

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 9/2004.

Santiago, cinco de octubre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

1.- A fs. 17, con fecha 2 de enero de 2002 ante la Comisión Preventiva Central se presentó la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G., en adelante AGIP, señalando que durante la fiesta de Navidad de 2001, Supermercados Lider, en Santiago y también en regiones, cadena de propiedad de Distribución y Servicio D & S S.A., en adelante también D & S, realizó una promoción para chocolates que ofreció vender al consumidor durante los días 21, 22, 23 y 24 de diciembre de 2001, con un descuento especial de 30%, exigiéndole a las diversas empresas proveedoras participar en esta promoción.

Agrega que, en consideración a que Nestlé Chile S.A, o también Nestlé, fabricante de diversas marcas de chocolates, se negó a participar en la promoción, Supermercados Líder, como represalia retiró los citados chocolates Nestlé de las estanterías en sus distintos puntos de venta, en sus locales de Santiago y también en regiones.

Añade que en la publicidad de la citada promoción, se incluyeron los chocolates Nestlé no obstante que éstos no estaban presentes en las estanterías, no se podían comprar al precio normal de venta y tampoco al precio de oferta prometido por esta cadena de supermercados, lo que constituiría un engaño a los consumidores.

Lo anterior constituyó, a su juicio, una negativa de venta en perjuicio de los consumidores que no es leal y de buena competencia, ya que estableció una barrera arbitraria para los chocolates Nestlé, con el consiguiente perjuicio a la industria proveedora afectada y a los consumidores.

2.- A fs. 19 la Comisión Preventiva Central solicitó informe a la Fiscalía Nacional Económica, en adelante, la FNE

**3.-** A fs. 25 se presenta una consulta por la misma AGIP a la Comisión Preventiva Central, la que se acumuló a la anterior, según rola a fs. 20. En ella solicita que esa Comisión se pronuncie sobre la licitud, frente a las normas de la libre competencia, de diversas conductas de los supermercados o cadenas de supermercados que, a su juicio, infringen las normas antes señaladas.

Estas conductas se refieren a dos materias que afectan a sus asociados:

a) **Competencia desleal en la comercialización de productos con marcas propias, en perjuicio de las marcas de la industria proveedora.** Señala que es pública y notoria la aparición en casi todos los supermercados del país, de múltiples marcas propias que compiten con los mismos productos de la industria proveedora. Añade que la sola presencia de estas marcas propias no significa “per se” un atentado a la libre competencia, sino que surge cuando dichas marcas propias se exhiben con el propósito de confundir a los consumidores.

b) **Venta de productos bajo el costo.** Señala que los supermercados, eligen “productos ganchos” para vender bajo el costo. Los supermercados están dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales, porque así ellos aumentan la demanda de otros productos en los cuales obtienen márgenes suficientes para cubrir dichas pérdidas. Es decir, los supermercados a través de esta forma de “subsidios cruzados” se resarcen de las pérdidas en un producto a través de las ganancias de otros.

Esta figura puede producirse en ese mercado porque los supermercados son empresas multiproductos. Es decir, ellos pueden mantener permanentemente en promoción distintos productos, rotándolos, de modo que, en la forma, cumplen la condición de que las promociones deben ser temporales.

Señala que estas ventas provocan en los proveedores los siguientes problemas:

a) desequilibrios en los sistemas de distribución y comercialización de los proveedores.

b) competencia desleal contra otros supermercados menores o comercio en general que no tienen suficientes números de productos o volúmenes de venta para realizar ventas bajo el costo.

c) pérdida de reputación en perjuicio de los proveedores cuando el resto del comercio cuestiona su transparencia al poder interpretar que los productos en promoción son vendidos al supermercado a un precio inferior al que ellos pagan.

Por ello AGIP estima que la venta promocional realizada bajo el costo por los supermercados no es aceptable, cualquiera que sea su duración, porque genera los efectos negativos antes indicados en el resto del comercio y en perjuicio de los proveedores.

Luego señala las características del mercado de distribución minorista que a su juicio se desarrollan por los supermercados que revelan la existencia de una posición dominante en el mercado de los supermercados:

a) conjuntamente con la compra de productos a los proveedores, cada uno de los supermercados vende a estos proveedores diferentes servicios, siendo los más comunes, entre otros: publicidad en los puntos de venta mediante afiches, insertos o circulares; espacios privilegiados para los productos o cabeceras de góndolas; espacios publicitarios; rappel, el derecho o peaje por estar presente en el supermercado; provisión gratuita de productos por inauguración o reinauguración de locales.

Por cada uno de estos servicios, todos y cada uno de los proveedores paga un valor determinado al supermercado.

b) frecuentemente los supermercados o cadenas de supermercados cambian las condiciones de compra de sus productos y de venta de sus servicios a sus proveedores, en términos más convenientes para los supermercados, pero con abuso y perjuicio de éstos.

En definitiva, solicita se sirva formular las siguientes recomendaciones o prevenciones para que sean observadas por los supermercados o cadenas de supermercados que ejercen su actividad comercial en la distribución minorista, con el objeto de prevenir atentados contra la libre competencia y abusos de posición monopólica en dicho mercado:

a) que en las ventas de productos con marcas propias de los supermercados se abstengan de imitar marcas comerciales registradas, y de desarrollar cualquier conducta que o pueda inducir a error o confusión al distribuidor y,

b) que se abstengan de vender al público productos bajo los respectivos costos, sin perjuicio de las legítimas promociones u ofertas en las condiciones establecidas en la ley.

**4.-** A fs. 31 vta. se solicitó nuevo informe a la Fiscalía Nacional Económica respecto de la anterior consulta.

**5.-** A fs. 32 informa la Fiscalía Nacional Económica, mediante oficio N° 410, de fecha 2 de abril de 2004, y analiza, en primer lugar, el mercado relevante

y señala que existen dos mercados: el de abastecimiento y el de los supermercados.

Añade que el mercado relevante no es la industria de los supermercados, sino que la de los proveedores o mejor, si se quiere definir el mercado en función del producto, la del abastecimiento primario. Señala que se utiliza esta expresión para destacar que el mercado en análisis se caracteriza porque la demanda está constituida por intermediarios entre los oferentes y los usuarios finales, de modo que los bienes se transan en dos etapas, constituyendo los supermercados actores de la mayor relevancia en ambas, no sólo por su participación en las compras y en las ventas, sino que también por su naturaleza, pues sirven de conexión o de canal de distribución del conjunto de bienes transados en la primera etapa, lo que determina la conformación de un mercado relevante que le es propio en la segunda etapa, el de la industria supermercadista.

Que la Industria del Abastecimiento Primario se caracteriza por un cierto grado de concentración, pero con atonicidad en la oferta residual y evidencia de rivalidad competitiva y una creciente proporción de sus ventas destinadas a los supermercados.

