

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 77/2023

Santiago, diez de enero de dos mil veintitrés.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 511-22

CONSULTANTES: Cencosud S.A.

OBJETO: Solicita la modificación de la cláusula quinta del avenimiento celebrado entre Cencosud S.A. y la Fiscalía Nacional Económica, aprobado por la Excma. Corte Suprema por resolución de fecha 24 de julio de 2008, en causa Rol N° 2998-2008.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTANTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

- 1) Consultante: Cencosud S.A. (“Cencosud”).
- 2) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:
 - a) Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (“Conadecus”).
 - b) Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”).

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. Al folio 3, el 25 de mayo de 2022, la Consultante solicitó la modificación de la cláusula quinta del avenimiento celebrado entre Cencosud y la FNE (“Cláusula Quinta”), aprobado por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de 24 de julio de 2008 en los autos Rol N° 2998-2008 (“Avenimiento”), por haber ocurrido un cambio relevante en las circunstancias jurídicas.

2. La Consultante indica que dicha cláusula la obliga a consultar a este Tribunal toda operación de concentración en que intervenga en la industria supermercadista, tal y como lo ordenaba la Sentencia N° 65 del 2008 (“Sentencia N° 65/2008”) de este Tribunal, que a continuación se transcribe:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“[S]e impondrá a Cencosud la obligación de consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración -esto es, la adquisición o toma de control de un operador en la industria supermercadista- en que intervenga directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores”.

3. Luego, se refiere a la competencia de esta sede. Al respecto señala que tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema han resuelto que la vía idónea para modificar las condiciones, obligaciones o medidas de esta naturaleza sería precisamente el inicio de un procedimiento de consulta no contencioso.

4. A modo de contextualizar su solicitud, indica que el 18 de agosto de 2006 la FNE presentó un requerimiento ante este Tribunal contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud, alegando que ambas empresas habrían ejecutado actos contrarios a la competencia en la industria supermercadista (Rol N° C 101-06).

5. Agrega que, en la Sentencia N° 65/2008 que resolvió la materia, se definió la industria supermercadista como un segmento separado y distinto de otros segmentos de distribución minorista, como las tiendas por departamento o tiendas de mejoramiento del hogar. A pesar de eventuales traslapes en la oferta de productos específicos, las principales necesidades resueltas por un consumidor al ir a un supermercado son distintas de aquellas que satisfacen los otros segmentos mencionados, concluyéndose que el área de negocios que desarrollaba Cencosud era mediante los 147 supermercados que controlaba bajo las marcas Jumbo y Santa Isabel. La obligación de consulta previa se restringió a dicho mercado.

6. Luego, indica que la Sentencia N° 65/2008 fue reclamada por Cencosud y por la FNE ante la Excma. Corte Suprema, donde ambas partes acordaron poner término al proceso mediante la celebración del Avenimiento. En específico, en la Cláusula Quinta, se dispuso lo siguiente:

“Cencosud consultará al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, y tal y como lo ordenase el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por medio de su Sentencia N° 65/2008.”

7. A continuación, señala que la jurisprudencia en esta sede ha sostenido consistentemente que el fundamento para modificar las medidas, son los nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

circunstancias que se tuvieron en consideración al momento de establecer las condiciones, obligaciones o medidas (Sentencia N° 117/2011, c. 21° y 23°; y Resolución N° 18/2006, c. 3°).

8. En concreto, sostiene que su solicitud de modificación de la obligación contenida en la Cláusula Quinta del Avenimiento se basa en el cambio del régimen legal de control de operaciones de concentración introducido mediante Ley N° 20.945, la que entró en vigencia en junio de 2017. Este sería un cambio jurídico relevante de las circunstancias que se tuvieron a la vista en 2008.

9. En el mismo orden de ideas, señala que el objetivo de dicha modificación legal fue establecer un régimen de control de operaciones de concentración que otorgara garantías a todos los actores involucrados, que resolviera en forma transparente y predecible los casos que llegasen a su conocimiento, y que transmitiera seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo proyectos de negocios.

10. Se refiere luego a las diversas aristas de este nuevo régimen establecido en el Título IV del D.L. N° 211, aseverando que el sistema de control obligatorio de operaciones de concentración quedó configurado como un control administrativo a cargo de la FNE, el cual operaría de forma previa y con efectos suspensivos a la implementación de una operación de concentración que produzcan efectos en Chile, y siempre que esta iguale o exceda los umbrales mínimos de ventas conjuntas e individuales establecidos por la FNE. Agrega que ello no acota la posibilidad de que se puedan notificar operaciones bajo los umbrales que establezca la FNE, ni tampoco la facultad de esta institución para instruir las investigaciones que estime procedentes, dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de dichas operaciones.

11. Al respecto, indica que en dicha modificación legal se le exceptuó a esta magistratura la posibilidad de conocer operaciones de concentración, salvo en lo relativo al recurso de revisión especial que procede contra la resolución de la FNE que las prohíba.

12. Cencosud arguye que, tanto la FNE como este Tribunal, considerarían este nuevo sistema de control de operaciones de concentración un cambio jurídico relevante y, en consecuencia, este último ya no sería competente para revisar operaciones de concentración, refiriéndose a dos procesos tramitados en esta sede (NC N° 461-19 y NC N° 501-21) en los cuales dichas instituciones habrían consignado lo anterior.

13. Concluye que, en razón de los argumentos anteriores, resultaría razonable que se modifique la Cláusula Quinta del Avenimiento, estableciéndose que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cencosud deba notificar las operaciones de concentración a que hace referencia la Sentencia N° 65/2008 ante la FNE, de conformidad con lo dispuesto en el actual Título IV del D.L. N° 211; y, en subsidio de lo anterior, solicita se modifique la Cláusula Quinta del Avenimiento, decretándose que Cencosud deba, adicionalmente a la obligación de notificación obligatoria conforme al Título IV del D.L. N° 211, informar a la FNE de toda otra operación de concentración a la que hace referencia la Sentencia N° 65/2008 que no haya sido notificada previamente a la FNE en forma obligatoria conforme al Título IV del D.L. N° 211, dentro del plazo de diez días hábiles administrativos contados desde la fecha del perfeccionamiento de la operación respectiva.

14. Finalmente, expone que la eventual obligación que se establezca debe considerar la igualdad ante las cargas regulatorias en el mercado supermercadista, pues regulaciones asimétricas deben ser siempre excepcionales, transitorias y debidamente justificadas, ya que pueden tener como efecto disminuir la intensidad competitiva en un mercado en rápida evolución.

C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

15. A folio 5, el 2 de junio de 2022, se dio inicio al procedimiento no contencioso de autos relativo a la solicitud de modificación de la Cláusula Quinta del Avenimiento celebrado entre Cencosud y la FNE, aprobado por la Excma. Corte Suprema por resolución de fecha 24 de julio de 2008, en causa Rol N° 2998-2008. En dicha resolución, se ordenó oficiar a la FNE; al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac); a la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G. (AGIP); a Conadecus; a la Organización de Consumidores y Usuarios (Odecu); a la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC); a la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile; a la Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile (Confedech); y, a la Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G. (Asach), a fin de que estos, así como otras personas o entidades que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la publicación en extracto, en el Diario Oficial, de la resolución; todo ello de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211. A solicitud de la FNE, dicho plazo se aumentó hasta el 22 de julio de 2022 inclusive para todos los aportantes, según consta a folio 37.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

16. Al folio 34, el 29 de junio de 2022, **Conadecus** aportó antecedentes, solicitando que se rechace la consulta y, en subsidio, que se decreten diversas medidas que se detallan *infra*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

17. A su juicio, la creciente concentración de los mercados en los que participa Cencosud, las perceptibles barreras de entrada, la posición que esta ocupa en esos mercados y los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de Cencosud, se mantienen intactas.

18. Afirma que sería un grave error acceder a la solicitud de Cencosud, en el sentido que bastara con notificar a la FNE las eventuales operaciones de concentración que decida hacer en el futuro, conforme a lo dispuesto en el actual Título IV del D.L. N° 211, solo porque ahora esta es la autoridad encargada de autorizar ese tipo de operaciones, en lugar de este Tribunal. Lo anterior, por cuanto el mecanismo de control de operaciones de concentración no correspondería a un proceso participativo, en el que todos los actores relevantes del mercado tienen la oportunidad de expresar su opinión, a diferencia del procedimiento ante el Tribunal contemplado en la Cláusula Quinta del Avenimiento objeto de consulta.

