

300

RESOLUCION N°: 720 /

Santiago, veintitrés de enero de dos mil cuatro.

VISTOS:

1.- A fs. 16 del cuaderno de medidas precautorias rola la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica presentada con el objeto de que esta Comisión dicte una medida prejudicial precautoria, disponiendo la suspensión, por el término de 30 días o el que estime procedente, de los efectos y consecuencias que se desprenden de la propuesta contenida en carta de 7 de agosto de 2003, enviada por don Pablo Castillo Prado, Gerente de Administración y Finanzas de la empresa de supermercados **Santa Isabel S.A.**, o Santa Isabel, luego de haber tomado el control de ella **Cencosud S.A.**, o Cencosud, a sus distintos proveedores. Entre otros fundamentos, sostiene la Fiscalía que dicha maniobra, consistente en requerir un “aporte financiero” a los proveedores y en establecer las nuevas condiciones de pago de obligaciones previamente contraídas, importaría una imposición de precios arbitrarios a sus proveedores, alterando unilateralmente las condiciones de los contratos cumplidos por las partes, habida cuenta de las circunstancias y de la conducta asumida por dicho supermercado al momento del envío de la carta.

2.- A fs. 21 del cuaderno de medidas precautorias, rola la resolución de esta Comisión por la cual accede a la medida precautoria antedicha, sólo en cuanto ordenó a Santa Isabel S.A. abstenerse de realizar actos que puedan atentar en contra de la libre competencia. Asimismo, se concedió un plazo de 30 días para que la Fiscalía formalizara requerimiento en virtud de los hechos invocados.

3.- A fs. 1 del cuaderno principal, en el plazo conferido, la Fiscalía Nacional Económica interpone requerimiento en contra de Santa Isabel S.A. en virtud de los siguientes antecedentes y consideraciones de derecho que, en síntesis, se exponen a continuación:

3.1.- Que el 7 de agosto de 2003, don Pablo Castillo Prado, Gerente de Administración y Finanzas, en representación de Santa Isabel S.A., envió una carta a sus proveedores, la que el requerimiento reproduce.

Indica que en los días siguientes a la fecha de la referida carta, la prensa publicó profusamente noticias que contenían expresiones de preocupación y reacciones adversas provenientes de la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras o AGIP y de proveedores individuales.

3.2.- La Fiscalía da cuenta de las investigaciones que practicó y de la respuesta de la requerida: Santa Isabel señala que la toma de control, por parte de Cencosud, se perfeccionó el 31 de julio 2003 y que, dado el cuantioso saldo pendiente de Santa Isabel con sus proveedores, la nueva administración comenzó a verificar el estado de situación de todas las cuentas, comprobando que, a la fecha, se mantenía aproximadamente \$ 22.000 millones (US\$ 31,4 millones) en facturas impagas (vencidas), equivalente al 17% de las compras anuales a proveedores. El saldo vigente ascendía a otros \$ 21.500 millones de pesos. Que tal verificación habría obedecido a que, en febrero de 2003, la anterior controladora de Santa Isabel, la multinacional Ahold, ordenó auditorías generales a todas sus filiales, lo cual incidió en que la auditora externa de Santa Isabel no emitiera informe sobre los balances a diciembre de 2002, fundada en la imposibilidad de determinar contablemente los saldos de pagos que la empresa tenía con sus proveedores.

Que la nueva administración de Santa Isabel comprobó un aumento del volumen histórico de su deuda con los proveedores, sin que ninguno de éstos hubiese interrumpido el despacho de mercadería, no obstante la mora en el pago de sus facturas.

Que esta actitud de los proveedores fue interpretada por la nueva administración en el sentido que las deudas habían aumentado por cuenta y riesgo de los proveedores, quienes conociendo la situación de la empresa y afrontando conscientemente la eventualidad de

302
/

convertirse en acreedores valistas, sin privilegio ni garantía alguna del pago de las sumas adeudadas, no suspendieron sus despachos.

