suprema enmiende lo resuelto por el H. Tribunal en la Resolución N°70/2022.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 31 letra d), 27 y 39 letra b) del DL 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO: tener por interpuesto, dentro del plazo legal, fundado recurso de reclamación contra la Resolución N°70/2022, admitirlo a tramitación y elevar los autos Rol NC-501-2021 ante la Excelentísima Corte Suprema, con el fin de que, conociendo de este recurso, se enmiende la Resolución Recurrída, en los términos indicados en esta presentación, esto es, modificando la Condición Sexta establecida en la Resolución N°43/2012, estableciendo que SMU y las entidades sujetas al control de su grupo empresarial deberán notificar siempre a la Fiscalía Nacional Económica sus operaciones de concentración en la industria supermercadista, en forma previa a su perfeccionamiento, conforme a las reglas del Título IV del DL 211, independientemente de si superan o no los umbrales de notificación del artículo 48 del DL 211.

Ricardo
Wolfgang Riesco
Eyzaguirre



Firmado digitalmente
por Ricardo Wolfgang
Riesco Eyzaguirre
Fecha: 2022.07.10
17:11:41 -04'00'

⁸³ El plazo legal para pronunciarse sobre operaciones en “Fase 1” (es decir, sin riesgos) es de 30 días hábiles administrativos. No obstante, de acuerdo a las estadísticas de esta Fiscalía, éstas suelen resolverse en un promedio de 26 días. Véase: <https://www.fne.gob.cl/fusiones/estadisticas/> (última consulta: 10 de julio de 2022).