19. Asimismo, agrega que el actual procedimiento dispone que el Fiscal Nacional Económico debe pronunciarse en el plazo de 30 días para aprobar la operación de concentración o para prohibirla, pero si el Fiscal nada dice en dicho plazo, la operación se entenderá aprobada en los términos ofrecidos por el notificante.

20. Comenta que llama la atención que el legislador haya restringido el régimen recursivo en esta materia, dejando sin posibilidad de recurrir del pronunciamiento de la FNE en los casos que esta aprueba la operación sometida a su conocimiento, lo cual iría en desmedro de terceros que se puedan ver afectados por dicha decisión.

21. En este contexto, expone que mutar el proceso de revisión de las operaciones de concentración aprobado en el Avenimiento a aquel regulado por el actual texto del D.L. N° 211, no ofrecería las garantías necesarias del debido proceso para que todos los afectados puedan expresar su opinión, aportar antecedentes y, eventualmente, recurrir contra la decisión que la aprueba.

22. Finalmente, solicita que, en virtud de los argumentos detallados precedentemente, se rechace la consulta deducida por Cencosud y, en subsidio, para el caso que este Tribunal la acoja, proponen se decrete las siguientes medidas:

- a) Que la FNE, ante la eventual notificación de una operación de concentración, asuma la obligación de consultar siempre, en cada caso, la opinión de Sernac y de potenciales afectados como los consumidores, los competidores o los proveedores de Cencosud;
- b) Que este Tribunal, en uso de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, proponga al Presidente de la República la modificación de la Ley N° 20.945, de modo que en las operaciones de concentración que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- estudie la FNE, los terceros potenciales afectados siempre puedan aportar antecedentes y hacerse parte, tal como ocurría antes de la dictación de ese cuerpo legal; así como proponer que, tanto en caso de aprobación como de rechazo de la operación de concentración, dispongan los terceros potencialmente afectados del recurso de revisión especial ante esta sede; y,
- c) Que la FNE, sobre la base de la nueva investigación del mercado de los supermercados que está desarrollando bajo el Rol FNE 2705-22, incluya a las grandes empresas distribuidoras mayoristas y considere la posibilidad de proponer a este Tribunal la desintegración vertical de las mismas.

23. Al folio 40, el 21 de julio de 2022, la **FNE** aportó antecedentes e indica que, según la Sentencia N° 65/2008, en el año 2006 Cencosud contaba con una participación del 28,8% a nivel nacional y que dicha participación se debía en gran medida a la adquisición de otras cadenas supermercadistas.

24. Asimismo, en la Sentencia N° 65/2008 se señaló que los mercados locales en los que participaba Cencosud se encontraban altamente concentrados y que era un actor relevante en varios de ellos. En ese sentido, encontrándose cada uno de los supermercados en un mercado local, los efectos de futuras operaciones de concentración –y los potenciales riesgos para la competencia– se producen con particular énfasis en una esfera menor que la nacional. Añade que, sin perjuicio de lo anterior, se resolvió que un análisis a nivel local no implicaba desatender los efectos que podía tener la incorporación de nuevos locales de distribución minorista que se relacionan con el incremento de las economías de escala y de ámbito o con mejorar su posición respecto de ciertos proveedores.

25. En el mismo orden de ideas, destaca que en esa oportunidad los principales elementos detectados que podían afectar las condiciones de entrada a la industria supermercadista eran, principalmente, las ventajas de costo (economías de escala, ámbito y densidad) y las ventajas provenientes de su volumen de compra, economías que permitían a las cadenas dominantes amortizar de forma más eficiente ciertos gastos, como la publicidad y los programas de fidelización.

26. Luego se refiere a la conclusión arribada en la Sentencia N° 65/2008, que declaró que la estrategia de crecimiento de Cencosud, basada en la toma de control de empresas rivales, en algunos casos tendía a restringir o entorpecer en forma significativa la libre competencia en los términos del artículo 3º, inciso primero, del D.L. N° 211. Ello, debido a que la toma de control de competidores incrementaba las dificultades de los rivales de ingresar y disciplinar sus comportamientos y, al mismo tiempo, introducía riesgos significativos de abuso de poder de mercado que eran aptos para incidir negativamente y, en forma no transitoria, sobre los precios,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la cantidad, calidad y variedad de los productos comercializados por los supermercados. A raíz de lo anterior, se ordenó a Cencosud consultar cualquier operación de concentración en la industria supermercadista.

27. Continuando con su exposición, señala que dicha sentencia fue reclamada por Cencosud y por la FNE ante la Excma. Corte Suprema. Luego, se refiere al Avenimiento en los mismos términos ya descritos en los párrafos 6 y siguientes.

28. Después, se refiere a la implicancia práctica de que se dé lugar a cualquiera de las alternativas propuestas por Cencosud. Expone que, en tal caso, existirían ciertas operaciones de concentración en la industria supermercadista que no deberán ser consultadas por Cencosud de forma previa a su perfeccionamiento, específicamente las que no superen los umbrales de ventas establecidos en el artículo 48 del D.L. N° 211.

29. La FNE indica que, de forma adicional al cambio de circunstancias jurídicas que invoca Cencosud, sería indispensable analizar si existen cambios en los supuestos fácticos o económicos que se tuvieron a la vista al momento de pactar el Avenimiento, para determinar si, en los términos del artículo 32 del D.L. N° 211, dichos cambios justifican la modificación de la Cláusula Quinta. Señala que lo solicitado en la consulta relajaría el estándar regulatorio actualmente vigente respecto de Cencosud, al someterla al régimen general aplicable a todo tipo de agentes económicos en cualquier tipo de mercados.

30. En cuanto a la procedencia de la revisión de medidas de mitigación, la FNE sostiene que, tal como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, la competencia para revisar medidas de mitigación impuestas por este Tribunal, recae en este mismo, citando jurisprudencia al respecto (Excma. Corte Suprema, Rol N° 315-2016, pp. 49-50).

31. Añade que, en este caso particular, la fuente directa de la obligación objeto de la consulta se encuentra en la Cláusula Quinta del Avenimiento, que fuera aprobado por la Excma. Corte Suprema; y que dicha cláusula se remite a lo dictaminado en la Sentencia N°65/2008, donde originalmente se impuso dicha medida. Por ello, la FNE considera que atendido que el Avenimiento fue precedido por un procedimiento ante este Tribunal, y posteriormente aprobado por la Excma. Corte Suprema, es el primero el órgano competente para conocer de este proceso y para pronunciarse al respecto.

32. En relación al estándar aplicable para la revisión de medidas de mitigación impuestas en un procedimiento contencioso, la FNE indica que el ejercicio de revisión de la condición de consulta previa impuesta a Cencosud debe orientarse a (i) identificar los fundamentos en base a los cuales se impuso la medida y se acordó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la Cláusula Quinta del Avenimiento, y (ii) analizar si dichos fundamentos persisten en la actualidad, en base a una comparación entre la situación del mercado supermercadista a la época en que se acordó la obligación de Cencosud y su evolución hasta la interposición de esta consulta. El ejercicio anterior, a juicio de la FNE, debe tener como fin último determinar si el deber de especial de cautela en virtud del cual se impuso la medida de consulta a Cencosud, ratificada en la Cláusula Quinta del Avenimiento, persiste hoy en día dada la evolución que ha tenido la industria supermercadista en nuestro país durante la última década.

33. Luego, la FNE realiza un análisis de cambio de las circunstancias, dividiendo su análisis en dos materias: primero se refiere al cambio de circunstancias jurídicas y, en segundo lugar, al cambio de circunstancias económicas.

34. Respecto a la primera, sostiene que los cambios normativos acaecidos tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945 constituyen un cambio relevante de las circunstancias jurídicas, que tienen un impacto sobre la vigencia de la obligación de consulta de Cencosud, tal como habría resuelto este Tribunal con anterioridad, citando al efecto las Resoluciones N° 64/2021 y N° 70/2022.

35. La FNE indica que en la industria supermercadista no ha ocurrido un cambio en las circunstancias económicas y que, en consecuencia, este Tribunal no debería acoger la Consulta en los términos planteados por Cencosud. Para estos efectos, considera el mercado relevante del producto delimitado en la Sentencia N° 65/2008, esto es, aguas abajo, el segmento de distribución minorista, y aguas arriba, el segmento de aprovisionamiento mayorista.