En cuanto a la Industria de los Supermercados:

Señala que la definición del mercado relevante en función del producto presenta cierta dificultad, puesto que los supermercados son por esencia empresas multiproductos de modo que, extremando tal definición, sería posible sostener que el mercado relevante engloba la generalidad de los bienes que se venden en los supermercados.

Adoptando ese criterio, las participaciones de mercado de los diversos supermercados deberían obtenerse de la suma de las ventas totales de cada uno de los productos que expenden, pero, indica la FNE, este criterio debe ser descartado, porque implica desconocer el papel esencial de los supermercados en la sociedad moderna, cual es la de poner a disposición del consumidor, en la modalidad de autoservicio y en un solo lugar, una canasta de productos destinados a abastecer periódicamente el hogar.

A partir de esta precisión, podemos considerar que el mercado relevante del producto ésta conformado, en cuanto a la industria se refiere, por las tiendas de superficie que ofrecen la posibilidad, en modalidad de autoservicio, de abastecer periódicamente un hogar, con una canasta de productos.

En cuanto a las participaciones de mercado y los niveles de concentración de ventas en la industria al años 2003, son los siguientes: D & S un 32.92%;

Jumbo con un 20,35%; Unimarc un 3,58%; Montserrat un 3,05%; San Francisco un 3, 22%; Rendic un 2,45%; Montecarlo un 2,68%; otros un 31,75%, lo que demuestra que hay niveles importantes y crecientes de concentración, cuestión favorecida por la existencia de barreras a la entrada consistentes principalmente en economías de escala (proceso de compra, frigorización, bodegaje y distribución) y de ámbito (publicidad, multiproductos).

#### **CONDUCTAS ANALIZADAS EN EL INFORME.**

1. **Ventas bajo costo:** la FNE señala que con frecuencia los supermercados venden productos bajo el costo de adquisición, pudiendo estimarse la pérdida en alrededor de un 20% promedio. Esta práctica puede ser perjudicial para el consumidor, inclusive en el corto plazo. Las ventas bajo el costo son realizadas sólo respecto de determinados productos gancho y por los supermercados más grandes, que son los que pueden implementar subsidios cruzados, elevando el precio de los demás productos habitualmente comprados por el consumidor, práctica que además produce el efecto de desplazar a los supermercados más pequeños y a los demás canales de distribución que no tienen diversidad ni volumen suficiente para cruzar subsidios, aumentando la concentración en la industria supermercadista y la dependencia del proveedor.
2. **Imposición de participación en promociones:** es común que los supermercados exijan a sus proveedores contribuir a financiar promociones, no pocas veces después de haberse efectuado éstas, con lo cual generan incertidumbre respecto del precio y demás condiciones en que finalmente compran.
3. **Aplazamiento de pagos:** es frecuente que los supermercados aumenten, sin previo acuerdo, los plazos de pagos a sus proveedores, siempre en perjuicio de éstos, pasando desde 44 a 80 días de aplazamiento promedio en un lapso de dos años.
4. **Descuentos no pactados en el pago:** al atraso cada vez mayor en el pago a los proveedores se suman diversos descuentos al precio que finalmente reciben, por conceptos tales como publicidad, promoción, posibles mermas, inauguración y hasta remodelación de locales, lo que ha sido público y notorio y contribuye a aumentar la incertidumbre y las asimetrías de información en la industria del abastecimiento.

5. **Modificaciones unilaterales de condiciones de compra:** los supermercados establecen un marco de condiciones de compra que incluye no sólo el precio, sino que también los plazos de pago, la publicidad, la ubicación, reposición en las góndolas y otros. Estas condiciones son objeto de alteraciones impuestas unilateralmente por los supermercados. Esta práctica aumenta los costos de los proveedores, generando incertidumbre respecto de la rentabilidad de la industria y con ello aumentando la concentración y desincentivando el ingreso de nuevos actores en la industria del abastecimiento, con la consiguiente pérdida social en la diversidad y calidad de los productos.
6. **Imposición de rappel:** los supermercados, especialmente los de las cadenas más poderosas, han instaurado el cobro de una especie de comisión, del orden del 4% y más del precio de venta a público, por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja, que justifican en la puesta a disposición, para los proveedores, de su infraestructura de ventas a público. El rappel pasa, de ser una exigencia cuestionable, a constituir un abuso, desde el momento en que se incrementa sin previo aviso junto con la participación de mercado de los grandes supermercados.
7. **Imitación de productos,** los supermercados han desarrollado sus productos de marcas propias, pero lo han hecho, imitando las marcas, envases y otros distintivos de algunos de sus proveedores. Esta práctica tiende a desplazar a los proveedores de la industria del abastecimiento y aumentar su dependencia respecto de los supermercados, que con esto obtienen o incrementan su poder de mercado, favoreciendo el conjunto de prácticas abusivas.

Sostiene el Fiscal en su informe que, en general, las conductas descritas conllevan alteraciones unilaterales en los términos de la relación vertical entre los supermercados y los proveedores, en perjuicio de éstos y de la competencia.

El efecto inmediato de esos abusos es la reducción de los precios a que venden los proveedores, en una cuantía que solo puede determinarse ex post, de modo que los proveedores no sólo pierden estímulos para producir, sino que también certeza y calidad de la información relativa a los precios.

Estos abusos son realizados de manera uniforme y consistente, particularmente por los supermercados pertenecientes a las cadenas más

poderosas, cuyas prácticas abusivas son imitadas entre sí y por su competencia directa, pudiendo observarse un paralelismo presumiblemente consciente, constitutivo de prácticas oligopsónicas abusivas.

El señor Fiscal Nacional Económico solicita que en resguardo de la libre competencia se efectúen las siguientes prevenciones:

a) A los supermercados en general, en orden a que, a partir de la comunicación del Dictamen, deberán abstenerse de ejecutar las prácticas y conductas restrictivas de la competencia, en particular en cuanto alteren unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores.

b) Para el mejor cumplimiento de esta prevención, se recomienda a los supermercados en general adoptar un reglamento de condiciones de compra a sus proveedores, público, objetivo, uniforme y no discriminatorio que, estableciendo derechos mínimos a los proveedores y mecanismos de resguardo, excluya la posibilidad de prácticas abusivas como las descritas.

**6.-** A fs. 57 este Tribunal confiere traslado del informe a D & S, a Hipermercados Jumbo S.A., y a la Asociación Gremial de Supermercados de Chile A.G., en adelante también ASACH, y a AGIP.

**7.-** A fs. 85 AGIP, evacúa el traslado y señala que comparte y coincide con las conclusiones del FNE.

Señala que, en cuanto al reglamento de condiciones de compra a los proveedores de supermercados, puede ser un remedio eficaz en cuanto dicho reglamento sea acordado con AGIP, que representa a quienes se han visto perjudicados por el abuso de posición dominante y así se lograrán reglas objetivas y transparentes que resguarden la libre competencia.

Solicita tener por evacuado el traslado y en definitiva hacer suyo el informe del FNE en cuanto a las prevenciones propuestas por él.