Que Santa Isabel consideró que esta continuidad y la espera en el pago de sus acreencias fue aceptada por los proveedores debido a la confianza que les inspiraba quien sería el nuevo controlador (ya que, a esas alturas, el interés y las gestiones de Cencosud al respecto eran públicamente conocidos). Que la deuda con los proveedores ascendía, aproximadamente, a \$43.500 millones de pesos (US\$ 62 millones), en circunstancias que una deuda normal habría alcanzado a menos de la mitad de esa cifra y que, desde luego, la empresa no podía proceder a pagar una deuda que no se encontraba debidamente conciliada. Que en este contexto, y con el objeto de salvar su abultada deuda, generada principalmente por la continuidad de despachos fuera de las condiciones normales de pago, Santa Isabel S.A. se representó como posibilidad de solución el ofrecimiento hecho en la carta de 7 de agosto, a una semana de la toma de control.

Que para no perjudicar a los proveedores pequeños, titulares de saldos acreedores proporcionalmente mayores que los de los grandes proveedores, Santa Isabel propuso efectuar un descuento sobre las ventas del año anterior y no sobre los referidos saldos. De ahí la cifra de 5% de las compras efectuadas por el supermercado a sus proveedores, como valor base para resolver el problema de los saldos vencidos y no pagados por parte de Santa Isabel S.A. Que la intención sería distribuir equitativamente el peso de la solución sobre todos los proveedores, quienes al margen de sus respectivos convenios individuales habían consentido en el fuerte aumento de sus acreencias vencidas.

3.3.- Respecto de las defensas de la requerida, la Fiscalía expresa que no obstante lo expuesto, ha quedado en evidencia que la proposición fue, en cierto modo, coercitiva y, por el impacto causado, la empresa la dejó sin efecto y regularizó la situación.

El requerimiento continúa señalando que en la actualidad el mercado en estudio presenta un conjunto de prácticas comerciales entre supermercados y proveedores, que están dadas por la estructura y naturaleza de dicho mercado y que, sin duda, se han visto excedidas por la conducta objeto de este requerimiento. Que dentro de las principales políticas comerciales están: Descuentos especiales respecto de los precios de lista, según proveedor, rubro y producto; “Tasas de inversión fijas” (léanse “pagos”) del proveedor en función de la compra asociada a: publicidad y promociones, 3%; compras centralizadas, 2%; y volumen de compra; Premios por logro de determinados volúmenes de compra (escala de crecimiento); Exhibición adicional de productos en las cabeceras de los pasillos (entre UF10 y UF 30 según ubicación, tamaño, local y tiempo pactados); Descuentos (léase “cobro”) por entrega de la mercadería en el centro de acopio de la empresa, correspondiente al menor gasto “operacional del proveedor al no tener que despachar mercadería a cada local del supermercado”; Devolución “de mercadería mermada por deterioro o vencimiento, para lo cual se calcula un porcentaje de las compras”, que puede variar entre 0,5% y 2%; esto es “una parte del ahorro que logra el proveedor por la simplificación de sus procedimientos operacionales (mecanismos de control interno, transporte de retorno, etc)”;

Participación en promociones o catálogos; “Administración de categorías, diferencias de precios, etc”;

Plazos de pago: Al respecto Santa Isabel proporciona información cabal, si bien no especifica rubro comercial ni otros criterios. Y que cabe señalar a este respecto que la propia empresa ha acompañado correspondencia de proveedores que protestan porque los plazos efectivos de pago son muy superiores a los que la empresa indica formalmente.

3.4.- Que el *mercado relevante* está constituido por la compraventa de productos de los supermercados a los proveedores, que la participación en él de las cadenas de Supermercados Jumbo y Santa Isabel unidas (20 % del mercado nacional) constituye un poder efectivo que, objetivamente, puede afectar la libertad de decisión económica de los proveedores. Que dicho poder actuó como elemento de presión sobre aquellos, especialmente los más pequeños, dado que para éstos los supermercados constituyen el canal por excelencia y casi exclusivo de comercialización de sus productos.

Que en cuanto a la estructura del mercado, la Fiscalía señala que la creciente concentración industrial que se viene observando en el mercado de la venta minorista, especialmente en supermercados, se caracteriza, esencialmente, por la asimetría de poderes de negociación entre dichos grandes establecimientos comerciales de venta minorista y sus proveedores, fenómeno que se denomina "poder de compra". Que dichas prácticas lesionan la competitividad de los proveedores e introducen distorsiones en la competencia en el mercado.