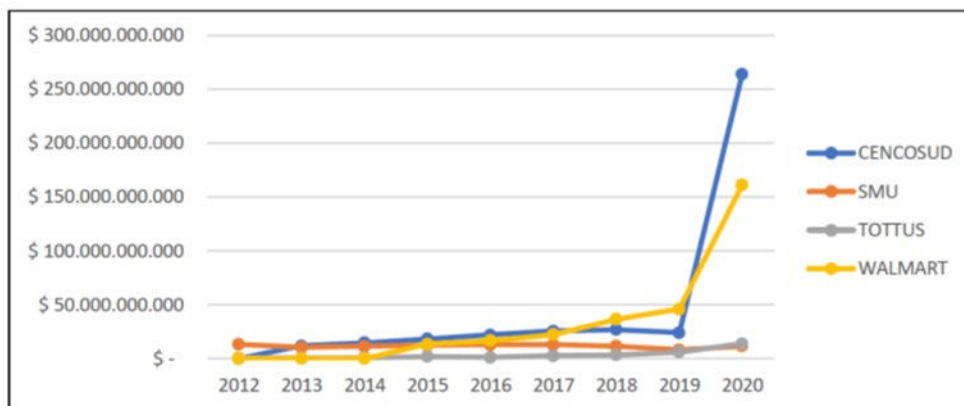
36. En ese orden de ideas, la FNE manifiesta que comparte las definiciones señaladas precedentemente y que han sido ratificadas en decisiones recientes (Resolución N° 70/2022), pero que considera necesario, además, analizar el impacto de la irrupción del comercio electrónico en nuestro país y el auge de las ventas a distancia en el mercado supermercadista.

37. En cuanto al desarrollo del comercio electrónico, la Fiscalía señala que en el mercado supermercadista, entre los años 2012 y 2018, la evolución de las ventas realizadas mediante el canal “*online*” presentó un crecimiento limitado, y que, para el año 2019, dicho mercado habría sufrido una evolución de gran impacto, impulsado principalmente por el aumento en las ventas “*online*” experimentado por las cadenas Cencosud y Walmart. A continuación, se muestra la figura, que contiene la información proporcionada sobre ventas “*online*” por la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

GRÁFICO N° 1 (aporte de antecedentes FNE)

Evolución de las ventas *online* de las cuatro grandes cadenas
supermercadistas



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 40, p.16.

38. Concluye al respecto que, a pesar del importante crecimiento que el canal de venta “*online*” ha experimentado en los últimos años, donde Cencosud destaca por sobre el resto de los actores importantes, el desarrollo de este segmento sigue siendo muy incipiente y se encuentra fuertemente influenciado por el impacto causado por las restricciones introducidas producto de la crisis sanitaria que comenzó el año 2020; y que, el verdadero alcance de la irrupción del canal de venta “*online*” a largo plazo, así como su impacto en la industria física supermercadista, aún no es razonablemente posible de proyectar. Finaliza señalando que el segmento de venta “*online*” correspondería a un mercado separado de la compra presencial de los supermercados.

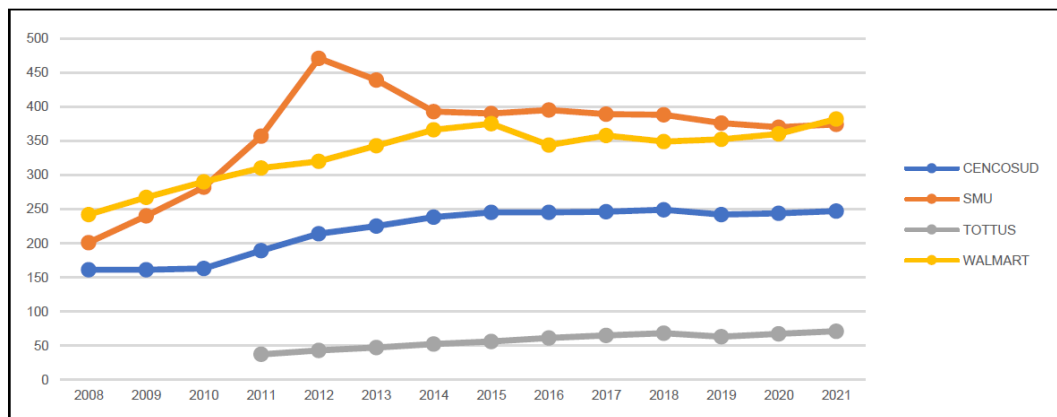
39. Luego, la FNE se refiere a la dimensión geográfica del mercado relevante y presenta un análisis centrado en la posición de Cencosud a nivel nacional en la industria supermercadista. Al respecto, la Fiscalía distingue entre los mercados de distribución minorista y el aprovisionamiento mayorista. El primero, sería eminentemente local, mientras que el segundo tendría un alcance nacional.

40. En relación con la evolución de las condiciones de competencia en el mercado, la FNE indica que las ventas de supermercados a nivel nacional se concentran mayoritariamente en cuatro grupos empresariales: (i) la consultante, Cencosud, con 249 locales operando bajo las marcas Jumbo y Santa Isabel; (ii) Walmart que opera alrededor de 352 tiendas bajo las marcas Líder, Líder Express, Superbodega Acuenta y Central Mayorista, posicionándose como la cadena de supermercados más grande del país en base a ingresos; (iii) SMU, con 379 locales operados bajo las marcas Unimarc, Alvi y Mayorista 10, y (iv) Grupo Falabella, quien mediante su marca Tottus, administrada por su filial Hipermercados Tottus S.A, opera 70 locales en el país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

41. La FNE observa que Cencosud habría mantenido un aumento gradual en el número de locales, pasando de 161, que tenía en 2008, a cerca de 250 que tiene actualmente. Dicha evolución sería semejante en el caso de Walmart y de Tottus. SMU, por su parte, presentó un fuerte aumento entre los años 2008 y 2012, para luego mantenerse relativamente estable entre 2014 y 2021, como se desprende del Gráfico N° 2 de su aporte de antecedentes.

GRÁFICO N° 2 (aporte de antecedentes FNE)
Número de locales a nivel nacional por grupo empresarial

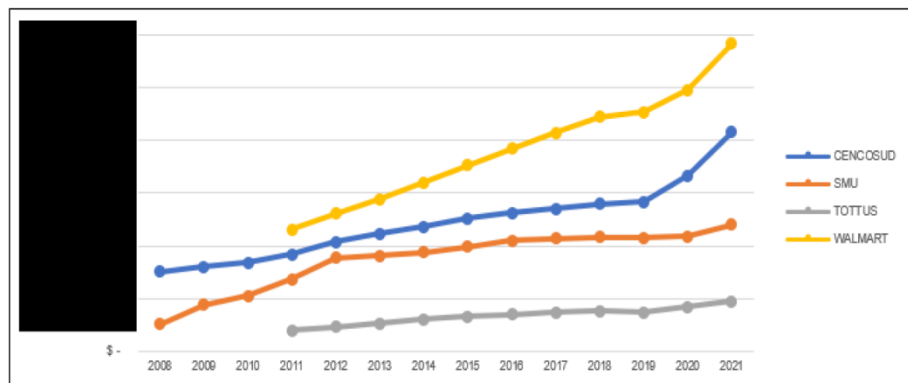


Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 40, p. 20.

42. Las mismas conclusiones las replica respecto de la evolución en metros cuadrados disponibles por grupo empresarial (folio 40, Gráfico N° 3, p. 21).

43. Luego, en relación con la evolución de ventas en pesos chilenos, la FNE observa que los actores supermercadistas habrían mantenido en general una tendencia al alza, destacándose Walmart como el competidor que más ha aumentado sus ventas en los últimos años, aunque es Cencosud el competidor que proporcionalmente ha aumentado más su participación de mercado. Grafica lo anterior, insertando en su presentación los siguientes diagramas:

GRÁFICO N° 4 (aporte de antecedentes FNE)
Ventas anuales a nivel nacional por grupo empresarial (en CLP)



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 40, p. 21.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 1 (aporte de antecedentes FNE)
Participaciones en ventas a nivel nacional

Cadena	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Walmart	[30%-40%)	[40%-50%)	[40%-50%)	[40%-50%)	[40%-50%)	[40%-50%)	[40%-50%)	[40%-50%)
Cencosud	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[30%-40%)
SMU	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[20%-30%)	[10%-20%)	[10%-20%)
Tottus	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)	[0%-10%)

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 40, p. 22.

44. En relación con las condiciones de entrada identificadas en el año 2008 cuando se dictó la Sentencia N° 65/2008, sostiene que no se observan cambios relevantes en los elementos que fueron identificados como barreras a la entrada. En particular, a su juicio, se mantiene la existencia de ventajas de costo, tanto por economías de escala, ámbito y densidad, y de volumen de compra, por parte de las tres principales cadenas nacionales –Walmart, Cencosud y SMU–, y también, pero en menor medida, por Tottus. Así, el tamaño mínimo eficiente de operación que permite a un entrante disciplinar con efectividad a las cadenas incumbentes constituye una barrera de entrada relevante para competidores de menor escala.