**8.-** A fs. 108 D & S evacúa el traslado y señala que no comparte el criterio utilizado por el FNE para definir el mercado relevante en cuestión, y señala que el concepto de mercado relevante debe ampliarse para considerar otros canales de distribución, dado que los productos que venden los supermercados también pueden encontrarse en otro tipo de establecimientos comerciales. Señala que, además de constituir un mercado eminentemente competitivo, es un mercado abierto con indudables posibilidades de

expansión y desarrollo futuro, en el cual no existen barreras de entrada que impidan el acceso de nuevos competidores.

Señala que a diferencia de lo que indica el FNE, las relaciones de D & S con sus proveedores se enmarcan estrictamente dentro de un concepto de bilateralidad, son el fruto de negociaciones llevadas a cabo en un marco de equilibrio y en ningún caso constituyen el resultado de imposiciones unilaterales que obedezcan a una política preestablecida.

En cuanto a la relación de D & S con sus proveedores, señala que se han producido cambios en los poderes relativos entre proveedores y distribuidores, y que el tamaño de los más importantes distribuidores ha impedido que los productores traspasen su posición de dominancia en sus respectivas industrias hacia el mercado del consumidor final, y los proveedores pequeños y medianos se han visto favorecidos por la existencia de distribuidores grandes, pues esto les ha permitido a su vez obtener escalas necesarias para poder competir con sus respectivos líderes en la distintas aéreas de producción de bienes de consumo masivo.

Indica que, en la medida que aumenta la concentración en el mercado de la distribución, los poderes de negociación tienden a equipararse, sin embargo, las participaciones de mercado de los grandes proveedores se mantienen persistentemente más altas que las de los distribuidores.

Señala que la lealtad a la marca y no hacia los distribuidores es un factor que contribuye a aumentar el poder de mercado de proveedores y que los distribuidores para contrarrestarlo, han desarrollado la estrategia de fomentar la creación y fortalecimiento de proveedores medianos y pequeños que pueden ofrecer productos de buena calidad y a bajos precios, sea mediante marcas del proveedor o de la cadena.

Por último, indica que D & S desarrolla sus actividades en un mercado que excede el tradicional rubro de abarrotes y alimentos en general, pues ha ido paulatinamente extendiendo sus actividades hacia nuevas áreas de negocios, como vestuario, hogar, electrónica y productos farmacéuticos.

Añade que D & S no tiene posición dominante, tanto en razón de su participación efectiva de mercado, de las características de las distintas industrias, como por los beneficios que la nueva estructura de la industria ha generado para el consumidor. Y así tiene una participación de mercado de un 32,92%, seguida de Jumbo con un 20,35% y de Unimarc con un 3,58%.

Luego se refiere a cada una de las conductas descritas en el informe de la FNE:

**a) Venta bajo costos:** las ventas bajo costo constituyen una práctica que ha sido utilizada excepcionalmente y por períodos restringidos en el tiempo, en el marco de promociones o para liquidar sobre stocks; bienes cuya fecha esta próxima a vencer o en caso de introducción de nuevos productos, todo lo cual es consistente con los precedentes emanados de los organismos de la libre competencia.

**b) Promociones:** éstas son herramientas utilizadas en la industria del retail en general y producen múltiples externalidades positivas: favorecen una mayor afluencia de público; hacen posible una difusión masiva de productos a precios excepcionales; los productos tienden a obtener publicidad en medios de comunicación masiva en los puntos de venta y ubicaciones destacadas en el establecimiento; se disminuyen los costos de información y de búsqueda de los productos con rebaja. La iniciativa de las promociones pertenece usualmente a D & S quien por razones de competencia comercial debe actuar con celeridad, pero también suponen contribuciones del proveedor. De esta forma, los costos y beneficios de las rebajas de precios de los productos específicos son compartidos. La política de “precios bajos siempre”, no excluye que se realicen descuentos específicos en ciertos productos.

**c) Los plazos de pago** se convienen considerando distintos factores, entre otros, las tasas de rotación de cada producto, de modo que el plazo se acuerda en una relación inversamente proporcional al tiempo de almacenaje.

**d) Cuenta Corriente y cumplimiento de pago:** D & S mantiene un sistema de cuenta corriente, en el cual se contabilizan, por un lado, los pagos a proveedores por compras de productos y por el otro, las rebajas de dichos pagos por conceptos tales como descuentos por volúmenes, si los hubiere; servicios consistentes en promociones, rappel y reposición o por concepto de hurto o devoluciones de mercaderías en mal estado.

**e) Descuentos no pactados:** Lo que el informe de la FNE denomina descuentos, son verdaderamente pagos que realizan los proveedores por servicios que presta el supermercado, que por lo general han sido previamente negociados. Por otra parte están los **aportes** que las cadenas solicitan de los proveedores cuando se producen aperturas de nuevos locales o la remodelación de éstos, los cuales también son acordados previamente con el proveedor respectivo.

**f) Aportes publicitarios:** el sistema de aportes publicitarios fue utilizado por D & S en la época en que los proveedores contribuían a un fondo común de

publicidad. Hoy está comprendido bajo el concepto de rappel o tasa de inversión.

**g) Servicio de reposición:** la práctica generalizada es que el costo de reposición de los productos en las estanterías sea de cargo de los proveedores, porque resulta de toda lógica que éstos quieren que ésta se efectúe de manera óptima, evitando eventuales descoordinaciones y verificando que la exhibición se haga debidamente. Por regla general, los grandes proveedores cuentan con personal propio, altamente capacitado y destinado permanentemente a cada supermercado. En cambio, los pequeños proveedores no disponen de reponedores permanentes, lo que conlleva alta rotación de personal en un mismo día al interior de todos los establecimientos, y así han ocupado distintas alternativas como por ejemplo el sistema de ruteros, los servicios de reposición por agencias externas y por personal de D & S.

**h) Mermas (deterioro) y brecha (hurto) de productos:** las pérdidas de mercaderías por concepto de brecha, que incluye las mermas y los hurtos es una materia compleja que afecta a distribuidores y proveedores. Con algunos de los proveedores se conviene una tasa por concepto de brecha que es calculada de acuerdo con el porcentaje histórico de deterioro o hurto de los productos que ellos comercializan. El descuento respectivo se liquida mensualmente en la cuenta corriente que D & S mantiene con cada uno de los proveedores. En los casos en que no exista este convenio, lo usual es que la mercadería deteriorada sea restituida al proveedor, previa comunicación para que retire el producto.

**i) Devolución de mercadería:** la entrega de mercadería de los proveedores de D & S suele realizarse en el centro de distribución de esta empresa LTS ubicado en Quilicura.

**j) Modificaciones unilaterales a condiciones de compra:** Señala que no es política ni filosofía comercial de D & S el imponer modificaciones unilaterales a las condiciones de compras pactadas con sus proveedores.

**k) El rappel** en D & S recibe el nombre de Programa Logro, representa la inversión que realizan los proveedores en este canal de distribución y remunera un conjunto de servicios que presta a sus proveedores vinculados a la distribución, promoción, publicidad y exhibición de productos. Cada proveedor determina el monto de la inversión que está dispuesto a realizar, lo que dependerá del nivel de ventas que desee alcanzar. Con algunos proveedores la tasa de inversión de Logro es negociada anualmente, aunque

suele corresponder a niveles históricos, y que, por lo demás debe tenerse presente que una cantidad importante de proveedores no paga rappel.

**I) Marcas propias:** ésta constituye una estrategia para incrementar la lealtad de los clientes, al mismo tiempo que contrarrestar el poder de los proveedores de mayor tamaño. Concluye manifestando su entera disposición para establecer un reglamento de condiciones para la comercialización, entendiendo que dichas condiciones deben ser flexibles, acorde al dinamismo del mercado y no debieran imponer cargas demasiado gravosas para los distintos actores.

**9.-** A Fojas 179 Jumbo S.A., o también Jumbo, evacúa el traslado y señala que la FNE denuncia siete prácticas que los supermercados ejercerían unilateralmente en contra de lo pactado con sus proveedores, pero tales prácticas no se encuentran presentes en las relaciones que mantiene Jumbo con sus proveedores, debido a que cuenta con un acuerdo comercial celebrado con cada uno de ellos que cubre las situaciones que relata la FNE. Este contrato regula sus relaciones en forma ex - ante, sin que ninguna de las prácticas o conductas que alega la FNE puedan considerarse como imposiciones unilaterales posteriores o extracontractuales.

No hay conductas ex - post a que alude la FNE, incluso Jumbo envía una orden de compra electrónica a través de su sistema EDI en donde se especifica el precio base según lista de precios provistas por el proveedor y los descuentos aplicables, la fecha y el lugar de entrega de los productos y la fecha de pago de la factura.

No vislumbra la necesidad de contar con un documento adicional que regule la relación con sus proveedores, puesto que las materias que este instrumento pudiese cubrir, ya se encuentran suficientemente tratadas en los acuerdos comerciales suscritos con aquellos.

Por otra parte, señala que las materias del informe no constituyen atentados a la libre competencia toda vez que Jumbo no detenta una posición dominante respecto del mercado de las cadenas de distribución o incluso al mercado de los supermercados.

En cuanto a la determinación del mercado relevante, en el informe de la FNE no se distingue entre grandes medianos y pequeños.

Indica que la participación de mercado de Jumbo es de un 9%, mientras que Santa Isabel y Las Brisas llegan a cerca de un 10% y 2%, respectivamente, y que el mercado es siempre desafiante, de manera que nuevos actores

pueden ingresar en cualquier momento al mercado para competir con las empresas ya establecidas.

En lo referente a la participación de mercado: aún asumiendo que el mercado relevante sólo está constituido por los supermercados como oferentes, y que existen barreras a la entrada, un acto u omisión no podrá ser atentatorio contra la libre competencia, si el autor o responsable no tiene una participación de mercado significativa o no detenta una posición dominante.

Respecto de la existencia de competencia real o potencial Jumbo tiene como competidor directo a D & S quien lo aventaja en participación de mercado y con quien compite intensamente. Reitera que Jumbo no incurre en la conducta de fijar unilateralmente las condiciones o las prácticas imputadas por la FNE, sino que suscribe contratos con sus proveedores en donde se acuerdan ex ante las condiciones de compra.

**10.-** A fojas 173 ASACH evacúa el traslado y señala que el informe de la FNE, sin aportar mayores fundamentos, llega a conclusiones respecto de las cuales discrepa.

Señala que el mercado de distribución ha cambiado radicalmente; aparte de los pequeños locales y autoservicios, minimarkets, farmacias y otras tiendas de conveniencia, se ha evolucionado a grandes supermercados que no sólo venden abarrotos y productos perecibles, sino que se ha diversificado su oferta hacia productos como vestuario, calzado, línea blanca y electrodomésticos.

Que se constata una fuerte competencia en el mercado debido a que no existen barreras a la entrada y que el mercado relevante de los supermercados está fuertemente diversificado, ya que compiten con todos quienes distribuyen los bienes que se comercializan o son susceptibles de ser comercializados en supermercados.

Señala que el poder de mercado de cada supermercado es inferior a su participación en el universo de los supermercados, por cuanto los consumidores de los productos que comercializan tienen mayores posibilidades y alternativas de sustitución de los mismos.

En cuanto a las prácticas materia del informe de la FNE, no son abusivas ni arbitrarias, sino que tienen una lógica económica,

Que, en efecto: a) Las **ventas promocionales** bajo el costo tienen como objetivo incentivar el consumo y crear una lealtad de parte de los

consumidores con el supermercado y los productos promocionados; b) La **participación en el financiamiento de promociones** beneficia tanto a los distribuidores como proveedores, porque la experiencia muestra que la oportunidad de acceder masivamente a los consumidores a precios rebajados hace que sus beneficios por ventas extraordinarias superen el costo de la rebaja; c) Los **plazos de pago** son públicos, conocidos y fijos, según los tipos de productos, su rotación u otros sistemas que los distribuidores expresaron; d) El **rappel** tiene una justificación económica y consiste en la contribución del proveedor, acordada con el distribuidor, destinada a financiar en la proporción que se convenga los esfuerzos publicitarios del supermercado y su inversión de infraestructura; e) La **venta de productos con marcas propias** no persigue imitar productos sino que busca introducir elementos de mayor competencia tanto en la industria de la distribución como en la de abastecimiento.

11.- A fs. 186 se trajeron los autos en relación.

12.- Con fecha 10 de agosto se realizó la vista de las consultas bajo conocimiento del Tribunal, alegando los abogados de las partes y quedando en estado de fallo.

## **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

### **I.- CUESTION PREVIA.**

**PRIMERO:** Que se ha planteado en estrados que la causa de autos sería de naturaleza no contenciosa, basándose para ello en la circunstancia que se habría iniciado por consulta ante la Honorable Comisión Preventiva Central.

Al respecto este Tribunal estima que, para establecer la naturaleza jurídica de este asunto, no pueden utilizarse las categorías creadas por la Ley 19.911, de 14 de Noviembre de 2003, que distingue claramente entre los procedimientos que se rigen por las disposiciones contenidas en el artículo 17 D y siguientes del D.L. 211, de carácter contencioso, y aquellos que se contienen en su artículo 18, de carácter no contencioso.

La presente causa se inició ante la Honorable Comisión Preventiva Central y, por ende, según lo prescrito expresamente por la Disposición Quinta Transitoria de la Ley 19.911, su tramitación debe seguir, sin solución de

continuidad, ante este Tribunal, con arreglo a los procedimientos establecidos al momento de su inicio.