45. Concluye que, sobre la base de los antecedentes recabados en su investigación, las distintas cadenas y marcas de supermercados habrían logrado un posicionamiento en el mercado mediante distintas estrategias competitivas, a través de las cuales pretenden imprimir una diferenciación entre sus distintas marcas.

46. Posteriormente, sostiene que, al comparar la situación fáctica al momento de la Sentencia N° 65/2008 y del Avenimiento con la situación actual de la industria supermercadista, no existirían modificaciones relevantes que vuelvan necesaria la modificación de la Cláusula Quinta en los términos solicitados por Cencosud.

47. Al respecto, sostiene que Cencosud, según se indicó en la Sentencia N° 65/2008, se posicionaba como el segundo actor del mercado con un 28,8% de participación en ventas al año 2006 y su crecimiento se explicaba principalmente por la compra de otras cadenas de supermercados. En la actualidad, según la Fiscalía, la Solicitante se ha consolidado como el segundo actor del mercado con un [30%-40%] de participación en ventas en 2021, aumentando su participación en el mercado desde 2008 a la fecha.

48. Por otra parte, afirma que las barreras a la entrada en la industria supermercadista no han disminuido y que, consecuentemente, los riesgos proyectados por el requerimiento y la Sentencia N° 65/2008, que fundamentan la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cláusula en comento, aún persisten inalterados si se considera el mercado analizado y que las barreras a la entrada no han variado sustancialmente.

49. Así, la FNE, considera que efectivamente el cambio normativo justifica la modificación de la Cláusula Quinta del Avenimiento, mas no en los términos solicitados por Cencosud, proponiendo al efecto que la referida cláusula sea reemplazada por otra condición que deje a Cencosud en una situación equivalente, pero ahora conforme a la Ley N° 20.495. Lo anterior implicaría que, sujeto a las formas y plazos prescritos por el Título IV del D.L. N° 211, no debería ser el Tribunal sino la FNE quién se encargue de revisar todas las operaciones de concentración que Cencosud celebre en la industria supermercadista, con prescindencia de los umbrales de venta establecidos en el artículo 48 del citado cuerpo legal.

50. En el mismo orden de ideas, añade que la existencia de umbrales de notificación no implica, necesariamente, una distinción estricta entre operaciones que generen riesgos para la competencia y aquellas que no, por cuanto dicho régimen puede llevar a vacíos regulatorios que se manifiestan con especial énfasis en la industria de supermercados atendidas sus características especiales.

51. Respecto al control *ex post* previsto por la citada ley, indica que debe considerarse como de última *ratio* atendidas sus deficiencias, sobre todo en industrias como la de los supermercados.

52. Concluye señalando que aceptar lo propuesto por Cencosud, esto es que solo deba notificar *ex ante* a la FNE aquellas operaciones de concentración que superen los umbrales, o en subsidio, además de lo anterior notificar *ex post* aquellas que queden bajo los umbrales, conllevaría relajar la carga regulatoria vigente sin que existan causas que lo justifiquen y por ello estima que se le debiese imponer a la Consultante la obligación de notificar todas sus operaciones de concentración a la FNE conforme al Título IV del D.L. N° 211, independientemente de si superan o no los umbrales establecidos de conformidad al artículo 48 del mismo cuerpo legal, a fin de que sus efectos puedan ser revisados por la Fiscalía *ex ante* siguiendo las reglas, plazos y procedimientos establecidos en la ley.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

53. Al folio 42 consta la citación a la audiencia pública para el 19 de octubre de 2022, a las 09:30 horas. La publicación en el Diario Oficial se efectuó el 24 de septiembre de 2022, según consta a folio 52. En la audiencia pública, que se realizó por videoconferencia, intervinieron los apoderados de la Consultante y la FNE, según consta en el certificado de folio 58.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO DE LA CONSULTA

1. La Consulta tiene por objeto que se analice si procede la modificación de la Cláusula Quinta del Avenimiento celebrado entre Cencosud y la FNE, aprobado por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de 24 de julio de 2008, en los autos Rol N° 2998-2008, por cuanto, a juicio de la Consultante, existiría un cambio relevante en las circunstancias jurídicas.

2. La Cláusula Quinta, en resumen, impuso a Cencosud la obligación de consultar a este Tribunal toda operación de concentración en que intervenga en la industria supermercadista, en los términos en que lo ordenó la Sentencia N°65/2008. En concreto, tal como se indica en la parte expositiva de esta resolución (v.gr., párr.6), en la Sentencia N°65/2008, en su parte resolutoria, se ordenó “*a Cencosud S.A. consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en que intervenga, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores*”.

3. La Consultante solicita que se modifique la referida cláusula, estableciéndose que Cencosud deba notificar todas las operaciones de concentración que hace referencia la Sentencia N° 65/2008 ante la FNE y de conformidad con lo dispuesto en el Título IV del D.L. N° 211. En subsidio de lo anterior, solicita que se modifique la Cláusula Quinta, en el sentido de que la Consultante deba, adicionalmente al deber de notificación obligatoria conforme al Título IV del D.L. N° 211, informar a la Fiscalía dentro del plazo de diez días hábiles administrativos contados desde la fecha del perfeccionamiento, de toda otra operación de concentración a la que hace referencia la Sentencia N° 65/2008 que no haya sido notificada previamente a la FNE en forma obligatoria conforme dispone la Ley.

B. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

4. La Cláusula Quinta fue acordada en el Avenimiento celebrado entre Cencosud y la Fiscalía, ante la Excma. Corte Suprema, en el marco del recurso de reclamación deducido contra la Sentencia N° 65/2008 (Rol de Ingreso de Corte N° 2998-2008).

5. Dicha medida no señala un plazo de expiración, por lo que debe entenderse de duración indefinida, salvo que ella misma hubiera establecido un plazo para su vigencia, lo que no ocurre en este caso. Así se ha entendido en esta sede (véase, Sentencia N° 117/2011, c. 17° y 20°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. Sin perjuicio de lo anterior, es posible solicitar el alzamiento o modificación de una condición impuesta o acordada con motivo de un procedimiento seguido en esta sede. Para ello, es necesaria la presentación de una consulta en la que se solicite tal alzamiento o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, conforme al artículo 32 del D.L. N° 211, los cuales deben dar cuenta de un cambio de circunstancias jurídicas o económicas, tomando, además, en consideración la finalidad que se quería alcanzar con la medida adoptada (véanse, Sentencia N° 117/2011 c. 21°; Resolución N° 53/2018, párr. 123; y Resolución N° 57/2019, párr. 50, 51 y 52).

7. Así, para efectos del pronunciamiento de fondo es necesario determinar la finalidad económica que la medida buscaba originalmente en el caso concreto y bajo ese prisma, examinar si existe un cambio en las circunstancias relevante que amerite su alzamiento o modificación (véase, Sentencia N° 147/2015, c. 10°). Las Resoluciones N° 64/2021 y N° 70/2022, que acogieron la solicitud de alzamiento de condiciones impuestas en los mercados de radiodifusión y supermercadista, respectivamente, confirman los anteriores precedentes.

8. Finalmente, no se puede obviar que existe un pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema en relación con condiciones impuestas en la industria supermercadista. En efecto, al acoger este Tribunal una demanda interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios contra Cencosud S.A. por incumplimiento de una de las medidas impuestas en la Resolución N° 43/2012, seguida bajo el rol contencioso N° 315-2016, la Excma. Corte Suprema resolvió que *“ante una Resolución que impone medidas conductuales a la incumbente -plenamente vigente- lo exigible es que aquella inicie el procedimiento no contencioso respectivo que permita dilucidar su situación actual en el mercado y analice la pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas”*; y que un cambio o variación de las condiciones en el mercado, *“sólo autoriza [al agente económico obligado] para que solicite el cambio o eliminación de las medidas de mitigación en el procedimiento no contencioso correspondiente”* (Sentencia C.S. Rol N° 44.266-2017, c. 17°).

9. En consecuencia, procede analizar si los antecedentes aportados acreditan un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron lo ordenado en la Sentencia N° 65/2008, luego recogido en la Cláusula Quinta del Avenimiento, y que la Consultante solicita revisar.