Considerando que en dichas disposiciones no se regulaba en forma expresa el procedimiento a seguir, este Tribunal dictó el Auto Acordado Número Dos, de fecha 19 de mayo de 2004, en el cual se estableció un procedimiento para estas situaciones de excepción, con objeto de dar garantías a las partes de un racional y justo proceso. Este es el que se aplicó al caso de autos.

**SEGUNDO:** Que, en cuanto a las facultades y atribuciones de este Tribunal, no existiendo norma expresa que regule la situación de las causas que provienen de las Honorables Comisiones Preventivas en materias sustantivas, en virtud del principio de legalidad, debe estimarse que éstas no pueden ser otras que las que le ha conferido la ley que lo constituyó, especialmente si se considera que las normas que rigen la instalación y atribuciones de los tribunales son normas de derecho público y por ende deben recibir aplicación inmediata.

**TERCERO:** Que, en consecuencia, atendido lo anterior y considerando que la irretroactividad de la ley es la regla general en nuestro derecho, este Tribunal estima que no pueden aplicarse a los hechos investigados sanciones o medidas distintas ni más gravosas que las vigentes al momento de producirse éstos.

## **II.- MERCADO RELEVANTE.**

**CUARTO:** Que, con el objeto de definir el mercado relevante en cuestión, tanto de producto como geográfico, es preciso en primer término establecer la estructura general de la industria de la producción, distribución y venta a público de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, pues dentro de dicha industria se enmarca la consulta de autos y el informe de la FNE, por lo que es precisamente respecto de esa industria que debe determinarse el mercado relevante dentro del cual se habrían llevado a cabo las prácticas consultadas.

**QUINTO:** Que, al respecto, consta de los antecedentes de autos que en dicha industria participan tres tipos de agentes económicos:

- a. *Los proveedores y distribuidores mayoristas*, quienes manufacturan, elaboran o distribuyen al por mayor productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente;
- b. *Los minoristas*, entre los que se encuentran los supermercados e hipermercados, quienes adquieren o distribuyen los productos elaborados por los proveedores con el objeto de venderlos posteriormente a los consumidores finales; y,
- c. *Los consumidores*, quienes compran a los minoristas productos alimenticios y artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente.

**SEXTO:** Que entre estas tres categorías de agentes económicos se producen distintas relaciones, cada una de las cuales está inserta en un ámbito determinado y específico. De este modo, el conjunto de actos de comercio y de procesos logísticos que se verifica entre proveedores y minoristas, constituye un ámbito de acción o una relación específica, distinta a la que se produce entre los minoristas y los consumidores finales.

**SÉPTIMO:** Que, en consecuencia, es preciso preguntarse a qué ámbito de relaciones corresponden las conductas consultadas en autos, a fin de establecer consecuentemente cuál es el mercado relevante en cuestión. Al respecto, está acreditado en la causa, según se desprende del informe del señor Fiscal Nacional Económico y de los traslados presentados por D & S y Jumbo, que las prácticas consultadas se refieren a conductas comerciales que operan principalmente en el ámbito de las negociaciones que desarrollan los proveedores con los minoristas - en especial con los supermercados e hipermercados - por lo que corresponde en consecuencia determinar exclusivamente cuál es el mercado en el que participan *simultáneamente* ambos agentes de mercado, esto es, proveedores y minoristas, con exclusión de las relaciones entre minoristas y consumidores, las que deben contextualizarse en un mercado relevante distinto, aún cuando existe una conexión lógica entre ambos ya que integran la misma cadena de producción, distribución y venta.

**OCTAVO:** Que, conforme con lo anterior, compete a este Tribunal definir el mercado relevante de producto y geográfico en el que se desarrollan las relaciones comerciales entre proveedores y minoristas.

Para estos efectos, se considerará el mercado relevante en el que operaría un proveedor promedio, esto es, un proveedor con uno o varios productos, de marcas con algún grado de reconocimiento por el público, con capacidad de aprovisionamiento limitada pero suficiente en relación a su curva natural de crecimiento, y que busca obtener la distribución de sus productos en gran parte del territorio nacional.

Cabe hacer notar que la referencia a esta figura del “proveedor promedio” se hace necesaria debido al carácter genérico de las conductas sometidas a consideración de este Tribunal. Si en el futuro se presentasen demandas o requerimientos que aludan a productos o proveedores específicos, la definición del mercado relevante podría ser diferente.

## **II. A.- MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO.**

**NOVENO:** Que, en general, es posible afirmar que, entre proveedores y minoristas, existe una *relación de aprovisionamiento* de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, en virtud de la cual los proveedores celebran contratos con los minoristas para que éstos, utilizando los medios propios de su canal de distribución, hagan llegar dichos productos a los consumidores en las mejores condiciones posibles.

Esta relación de aprovisionamiento implica que el proveedor promedio debe decidir cuál es *el mejor canal de distribución para su producto*, entre las distintas opciones de distribución minorista que existan.

Atendido lo anterior, es posible afirmar que *existe un mercado de aprovisionamiento mayorista de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente*, en el que participan, por el lado de la oferta, los proveedores y, por el lado de la demanda, los minoristas.

Desde el punto de vista de la demanda, y de acuerdo con la información agregada al expediente, las alternativas o formatos de distribución minorista existentes para un proveedor promedio - con independencia del o de los productos específicos que fabrique, elabore o distribuya ese proveedor - además de los supermercados son, entre otras y dependiendo del producto vendido, las tiendas por departamentos, las cadenas de farmacias, las ferias libres y los mercados centrales o de abasto, los almacenes de barrio o de sector, las cadenas de ferreterías, y el comercio detallista en general.

**DECIMO:** Que, corresponde entonces analizar si todas estas alternativas de distribución constituyen un solo mercado relevante de producto, o si es posible distinguir distintos mercados de producto dentro de las diferentes alternativas de distribución.

Al respecto, este Tribunal, estando parcialmente de acuerdo con lo señalado por la FNE en su informe [fs. 32], debe rechazar los argumentos esgrimidos en autos por D & S, Jumbo y Asach en el sentido que el mercado de aprovisionamiento antes referido estaría integrado por *todas* las alternativas de distribución minorista teóricamente disponibles para un proveedor promedio, pues, a juicio de este Tribunal, debe establecerse, en definitiva, que el mercado relevante de producto para los efectos de esta causa, es el aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados e hipermercados, para su distribución minorista a consumidores finales, entendiéndose por supermercados e hipermercados a las salas de venta masiva de dichos productos al público, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicional, económico, de conveniencia e hipermercado, y con exclusión del formato *minimarket*.

En efecto, un proveedor promedio enfrenta sus relaciones de aprovisionamiento con los supermercados e hipermercados, en adelante, supermercados, *de una manera sensiblemente distinta a como lo hace con las otras alternativas de distribución*, las cuales, si bien son alternativas próximas, no lo son en la medida suficiente como para ser consideradas un sustituto directo e inmediato de la distribución en supermercados.