C. ANÁLISIS DE LA MEDIDA OBJETO DE LA CONSULTA

Existencia de un cambio en las circunstancias económicas

10. La decisión adoptada en la Sentencia N° 65/2008, relativa a la obligación de Cencosud de consultar ante este Tribunal, en forma previa, cualquier operación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concentración en la industria supermercadista en que interviniera esta o sus personas relacionadas, directa o indirectamente, se fundó en que la estrategia de crecimiento empleada por Cencosud, basada en la toma de control de empresas rivales, sobre todo regionales, podía restringir o entorpecer en forma significativa la libre competencia en los mercados. El efecto final sobre el bienestar del consumidor que resulta de una estrategia de crecimiento como la señalada, requiere ser analizado caso a caso, para lo cual se debe determinar quiénes son los competidores en el mercado del producto y geográfico relevante, así como cuáles son las condiciones de entrada al mismo. Junto a ello, se tuvo en consideración *“la creciente concentración de los mercados en los que participa la requerida [Cencosud], 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”* (c° 122 y 123).

11. Como se observa de lo descrito en el párrafo anterior, al imponer la medida, el Tribunal tuvo en consideración los siguientes antecedentes referidos a la estructura de los mercados relevantes en que esta se desenvolvía: (i) la concentración del mercado; (ii) las condiciones de entrada; y (iii) la posición que ocupaba Cencosud en ellos.

12. En vista de ello, se analizará si ha existido un cambio en las circunstancias económicas que, por si sola, justifique el alzamiento de la medida que solicita la Consultante. Para esto, se debe definir el o los mercados relevantes en los que participa Cencosud, así como la evolución de las condiciones de competencia presentes en estos desde el momento en que se dictó la Sentencia N° 65/2008 hasta la fecha de presentación de la Consulta. Este criterio de evaluación ha sido aplicado en las últimas consultas en que se ha solicitado el alzamiento o modificación de medidas que obligaban a consultar operaciones de concentración (véanse, Resolución N° 64/2021 y Resolución N° 70/2022).

13. En relación con el mercado relevante, la Sentencia N° 65/2008 estableció la existencia de dos mercados del producto en los que participan los supermercados, a saber: (i) aguas arriba, comprendiendo el aprovisionamiento mayorista de supermercados, de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar, esto es, el mercado en que los supermercados actúan como demandantes de los bienes que posteriormente venden en sus salas de ventas; y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ii) aguas abajo, comprendiendo la distribución de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar, a consumidores finales, es decir, el mercado en que los supermercados actúan como oferentes (Sentencia N° 65/2008, c. 53° y 72°, respectivamente).

14. En cuanto al alcance geográfico del mercado, se señaló que el mercado de aprovisionamiento mayorista es nacional. El canal de distribución supermercadista tiene presencia en una gran parte del territorio nacional, y una proporción significativa de los proveedores mayoristas busca colocar sus productos a nivel nacional. Con todo, el mercado geográfico relevante puede ser regional, o local, en relación con determinados productos que, por sus características, se comercializan sólo en dichos ámbitos. En relación con el mercado geográfico de la distribución minorista realizada por supermercados, se indicó que la competencia se da en un ámbito local, determinado por la distancia que para el consumidor resulte razonable desplazarse para realizar compras de este tipo, utilizando para estos efectos el concepto de “áreas de influencia” (Resolución N° 65/2008, c. 54°, 73° y 74°).

15. La Sentencia N° 65/2008 tuvo en especial consideración las ventajas en costos que tenía Cencosud debido a su avanzado grado de desarrollo y consolidación (c. 89°), lo que implica que debe examinarse el ámbito geográfico nacional. En concordancia con lo anterior, en la Resolución N° 43/2012 también se tomó este aspecto en consideración, resolviéndose que en la provisión minorista es necesario “*analizar la estructura del mercado a nivel nacional*”, por las ventajas en costos que tienen las cadenas de supermercados que operan a una escala multi regional, lo que repercute en el análisis de entrada de nuevos actores al mercado.

16. Estas definiciones de mercado relevante son consistentes con las utilizadas por este Tribunal en la Resolución N° 70/2022, referida a esta misma industria, por lo que, no existiendo nuevos antecedentes ni discrepancias sobre este punto, se adoptarán también en la presente resolución.

17. En primer término, en lo concerniente al mercado aguas arriba – aprovisionamiento mayorista– que es un mercado de alcance nacional, la participación de mercado, medida en ventas, de cada cadena de supermercados resulta ser una buena aproximación de la importancia relativa de estas. En segundo término, si bien el mercado relevante aguas abajo de distribución minorista se ha definido con un alcance local, en razón de lo expuesto en los párrafos precedentes, las participaciones de mercado en la distribución minorista serán reportadas a nivel nacional. Se hace presente que, respecto del ámbito local, no se aportaron antecedentes que den cuenta de la participación que tendría Cencosud en cada uno de dichos mercados en los que participa. A este respecto, cabe señalar que la FNE informó que actualmente Cencosud cuenta con 249 supermercados en el país

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(folio 40, p. 18), por lo que, en principio, la Consultante podría participar en la distribución minorista hasta en 249 mercados geográficos.

18. La Tabla N° 1 muestra a continuación la evolución que ha experimentado la participación de mercado de la Consultante durante los últimos años, participación que refleja su posición como demandante de bienes en el mercado aguas arriba (provisión mayorista a supermercados), como también su posición como oferente de bienes en el mercado aguas abajo (provisión minorista por parte de supermercados a consumidores finales).

Tabla N° 1: Participaciones de mercado en ventas a nivel nacional

Cadena	2006	(...)	2017	2018	2019	2020	2021
Walmart		(...)	42,3%	43,4%	43,9%	44,1%	[40 - 50]%
Cencosud	28,8%	(...)	27,4%	27,1%	27,3%	29,2%	[30 - 40]%
SMU		(...)	21,6%	21,0%	20,8%	19,1%	[10 - 20]%
Tottus		(...)	7,4%	7,4%	7,1%	7,3%	[0 - 10]%
Montserrat		(...)	1,2%	1,0%	0,7%	0,2%	sin info.
Erbi		(...)	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%	sin info.
Total		(...)	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración HHI	N.A.	(...)	3061	3115	3161	3211	3258
Concentración C2	62,6%	(...)	69,6%	70,5%	71,2%	73,3%	74,9%

Fuente: elaboración propia en base a Sentencia N° 65/2008, c. 55°, Resolución N° 70/2022, párrafo 35 y aporte de antecedentes FNE de folio 40, párrafo 57.

19. Como se puede observar, el mercado ha aumentado su concentración en el tiempo. Evidencia de ello es el índice de concentración C2 que, en este caso, se calcula sumando la participación de Walmart y Cencosud. Asimismo, cabe relevar que la participación de mercado de Cencosud se ha incrementado respecto del valor que tuvo en cuenta el Tribunal cuando le impuso la medida en cuestión, aun cuando ese crecimiento de Cencosud, a diferencia de cuando se impuso la medida, no ha sido consecuencia de la compra de empresas rivales.

20. En consideración de estos antecedentes, se puede inferir que la importancia de Cencosud, en su calidad de demandante de productos de proveedores mayoristas, ha aumentado en proporción a como lo hizo su participación en la distribución minorista a nivel nacional. En otras palabras, la importancia relativa de Cencosud se ha incrementado, tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo. Por lo tanto, en lo referido a la concentración de los mercados y la posición de Cencosud en estos, se puede concluir que no existen cambios de circunstancias económicas que permitan, por sí solos, alzar la medida.

21. En cuanto a las condiciones de entrada en la industria, su análisis es relevante, porque una alta participación de mercado no implica, necesariamente, un elevado poder de mercado de quien tiene tal participación si existen posibilidades concretas de que competidores puedan entrar o expandir sus negocios, en plazos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

razonables y de manera efectiva. Ello implica que es necesario determinar si existen o no barreras de entrada o condiciones que dificulten o impidan el ingreso al negocio supermercadista, o bien barreras a la expansión de los actores existentes en el mercado relevante (Sentencia N° 65/2008, c. 83°).

22. Se ha determinado que las principales barreras a la entrada en esta industria son: (i) las ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas que derivan de las economías de escala, ámbito y densidad; y (ii) la posibilidad que tienen las empresas incumbentes de adoptar estrategias que, en los hechos, limiten la entrada de empresas rivales, como la compra de competidores, que incrementa las dificultades que tienen rivales con menores escalas de operación para disciplinar a quienes tienen mayor poder de mercado, o el acaparamiento de terrenos potencialmente aptos para instalar supermercados, que son escasos (Sentencia N° 65/2008, c. 84° a 100°, y Resolución N° 43/2012, párr. 9.20).

23. Al respecto, no existen antecedentes en el proceso que sugieran o den cuenta que las condiciones de entrada han cambiado de manera significativa en esta industria. En efecto, la FNE sostuvo que *“los antecedentes recabados (...) dan cuenta que no ha existido una variación significativa y permanente en las barreras de entrada entre el año 2008 y la actualidad”* (folio 40, p. 24). En similar sentido se pronunció Conadecus al señalar que *“la creciente concentración de los mercados en los que participa Cencosud, las perceptibles barreras de entrada, la posición que Cencosud ocupe en esos mercados y los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de Cencosud, se mantienen intactas”* (folio 34, pp. 3 y 4).

24. La Consultante no esgrime argumentos relacionados con cambios en las circunstancias económicas en su solicitud. En efecto, indicó que *“la solicitud de modificación de la cláusula quinta del Avenimiento se basa únicamente en un cambio de circunstancias jurídicas”* (folio 3, p. 9). Por otra parte, la mayor concentración existente en la actualidad en la industria supermercadista no derivaría de una estrategia como la aplicada cuando se adoptó la medida (*supra*, párr. 19). Por lo tanto, se concluye que las barreras a la entrada o a la expansión identificadas en la Sentencia N° 65/2008 aún persisten.

25. A mayor abundamiento, es un hecho público que durante los últimos años se ha desarrollado el comercio *online* en diversos ámbitos de la economía, y la industria supermercadista no ha sido la excepción. La FNE informó que los cuatro grandes actores de la industria –Walmart, Cencosud, SMU y Tottus–, han desarrollado plataformas que permiten realizar compras *online*. Dentro de este canal de ventas, Cencosud es el actor que registra las mayores ventas (FNE a folio 40, p. 16), por lo que, aun si se considerase que las compras *online* pertenecen al mismo mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante que las compras presenciales, las conclusiones del análisis desarrollado en esta resolución se mantendrían esencialmente inalteradas. En cualquier caso, de considerarse las compras *online* dentro del mismo mercado relevante que las compras físicas, la principal consecuencia sería el hecho que se requeriría un menor número de locales de venta a público, pues es posible recurrir a las denominadas “*dark stores*”, que son centros de acopio de mercadería desde los cuales los *shoppers* o quienes realizan las compras de las plataformas *online* retiran la mercadería para luego distribuirla a los clientes y consumidores finales.

26. Respecto de la finalidad de la medida impuesta, la Sentencia N° 65/2008 señaló, por una parte, que la disminución en el número de competidores en el ámbito local de competencia producía, en términos esperados y estadísticamente significativos, un aumento en los precios al consumidor (c. 118°), aunque si Cencosud no participaba previamente del mercado geográfico de un potencial adquirido, en el corto plazo ese efecto no debía producirse (c. 119°), dando cuenta de la existencia de otros factores que podían incidir en la intensidad competitiva del mercado. Por ello, concluye que el efecto final sobre el bienestar del consumidor que resulta de una política de expansión basada en la compra de competidores requería ser analizado caso a caso (c. 122°). En particular, se afirmó que *“atendida la creciente concentración de los mercados en los que participa la requerida, las perceptibles barreras a la 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”* y que el requerimiento se acogía *“sólo en cuanto, conforme a la evidencia reunida en autos, [se declara] que las estrategias de crecimiento de la requerida [Cencosud] basadas en la toma de control de empresas rivales en algunos casos tiende a restringir o entorpecer en forma significativa la libre competencia”* (c. 123°).

27. Así, aparece que la medida impuesta buscó que una estrategia de compra de empresas rivales estuviera sujeta al escrutinio de parte de este Tribunal. Con todo, cabe señalar que en los últimos años Cencosud no ha seguido dicha estrategia. Así lo confirma el hecho de que no ha ingresado ninguna consulta de fusión o compra de empresas rivales en los últimos años, salvo la consulta presentada por esa empresa (NC N° 465-20) para poder arrendar unos locales en Valdivia a la Inmobiliaria Catedral, que requería alzar –respecto de la comuna de Valdivia– la medida de mitigación impuesta originalmente respecto de SMU en la Resolución N° 43/2012. En este caso, el Tribunal alzó la medida pues se consideró que existía un cambio en las circunstancias económicas en el mercado geográfico local: *“[l]os niveles de concentración en el mercado definido en esta resolución se han reducido sostenidamente desde el año 2013, lo que se acentuó el año 2017 con*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la entrada en operación de Jumbo Valdivia y de nuevos competidores. Asimismo, la información aportada al proceso permite concluir que la suscripción del Contrato de Arrendamiento, y la consecuente entrada de Jumbo Valdivia, no afectó negativamente a la competencia” (Resolución 65/2021, párr. 78).

28. En definitiva, y sin perjuicio de lo recién señalado, el examen de las fuentes de presión competitiva que enfrentaría Cencosud y las condiciones estructurales del mercado dan cuenta de que no existen cambios significativos en las circunstancias económicas tenidas a la vista en la Sentencia N° 65/2008.

Existencia de un cambio en las circunstancias jurídicas

29. A este respecto, la Consultante solicita que se modifique la Cláusula Quinta del Avenimiento, estableciéndose que Cencosud deba notificar las operaciones de concentración a que alude la Sentencia N° 65/2008 ante la FNE y de conformidad con las reglas generales del actual Título IV del D.L. 211, incorporado por la Ley N° 20.945.

30. En efecto, ese ordenamiento legal instauró un sistema de control preventivo de operaciones de concentración, el cual vino a reemplazar la práctica de consultas voluntarias respecto de ciertas operaciones de concentración, conocidas por el Tribunal en función de la potestad establecida en el N° 2 del artículo 18 del D.L. N° 211. El nuevo sistema de control, que se radica en la FNE, entró en vigor el 1° de junio de 2017, en forma posterior a la Sentencia N° 65/2008 y al Avenimiento.

31. Como se señaló, el sistema de control de operaciones de concentración a la época del Avenimiento estaba fundado en la práctica adoptada por las instituciones de competencia, sin contar con reconocimiento expreso en el D.L. N° 211. Este sistema suponía un nivel relevante de inseguridad jurídica, especialmente por basarse en el mecanismo de consultas, que es eminentemente voluntario. De esta forma, la decisión de consultar o no una operación quedaba en manos de las empresas, o bien, sujeta a la información que sobre una eventual operación pudieran tener la Fiscalía o terceros, lo que dejaba espacios para que un sinnúmero de operaciones eventualmente anticompetitivas escapara del sistema de control. Asimismo, el procedimiento del artículo 31 del D.L. N° 211, no permitía un diálogo entre la solicitante y la autoridad, lo que también generaba una incertidumbre relevante para los agentes económicos, que podía desincentivar el recurso a la consulta voluntaria. Todos estos problemas redundaban en una asignación ineficiente de recursos, que repercutía negativamente en el bienestar de los consumidores (véase, Secretariado de la OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*, 2014, pp. 60-62). Es en este contexto regulatorio en el cual se dictó la Sentencia N° 65/2008 y se celebró el Avenimiento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Como consecuencia del nuevo marco legal establecido por la Ley N° 20.945 en el año 2016, el Tribunal dejó de ser competente para conocer de las operaciones de concentración, cuando éstas son de aquellas a las que se refiere el Título IV del D.L. N° 211. En concreto, la Ley N° 20.945 circunscribió el alcance de la potestad consultiva de este Tribunal precisamente a aquellos hechos, actos o contratos “*distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV*” (artículo 18 N° 2, D.L. N° 211). El procedimiento de control es también fundamentalmente distinto al reglado por el artículo 31 del D.L. N° 211.

33. Asimismo, de conformidad con el nuevo régimen legal de operaciones de concentración, existe un mecanismo reglado para establecer las operaciones que quedarán sujetas a este sistema de control, cual es el establecimiento de umbrales de ventas de los agentes involucrados. Así, solo quienes pretendan materializar una operación de concentración, en los términos del artículo 47 del D.L. N° 211, que superen esos umbrales de ventas, establecidos de acuerdo a la resolución que al efecto dicte la FNE (actualmente, la Resolución Exenta N°157/2019, de 25 de marzo de 2019), deben notificarla ante la Fiscalía, previo a su perfeccionamiento, a fin de evaluar sus efectos sobre la competencia. El uso de umbrales que determinan el deber de notificar una determinada operación supone dejar fuera aquellas transacciones cuyos potenciales efectos anticompetitivos es improbable que sean significativos (véase, International Competition Network, Merger Working Group, Notification & Procedures Subgroup, *Setting Notifications Thresholds for Merger Review, Report to the ICN Annual Conference*, Kyoto, Japan, Abril 2008, p. 4). Así, se evita incurrir en costos innecesarios y se resguarda el uso de los recursos de la agencia de competencia. La FNE señala que “*el monto de los umbrales debe tomar en consideración su capacidad para someter al análisis de la FNE aquellas operaciones de concentración con aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados, así como los costos de transacción asociados y la carga administrativa a las que serán sometidos el Estado y los agentes económicos*” (Res. Exenta N° 157/2019, c. 5°).