**UNDECIMO:** Que, en otras palabras, el aprovisionamiento a supermercados constituye un canal de distribución que, desde la perspectiva del proveedor, *no es plenamente sustituible* por las otras alternativas de distribución descritas.

Lo anterior en consideración, a lo menos, a las siguientes características particulares que convierten a los supermercados en un canal de distribución minorista difícilmente sustituible por los otros:

a.- Los ***volúmenes de compra*** que representan los supermercados para un proveedor promedio, constituyen en muchos casos una parte relevante de su demanda, a la que debe prestar especial atención y cuidado pues le permite colocar su producto de manera más o menos estable a través de un solo canal de distribución, lo que lo habilita, además, para programar con un

grado mayor de certeza su producción y sus entregas. Por lo anterior los supermercados constituyen centros de compra respecto de los cuales el proveedor debe asumir un conjunto de estrategias específicas de negociación y logística, distintas de aquellas que debe enfrentar al negociar o entregar sus productos a otros agentes minoristas;

b.- Los supermercados e hipermercados ofrecen a los proveedores *un conjunto distintivo de **condiciones particulares de administración, exhibición y venta de sus productos***. En particular, la ventaja de saber que su producto se vende en una sala junto con miles de otros productos, incrementa las probabilidades de aumentar el número de unidades vendidas a causa de actos de compra originalmente no planificados o esperados por los consumidores que acuden al supermercado o hipermercado (el así denominado “*one stop shopping*”). Esta característica es especialmente relevante y propia de los supermercados, y constituye un factor diferenciador respecto de otros canales de distribución minorista;

c.- Lo anterior supone, además, que el proveedor, por el hecho de vender sus productos a través de un supermercado o hipermercado, a lo menos en teoría dispone de un ***mayor control sobre las condiciones de exhibición y venta de sus productos***, lo que no ocurre en el caso de los distribuidores mayoristas, ya que son estos últimos los que deciden a cuales minoristas venden los productos adquiridos a sus proveedores; y,

d.- Adicionalmente, las particulares condiciones logísticas y de exhibición y venta de los productos en los supermercados e hipermercados, en algunos casos pueden obligar al proveedor a efectuar ***inversiones específicas*** que no son requeridas para operar con otros canales de distribución.

**DUODECIMO:** Que, en consecuencia, este Tribunal analizará y ponderará los hechos consultados en autos teniendo presente que el mercado relevante de producto se limita exclusivamente al *aprovisionamiento, por parte de proveedores y distribuidores mayoristas, de productos alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados, para su distribución minorista a consumidores finales.*

## **II. B.- MERCADO GEOGRÁFICO.**

**DECIMO TERCERO:** Que, de acuerdo con los antecedentes que constan en el proceso, este Tribunal estima que el mercado geográfico relevante es el del *aprovisionamiento, por parte de proveedores mayoristas, de productos*

*alimenticios y de artículos del hogar no alimenticios de consumo corriente, a supermercados dentro del territorio de la República de Chile, para su distribución minorista a consumidores finales, principalmente tomando en consideración: (a) Que las prácticas consultadas se refieren a relaciones entre proveedores nacionales o extranjeros con supermercados instalados y con operaciones dentro de dicho territorio; y (b) Que un proveedor promedio, por lo general, busca que sus productos se distribuyan en gran parte del territorio nacional.*

### **III.- CONCENTRACION EN EL MERCADO RELEVANTE.**

**DECIMO CUARTO:** Que, este Tribunal tiene presente que la participación de los supermercados entre los *minoristas*, ha estado creciendo fuertemente en los últimos años en todo el mundo. Que, a su vez, la concentración dentro del segmento de los supermercados ha aumentado fuertemente en Chile, constatándose que la participación en las ventas de las dos principales cadenas, D & S y Jumbo, supera hoy el 55% del mercado relevante con participaciones individuales de 32,92% y 23,03%, respectivamente (fs. 39 del informe de la FNE), incluyendo en esta última cifra la reciente compra de la cadena Montecarlo. Indicadores adicionales de concentración están contenidos en el informe de la FNE, de lo cuales también se puede desprender el alto grado de concentración que presenta la industria. Este último dato, a su vez, refleja el grado de poder de compra de los supermercados en relación con lo que aquí hemos denominado “proveedor promedio”, tal como se analizará en el considerando decimosexto de esta sentencia.

### **IV.- BARRERAS A LA ENTRADA.**

**DECIMO QUINTO:** Que, la evidencia disponible tiende a señalar que la magnitud de las barreras a la entrada al mercado relevante es perceptible. Si no existieran tales barreras, el poder de compra de los supermercados debiera tender a reducirse con la entrada de nuevos competidores. Sin embargo, la agresiva y publicitada estrategia de crecimiento de los principales supermercados constituiría una barrera estratégica para potenciales entrantes a este mercado. Así, se podría desincentivar la entrada incluso en localidades en que no se han instalado las principales cadenas, pero en los que éstas han efectuado compras de terrenos.

También puede contribuir a erigir barreras a la entrada el hecho que las principales cadenas de supermercados han diversificado los formatos de sus establecimientos, tendiendo a cubrir distintos nichos del negocio.

Asimismo, es un hecho público y notorio que en el último tiempo no ha ingresado y permanecido ninguna cadena de supermercados relevante con posibilidades de amagar la posición de D&S o Jumbo. El último ingreso de una cadena relevante fue el caso de Carrefour, que abandonó el país luego de no alcanzar una participación significativa en el mercado y, de paso, fue adquirida por D&S. También es sintomático que Falabella haya ingresado a la industria de supermercados a través de la compra de una cadena existente, en vez de hacerlo creando su propia cadena.

#### **V.- PODER DE MERCADO.**

**DECIMO SEXTO:** Que el aumento en la importancia y concentración del canal de distribución de supermercados, junto con las barreras a la entrada perceptibles, resultan en una alta dependencia de muchos proveedores en su relación con las mayores cadenas de supermercados, que puede denominarse "*Poder de compra*".

El poder de compra permite al comprador beneficiarse con menores precios, que incluyen descuentos no relacionados con costos y que no prevalecerían en una situación competitiva.

El uso de este poder de compra puede reducir el atractivo del negocio para los proveedores, algunos de los cuales permanecerán en el mercado sólo mientras sus ingresos cubran sus costos variables (corto plazo) y se irán de éste cuando sus activos fijos se deprecien (mediano y largo plazo). Ello podría reducir la oferta de bienes y el bienestar de los consumidores y la probabilidad de supervivencia del comercio más pequeño que no tiene el poder de mercado necesario para imponer descuentos adicionales a sus proveedores, lo que a su vez puede aumentar el poder de compra de los supermercados.