34. Como puede apreciarse, la situación actual del control de operaciones de concentración es muy distinta a la existente a la fecha del Avenimiento, en especial en lo relativo a la notificación obligatoria de determinadas operaciones de concentración, frente a la consulta voluntaria vigente a esa época.

35. En consecuencia, y tal como se ha resuelto con anterioridad por este Tribunal (Resoluciones N° 64/2021 y N° 70/2022), se declarará que el nuevo régimen legal relativo al control de operaciones de concentración incorporado mediante Ley N° 20.945, constituye un cambio relevante en las circunstancias jurídicas que motivaron la Cláusula Quinta objeto de este procedimiento, por lo que corresponde

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

revisar la procedencia de su alzamiento o modificación, conforme a las consideraciones que siguen.

Riesgos que se intentaron precaver con la medida

36. Habiéndose concluido que no existen cambios en las circunstancias económicas tenidas a la vista en la Sentencia N° 65/2008, pero sí en las circunstancias jurídicas, corresponde evaluar si los riesgos que se buscaron precaver con la imposición de la Cláusula Quinta del Avenimiento aún persisten.

37. La obligación de consulta impuesta en la Sentencia N° 65/2008 tuvo por objeto evitar *“los efectos negativos sobre la competencia que tiende a producir la toma de control de competidores por parte de la requerida [Cencosud], 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”*. Junto a ello, el Tribunal fundamentó la imposición de la medida habida cuenta que *“los efectos que para la competencia pueden producirse con motivo de cada operación de concentración en que la requerida [Cencosud] decida participar, deben ser analizados caso a caso, atendiendo a las particulares características de las empresas que esa concentración involucre y de los mercados locales en que incida”* (Sentencia N° 65/2008, c. 123° y 125°).

38. De los antecedentes aportados en autos, se aprecia que aún persiste el riesgo de abuso de posición dominante que intentó precaver el Tribunal con la imposición de la medida referida en la Cláusula Quinta del Avenimiento. Aun cuando el mayor nivel de concentración observado en la industria en la actualidad, en relación con el existente al momento del Avenimiento, no responde a la toma de control por parte de Cencosud de rivales de menor tamaño (salvo por los contratos de arriendo de locales que este Tribunal autorizó en Valdivia mediante Resolución N° 65/2021), tal como se señaló en la Sentencia N° 65/2008, los efectos para la competencia de las operaciones de concentración deben determinarse caso a caso. Estas operaciones no pueden calificarse como beneficiosas o perjudiciales para los consumidores sólo en función de la estrategia comercial a la que respondan, sino que ello puede establecerse después del análisis de los antecedentes que resulten relevantes para el caso concreto, en particular considerando el ámbito geográfico en que la operación en cuestión tenga efectos.

Obligaciones a que están sujetos otros actores del mercado

39. Para efectos de determinar si corresponde alzar o modificar la Cláusula Quinta, se tomará en consideración la regulación aplicable sobre esta materia a otros actores de la industria supermercadista, atendido que tanto Walmart, el principal agente del mercado medido en ventas, como SMU, tercero en esa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medición, están sujetas a reglas especiales respecto de las operaciones de concentración que pretendan realizar.

40. Según dispone la cláusula II.8. sobre “Operaciones de Concentración” del avenimiento de 15 de diciembre de 2006 entre la FNE y D&S, antecesora de Walmart, rolante a fojas 453 de la causa rol C N° 101-06, *“D&S deberá sujetarse a las normas legales generales vigentes en materia de defensa de la libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, D&S se compromete a informar a la FNE de cualquier operación de concentración que pretenda realizar, con una antelación razonable, no inferior a 30 días corridos a su perfeccionamiento”*.

41. En consecuencia, y sin perjuicio de que el avenimiento al que llegó con la FNE haya sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, a Walmart se le aplica en la actualidad el Título IV del D.L. N° 211 para todas las operaciones de concentración que queden por sobre los umbrales de notificación obligatoria. Respecto de las operaciones que queden bajo dichos umbrales, la FNE sostuvo que, en los hechos, bajo el nuevo sistema de control, Walmart ha notificado voluntariamente sus operaciones de concentración, indicando que ello ha ocurrido en tres ocasiones (folio 58, p. 6 y presentación adjunta, que refiere los procedimientos F268-2021, F269-2021 y F287-2021; a ellos se agregan los procedimientos F113-2018 y F161-2018 que involucran a Walmart, pero se vinculan con otras industrias).

42. Por su parte, SMU llegó a un avenimiento con la FNE, suscrito ante la Excm. Corte Suprema, en el marco de los autos Rol C.S. N° 40.807-2022. En ese acuerdo se indica que SMU notificará a la FNE toda operación de concentración en la que participe cualquier agente económico del grupo empresarial de SMU y Corpgroup en la industria supermercadista, de conformidad con el Título IV del D.L. N° 211, en forma previa a su perfeccionamiento y con prescindencia de si los agentes económicos que proyectan concentrarse superan o no los umbrales de venta establecidos en la regulación vigente.

43. De esta forma, se aprecia que, aun cuando se trata de reglas diversas, tanto Walmart como SMU están sujetas a la carga de informar a la FNE de cualquier operación de concentración que pretendan realizar en la industria supermercadista, sea que superen o no los umbrales establecidos en la regulación vigente a la fecha, con antelación a su celebración.

Solicitudes de Conadecus

44. Tal como se indicó en la parte expositiva (véase párr. 16 y siguientes), Conadecus solicitó el rechazo de la consulta y, en subsidio, para el caso en que fuese acogida, pidió que este Tribunal decretara las medidas detalladas en el párrafo 22 de la parte expositiva de esta resolución.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45. Con todo, no es posible acceder a lo solicitado por la aportante, pues excede el objeto de esta Consulta. En particular, sus peticiones no se relacionan con el análisis que se debe realizar para determinar si en definitiva procede o no la modificación de la Cláusula Quinta del Avenimiento, y sus peticiones subsidiarias suponen contravenir la normativa aplicable.

46. Respecto de su primera solicitud subsidiaria, esto es *“[Q]ue se acceda a lo solicitado por Cencosud, en el sentido que las eventuales operaciones de concentración que decida hacer en el futuro sean notificadas a la FNE, conforme al actual Título IV del DL 211, pero que la Fiscalía asuma la obligación de consultar siempre, en cada caso, la opinión de SERNAC y de potenciales afectados como los consumidores, los competidores o los proveedores de Cencosud”*, esta resulta improcedente, por cuanto es el artículo 39 del D.L. N° 211 el cuerpo normativo que dispone las atribuciones y deberes de la Fiscalía, careciendo esta magistratura de competencia para reglar los procedimientos que rigen a dicha institución.

47. En cuanto a la tercera solicitud relativa a *“[q]ue la FNE, sobre la base de la nueva investigación del mercado de los supermercados que está desarrollando, Rol FNE 2705-22, incluya a las grandes empresas distribuidoras mayoristas y considere la posibilidad de proponer al H. Tribunal la desintegración vertical de las mismas, de modo que aseguren un mismo trato tanto a sus (las grandes cadenas de supermercados) como al comercio minorista en general (almacenes y pequeños supermercados)”*, este Tribunal no es competente para dar directrices a la FNE en el marco de las investigaciones que esta realice en uso de sus atribuciones, en atención a la independencia de esta institución consagrada en los artículos 33 y 39 inciso primero del D.L. N° 211. A mayor abundamiento, a la fecha, esta magistratura desconoce el asunto tratado en la referida investigación.

48. Finalmente, en relación con la segunda solicitud referente a que este Tribunal *“(…) en uso de la facultad establecida en el artículo 18, numeral 4, del DL 211, proponga al Presidente de la República la modificación de la Ley N° 20.945, de modo que en las operaciones de concentración que estudie la FNE, los terceros potenciales afectados siempre puedan aportar antecedentes y hacerse parte, tal como ocurría antes de la dictación de ese cuerpo legal; así como proponer que, tanto en caso de aprobación como de rechazo de la operación de concentración, dispongan los terceros potencialmente afectados del recurso de revisión especial ante el H. Tribunal”*, siguiendo el criterio establecido por la Excmá. Corte Suprema en la Sentencia dictada en los autos Rol N° 1855-2009, este procedimiento no es la vía idónea para que este Tribunal efectúe una proposición en ese sentido al Presidente de la República. En efecto, no corresponde ejercer la referida facultad en el marco de un pronunciamiento que se emitirá en virtud de lo dispuesto en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, en cuanto esa materia no fue objeto de la consulta de autos ni de la resolución de inicio dictada al efecto y no se corresponde con la discusión que se llevó adelante en estos autos de conformidad a lo consultado y la resolución que dio inicio al procedimiento, que lo limita específicamente a la solicitud de modificación de la Cláusula Quinta del Avenimiento.