Este poder de compra podrá ser explotado con mayor intensidad mientras mayores sean las barreras a la salida de los proveedores. Las barreras de salida para un proveedor promedio se constituyen a partir de la existencia de activos específicos. Un activo se califica como específico o dedicado a una relación comercial determinada cuando su valor se reduce al utilizar tal activo en una relación comercial alternativa. El monto de activos específicos depende del porcentaje en sus ventas que representa para el proveedor el

supermercado en cuestión y la cantidad de activos que ha invertido en esa relación comercial en particular y que no serían igualmente valiosos en otra. Así, el poder de mercado o poder de compra de los supermercados es más fuerte sobre los proveedores más pequeños o que, en el extremo, destinan toda su producción a sólo una cadena de supermercados.

**DECIMO SEPTIMO:** Que, adicionalmente, en el mercado de la distribución minorista existen otras prácticas utilizadas por los supermercados que, no estando relacionadas necesariamente con su poder de mercado, pueden tener como efecto un aumento en el mismo y en el grado de concentración de la industria. Un ejemplo de estas prácticas es la venta bajo el costo, si ésta se hace en forma persistente en productos de consumo masivo, o la imposición a los proveedores de cláusulas contractuales que restrinjan las condiciones en que puedan comercializar sus productos con otros supermercados u otros minoristas.

#### **IV.- CONDUCTAS CUESTIONADAS.**

**DECIMO OCTAVO:** Que, se ha planteado en autos, por la AGIP y por la FNE, una serie de conductas, por lo que este Tribunal debe analizar cuáles de ellas podrían ser abusivas y afectar la competencia y el bienestar de los consumidores. La mayor parte de estas prácticas, si bien parecen abusivas, pueden existir tanto en un mercado competitivo como en uno en que los supermercados tengan poder de compra del que estén abusando, por lo que su ilicitud deberá ser analizada caso a caso en el futuro por este Tribunal, en caso que sean sometidas a su conocimiento.

Así por ejemplo, aún en competencia perfecta entre los supermercados, es altamente probable que éstos cobrarán más por el uso de ciertas ubicaciones privilegiadas en las góndolas que por otras ubicaciones; que cobrarán a un proveedor por incluir su producto en un folleto publicitario; que retrasarán los pagos a los proveedores de productos de menor rotación, entre otras.

Sin embargo, en un mercado competitivo estos cobros se fijan en la negociación entre las partes y no son impuestos por una de ellas. El problema es que, si existe poder de compra, estas mismas prácticas podrían ser usadas en desmedro del excedente del productor, más allá de lo que ocurriría en un mercado competitivo.

Adicionalmente, dado que el poder de compra del supermercado varía con respecto a cada proveedor, no es claro si el tratamiento que cada uno recibe

se deba a las características del producto o pueda deberse a un ejercicio abusivo de dicho poder de mercado. Por ejemplo, los plazos más largos de pago, en competencia, se le asignarían a los productos de menor rotación y, en cambio, en un escenario con distintos grados de poder de compra, se le podrían aplicar a productos de alta rotación pero cuyo productor depende en forma importante de ese canal de distribución. Así, la distribución de los costos de financiamiento también puede estar distorsionada a medida que el mercado se aleja del equilibrio competitivo.

**DECIMO NOVENO:** Que, el utilizar el poder de mercado para reducir los pagos a proveedores tiene los mismos efectos que utilizar una posición dominante para aumentar el precio de venta. En este sentido, la utilización abusiva de la posición dominante puede llevar a alterar los precios reduciendo la cantidad producida y el bienestar de la sociedad como un todo.

**VIGÉSIMO:** Que, no es válido extender a todos los proveedores ni al que se ha denominado como “*proveedor promedio*”, la defensa presentada por los supermercados en el sentido de que la utilización de su poder de compra neutraliza la posición dominante de sus grandes proveedores. En primer término, los proveedores de menor tamaño, sin poder de mercado, no son capaces de fijar precios superiores a los competitivos y por lo tanto el poder de compra de los supermercados no tiene efectos neutralizadores. En segundo lugar, si los grandes proveedores tienen poder de mercado, el uso por parte de los supermercados de su propio poder de compra, podría reducir el precio al que los proveedores venden sin que ello implique un atentado a la libre competencia. Por el contrario, ello podría redundar en un aumento de la eficiencia económica que beneficiaría en último término a los consumidores, siempre que el supermercado no ejerza un poder de mercado en sus ventas sobre estos últimos.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, tampoco es prueba concluyente de la inexistencia de poder de compra de los supermercados dominantes en el mercado, el hecho que su rentabilidad sea normal. Ello debido a que industrias con alto crecimiento, como ésta, pueden incluso mostrar rentabilidades negativas en períodos de gran expansión de activos aún no explotados comercialmente, con el fin de crecer en el mercado y posteriormente rentabilizar tal crecimiento.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, debe tenerse presente además, al analizarse las conductas en el sector de supermercados, del cual depende un porcentaje creciente de la producción comercializada en el país, que las prácticas instauradas por una cadena suelen ser imitadas por otras para mantener su posición en el mercado, agravándose los posibles efectos de tales conductas.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, si los supermercados tienen políticas de precios y condiciones de compra a los proveedores no discriminatorias, que se aplican por igual a los proveedores que tienen poder de mercado y a los que no lo tienen, ello tendería a reducir la posibilidad de abusos por parte de los supermercados en contra de estos últimos.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, en el análisis de las conductas indicadas en el informe de la FNE, intentaremos distinguir, por una parte, aquellas conductas efectuadas por supermercados que tienen poder de compra para reducir el pago efectivo a sus proveedores y, por la otra, las conductas que podrían tender a aumentar su participación de mercado y redundarían probablemente en un mayor poder de compra en el futuro. Dentro del primer grupo separaremos las conductas unilaterales impuestas ex post; las conductas impuestas con conocimiento previo del proveedor y las conductas que asignan el riesgo en forma ineficiente.

#### **IV. A.- CONDUCTAS UNILATERALES EX POST.**

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, parece ser usual que el proveedor, después de entregar su producto al supermercado, se encuentre con cobros y descuentos no acordados o con un tratamiento de su mercadería inferior al pactado, lo cual ha sido reconocido por D & S a fojas 131 y siguientes del traslado evacuado por ella y se encuentra acreditado en autos a su respecto en relación con la presentación que consta a fojas 17, de AGIP, respecto de la promoción de chocolates Nestlé [respuesta de D & S a la FNE, de fecha 30 de enero de 2002, que consta en el cuaderno de documentos, Tomo I ].

Desde un punto de vista de eficiencia económica, estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos. Con ello

se podría limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes en la producción del bien.

Para realizar este tipo de conductas no es necesario tener un gran poder de mercado en el sentido de ser un actor dominante en el sector, ya que una vez que el producto ha sido entregado al supermercado, este último puede adoptar conductas oportunistas al menos sobre esa partida. Sin embargo, en un escenario con un grado de competencia razonable un supermercado no podría repetir este tipo de conductas puesto que el proveedor optaría por venderle a otro canal de distribución.

En el sector supermercados, sin embargo, estas conductas no sólo se repiten sino que, muchas, una vez adoptadas permanecen en el tiempo y, por tanto, dejan de ser ex-post, lo que es también indiciario de su poder de mercado. Esas se analizarán en el siguiente considerando.

#### **IV. B.- CONDUCTAS UNILATERALES EX ANTE.**

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, un buen ejemplo de este tipo de conductas es la extensión en el tiempo promedio de pago de los productos entregados por los proveedores. De acuerdo a lo constatado por la FNE en su informe de fs. 44, este lapso aumentó de 44 a 80 días en sólo dos años. Otras conductas fijadas unilateralmente, pero conocidas – en general – por los proveedores al momento de despachar sus productos son el rappel (entendiendo por tal una especie de comisión, calculada como un porcentaje del precio de venta a público, por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja), inversiones, costo de reponedores, entre otras.

En un mercado competitivo, en que los supermercados no tuvieran “poder de mercado” estas condiciones, si fueren conocidas por el proveedor, no tendrían ningún efecto en la eficiencia o en el bienestar social, puesto que los proveedores optarían por el comprador que ofrece mejores condiciones y, éstos, a su vez competirían por obtener los productos necesarios para conformar la oferta de su establecimiento. Por el contrario, en un mercado en que el comprador tiene poder de compra sobre el proveedor, estas conductas podrían tener efectos similares que las conductas indicadas en el considerando anterior.

#### **IV. C.- CONDUCTAS QUE LLEVAN ASIGNACIÓN INEFICIENTE DE RIESGO.**

**VIGÉSIMO SEPTIMO:** Que, existen una serie de conductas que imponen los supermercados con el efecto de asignar riesgos del negocio de la distribución a los proveedores, no siendo estos riesgos realmente controlables por ellos. En este grupo se encuentran por ejemplo, los descuentos por mermas.

Estas conductas, además de reducir la competitividad de los proveedores y tener por ello los mismos efectos en el mercado de los productores que aquellas descritas precedentemente, pueden producir ineficiencias puesto que el que paga los costos de una acción no siempre es quien las lleva a cabo y podría disminuirlos. Así, los supermercados no tienen el incentivo para reducir las mermas si pueden cobrar íntegramente su costo a los proveedores, que poco o nada pueden hacer para evitarlas.

Este tipo de prácticas no sobreviviría en un mercado en que los compradores no tuviesen poder de compra, ya que la competencia llevaría a adoptar los incentivos para que la producción sea eficiente en toda la cadena.

#### **IV. D.- PRÁCTICAS DESTINADAS A AUMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO O EL PODER DE COMPRA.**

##### **IV. D. 1.- VENTAS BAJO EL COSTO.**

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, la venta bajo el costo es una de las prácticas consultadas por la AGIP. Sostienen los consultantes que enfrentan problemas cuando los supermercados deciden vender bajo el costo los productos que ellos proveen. Se podrían producir desequilibrios en sus sistemas de distribución y comercialización y pérdida de reputación dado que el resto del comercio puede interpretar que los productos en promoción son vendidos al supermercado a un precio inferior.

Efectivamente los supermercados podrían estar dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales para así aumentar la demanda de otros productos en los cuales obtienen márgenes suficientes para cubrir las pérdidas generadas en los primeros.

Desde el punto de vista de la competencia, la venta bajo el costo podría ser perjudicial en la medida que la desaparición de la competencia minorista de menor tamaño, que no puede aplicar subsidios cruzados, tuviera efectos negativos en el largo plazo. La evidencia que encuentra el estudio

“Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the UK”, realizado por la Comisión de la Competencia del Reino Unido, es que en ese país varios supermercados adoptan “...*la práctica de vender, en forma persistente, algún producto de compra frecuente bajo el costo. Esta venta bajo el costo es una de las vías que tienen estos canales de distribución, para evitar que la mayoría de sus productos no estén totalmente expuestos a presiones competitivas.*” [traducción libre, ver [http://www.competitioncommission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/446super.htm](http://www.competitioncommission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm)] Si bien esta práctica puede beneficiar a algún consumidor en particular, podría afectar a la libre competencia si causa una mayor concentración en el mercado al destruir a los minoristas más pequeños, quienes no pueden utilizar estos subsidios cruzados.

Por ello, este Tribunal estima que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto periodo, no son *per se* contrarias a la libre competencia pero, cuando éstas ventas se hacen persistentes o se utilizan para destruir competidores, constituyen un arbitrio que limita la competencia.

#### **IV. D. 2.- MARCAS PROPIAS.**

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que este Tribunal estima que la sola presencia de marcas propias no es en sí contraria a la libre competencia, pero si éstas se exhiben en forma tal que confundan a los consumidores, ello podría constituir un acto de competencia desleal y, en el caso de los supermercados que cuentan con poder de mercado, podría tener el efecto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado, siendo en tal caso una conducta contraria a las normas que protegen la libre competencia, según lo dispuesto en el artículo 3, letra c), del D. L. 211.

**TRIGÉSIMO:** Que, en estos autos no se han denunciado ni acreditado hechos concretos que puedan ser objeto de sanción, dado que se trata de una consulta, por lo que este Tribunal se limitará a efectuar prevenciones y adoptar medidas para que este tipo de conductas, en cuanto sean contrarias a la libre competencia, no se produzcan en el futuro y, de producirse, sean debidamente sancionadas y dejadas sin efecto.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, a fojas 17 AGIP sostuvo que Supermercados Líder (D & S) realizó una promoción para chocolates que ofreció vender al

consumidor durante los días 21, 22, 23 y 24 de diciembre del año 2001, con un descuento especial de 30%, exigiéndole a las diversas empresas proveedoras participar en esta promoción. Este Tribunal estima que ésta es una conducta contraria a la libre competencia, según lo razonado precedentemente, que no ha sido controvertida en autos y que se vería agravada si D & S hubiera retirado los chocolates de Nestlé de sus góndolas, a modo de represalia hacia dicha empresa.

Considerando que AGIP no formalizó una denuncia o demanda por dichos hechos, sino únicamente una consulta, según se lee en su presentación de fojas 25, este Tribunal no aplicará sanción a D & S, pero le previene que debe abstenerse de efectuar prácticas como la indicada.

**Y TENIENDO PRESENTE**, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Ley N° 211, y artículo quinto transitorio de la Ley 19.911, se **RESUELVE**:

**Primero:** Que las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores.

**Segundo:** Que las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles son éstas.

**Tercero:** Que dadas las imperfecciones y el grado de concentración que se observan en este mercado, se ordena a cada una de las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa y a las personas relacionadas con cualesquiera de ellas, en los términos dispuestos en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, hasta llegar a sus controladores finales, que consulten a éste Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas; y,

**Cuarto:** Que se previene a Distribución y Servicios D & S S.A. que en el futuro debe abstenerse de efectuar conductas como las descritas en el considerando trigésimo primero precedente.

Notifíquese y transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica.  
Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 03-04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Morel.

Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.