Conclusiones

49. A partir del análisis realizado, los antecedentes aportados en autos y la constatación de que se ha producido un cambio de circunstancias relevante en lo referido a la normativa aplicable, y aun cuando es efectivo que las condiciones desfavorables a la entrada en la industria supermercadista se mantienen sin cambios significativos desde la celebración del Avenimiento, en opinión de este Tribunal, resulta necesario adecuar el régimen regulatorio establecido en la Cláusula Quinta del Avenimiento al marco normativo de control de operaciones de concentración vigente en la actualidad. Para ello se tomarán en consideración, además, las obligaciones hoy vigentes sobre los competidores directos de Cencosud.

50. Ante todo, atendidas las modificaciones al marco regulatorio que han excluido a este Tribunal mayormente del control de operaciones de concentración, no se advierten razones para establecer un régimen especial para un actor de la industria supermercadista, por lo que Cencosud deberá sujetarse en sus actuaciones futuras al marco regulatorio establecido en el Título IV del D.L. N° 211, incorporado por la Ley N° 20.945.

51. Sin perjuicio de ello, la Cláusula Quinta es aplicable a toda operación de concentración en la industria supermercadista, sin distinción. Esta medida de consulta obligatoria debe entenderse en el contexto regulatorio de la época, en que, como se señaló *supra*, las operaciones de concentración no tenían un régimen de control específico, sino que su revisión *ex ante* por los organismos de competencia dependía fundamentalmente de la voluntad de las partes que participaban en ellas. Así, al considerar las características específicas de la industria supermercadista, las capacidades de detección de la Fiscalía Nacional Económica, el costo de forzar la desintegración de empresas ya fusionadas y, en particular, las adquisiciones de competidores de menor tamaño ya ocurridas en esa industria, se determinó en su oportunidad la imposición de una obligación de consultar a este Tribunal todas las operaciones de concentración en la industria supermercadista en que estuviera involucrada Cencosud antes de su materialización, de conformidad al artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211.

52. Con todo, como se señaló (*supra*, párr. 35), la definición de umbrales para el control de operaciones de concentración supone excluir de revisión a un número de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transacciones cuyos efectos en la economía *a priori* se estiman como menores o de baja significación. Esta decisión del legislador implica asumir ciertos riesgos como contrapartida a los menores costos para los agentes del mercado y para la agencia de competencia, estableciéndose mecanismos para contrarrestarlos, como, por ejemplo, la posibilidad de que el Fiscal Nacional Económico pueda instruir investigaciones respecto de operaciones que no hayan sido notificadas, dentro del plazo de un año contado desde su perfeccionamiento (D.L. N° 211, art. 48, inciso 9°). Sin perjuicio de ello, la FNE ha señalado que ese mecanismo particular resultaría inadecuado en consideración a las características de la industria supermercadista (folio 40, p. 29) y, en cualquier caso, debe considerarse que la experiencia comparada da cuenta de las dificultades que enfrentan los organismos de defensa de la competencia para revertir eventuales efectos perniciosos de operaciones de concentración ya concretadas (véase, *Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022, p. 32. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges-2022.pdf>).

53. A ello debe agregarse que, tal como se indicó, en la actualidad el mercado se encuentra más concentrado y que la importancia relativa de Cencosud ha aumentado. Ello supone que las fuentes de presión competitiva que pueden disciplinar a Cencosud en la actualidad podrían ser menores que las existentes a la época en que se impuso la medida que se modifica. Así, asumiendo las aprensiones de la FNE, las características de la industria supermercadista, y la pervivencia de los riesgos que se pretendieron precaver mediante la Cláusula Quinta, resulta necesario complementar el régimen de control legal actualmente vigente para evitar que algunas operaciones de concentración en que participe la Consultante queden fuera de la esfera de actuación de los organismos de defensa de la competencia en cuanto ello podría generar riesgos relevantes. A este respecto, debe descartarse la posibilidad de que ello consista en una mera comunicación *ex post* al perfeccionamiento de la operación, como solicita Cencosud en su petición subsidiaria, atendidas las limitaciones antedichas que tiene esa forma de control y las dificultades propias de establecer medidas adecuadas para revertir los efectos de una fusión que eventualmente se considere anticompetitiva.

54. Por otra parte, la necesidad identificada no amerita que se impongan a Cencosud obligaciones más exigentes que las que actualmente se aplican a sus competidores, en particular Walmart, como empresa que cuenta con la mayor participación de mercado, y el tercer actor, SMU.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

55. El avenimiento de 15 de diciembre de 2006, entre la FNE y D&S, antecesora de Walmart, señala que esta empresa tiene la obligación de “informar” a la FNE de las operaciones de concentración que pretenda realizar “con una antelación razonable”. Informar, en su sentido natural y obvio significa, en su primera acepción, “*enterar o dar noticia de algo*” (Diccionario de la Lengua Española, Actualización 2022). Por su parte, el Título IV del D.L. N° 211, que establece las normas aplicables a las operaciones de concentración, solo utiliza la voz “notificar”, tanto para los casos en que es obligatorio sujetarse al procedimiento establecido en ese título, como en aquellos en que las partes voluntariamente se someten a él. Notificar significa “*dar noticia de algo o hacerlo saber con propósito cierto*” (ídem).

56. Así, en el contexto regulatorio actual carece de sentido distinguir entre “informar” y “notificar”. En ambos casos lo que se pretende es dar noticia al organismo encargado de la defensa de la competencia de una operación que se pretende perfeccionar en un determinado plazo, generándose un efecto suspensivo sobre la operación (artículo 49 del D.L. N° 211). Existiendo un mecanismo para notificar voluntariamente las operaciones futuras que quedan bajo los umbrales (D.L. N° 211, art. 48, inc. 8), junto a la facultad de la FNE para declarar una notificación incompleta (D.L. N° 211, art. 50), no se advierte la razón para distinguir entre uno y otro caso solo en función del verbo utilizado en el avenimiento de Walmart. Una interpretación distinta se apartaría de la lógica preventiva que subyace al nuevo sistema de control de fusiones instaurado en la Ley N° 20.945 y diferiría sustancialmente del mecanismo de notificación que forma parte de ese sistema. A mayor abundamiento, la Fiscalía señaló que una mera comunicación relativa a una operación futura sería ineficaz, porque no es factible realizar un control *ex ante* a su respecto –aun cuando la comunicación sea oportuna–, si no se aplican las normas del Título IV (folio 58, p. 6), las que contemplan un procedimiento reglado y las exigencias aplicables a las notificaciones, que se establecen en detalle en el Reglamento sobre Notificación de una operación de concentración, N° 41, de 7 de mayo de 2021, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

57. Por ello, se impondrá a Cencosud la obligación de notificar a la Fiscalía Nacional Económica toda operación de concentración que pretenda realizar en la industria supermercadista, sin consideración de los umbrales establecidos en la Resolución Exenta N° 157/2019, o aquella que en el futuro la reemplace, modifique o enmiende. En opinión de este Tribunal, esta es una medida necesaria y suficiente para mitigar los riesgos detectados provenientes de operaciones de concentración futuras en este mercado, considerando las facultades que el D.L. N° 211 otorga a la Fiscalía Nacional Económica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. Asimismo, en consideración a lo antes expuesto y a lo señalado por la FNE en relación con la conducta de Walmart, esta obligación deja a Cencosud en una situación regulatoria similar a la de los otros dos competidores de mayor tamaño de la industria, esto es, Walmart y SMU.

III. PARTE RESOLUTIVA

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

SE RESUELVE:

Dejar sin efecto la Cláusula Quinta del Avenimiento y en su reemplazo, declarar que Cencosud S.A. y sus empresas relacionadas y filiales, deberán notificar a la FNE, de conformidad al procedimiento establecido en los artículos 47 y siguientes del D.L. N° 211, cualquier operación de concentración que pretenda realizar en la industria supermercadista, incluidas aquellas que queden bajo los umbrales establecidos en la Resolución Exenta N° 157/2019 de la Fiscalía Nacional Económica, de 25 de marzo de 2019, o en aquella que en el futuro la reemplace, modifique o enmiende.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a la Consultante y aportantes de antecedentes que hayan designado correo electrónico para efectos de notificación.

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

Rol NC N° 511-22.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



9E71532D-8362-45F9-8B83-63CB394A2B09