3.5. Que en cuanto a las *barreras a la entrada y salida* de los proveedores al mercado, señala que estudios de la Fiscalía han detectado barreras de entrada y de salida al mercado que afectan a los proveedores y los mantienen cautivos de aquellos supermercados que abastecen en forma habitual. Entre tales barreras a la entrada se contarían las siguientes:

- a. Significativa necesidad de inversión inicial y permanente en bienes de capital y activos fijos, tecnología especializada y una cadena eficiente de distribución (Por ejemplo, respecto de las bebidas alcohólicas y alimentos no perecibles).
- b. Cuantioso capital de trabajo y tecnología; alto costo de distribución en los productos. (Por ejemplo, respecto a los alimentos perecibles).
- c. Necesidad de canal propio de distribución (en la medida en que se trata de productos de consumo masivo); de no haberlo, se requiere gran capital de trabajo para lograr una buena penetración de mercado (Por ejemplo, las bebidas no alcohólicas).
- d. importante diferenciación del producto, alta inversión inicial y tecnologías específicas (Por ejemplo, confitería).
- e. Trámites de acreditación del buen nombre y credibilidad comercial impuestos por los propios supermercados a sus proveedores.

Que, por su parte, las barreras a la salida provienen de la especificidad y cuantía de las inversiones de capital requeridas por los rubros de provisión a supermercados. En muchos casos, la mantención de dichas inversiones genera una barrera a la salida, en la medida que el valor de liquidación difiere del precio de mercado de los bienes de capital, si es que hay

305

mercado secundario, o de liquidación, para ellos. Que a éstas se añaden las exigencias que los supermercados formulan sobre el desarrollo de una cantidad de características específicas para los productos vendidos en su cadena de distribución, tales como envase, rotulación, procedencia, fecha de elaboración, etc. Esto último constituye, a su vez, una barrera a la salida, porque genera una alta dependencia respecto del cliente que ha especificado determinadas características para el producto, pues se vuelve difícil comercializarlo a través de otras vías.

3.6. Que en lo referente a las **prácticas comerciales**, los proveedores, en su mayoría, elaboran y venden productos que enfrentan la competencia directa y la de sustitutos cercanos. Por esta razón, los supermercados, en ejercicio del poder de compra que detentan, están en condiciones de incurrir en abusos en las negociaciones con ellos, especialmente los más pequeños, lo que da lugar al surgimiento de las prácticas comerciales precedentemente mencionadas.

Que en este caso concreto, cuando Cencosud S.A. inició las negociaciones para adquirir Santa Isabel S.A. debió advertir anticipadamente a los proveedores sobre su intención de actuar del modo que lo hizo, de manera que ellos pudieran elegir entre abstenerse de seguir atendiendo pedidos o aceptar las nuevas condiciones. Que Santa Isabel S.A. ha impuesto unilateral y retroactivamente una modificación sustancial en todos los contratos ya perfeccionados con sus proveedores, no obstante haber éstos cumplido como vendedores sus obligaciones de entregar y facturar (con pago de impuesto), al precio convenido, las mercaderías compradas por dicho supermercado, que éste ya vendió a consumidores finales en el año anterior al establecimiento de esta práctica. Además, de no compensar el atraso en los pagos de dichos productos, se suma la anomalía de exigir un aporte financiero importante, que no tiene contraprestación alguna por parte de la requerida, es decir, que carece de causa económica y jurídica.

7
306
/

3.7.- Que **los supermercados equivalen a una instalación esencial**: En la actualidad, según señala el requerimiento, los supermercados constituyen una cadena de distribución esencial para los proveedores. Según investigaciones de la Fiscalía, los proveedores de los supermercados, en conjunto, venden a éstos una cifra del orden del 60% de sus productos. En algunos rubros, tales como alimentos, dicha cifra alcanza al 70%; en aseo del hogar, 68% y perfumería y aseo personal, 50%. La dependencia de los proveedores respecto a las cadenas de supermercados, como principal agente comprador, es tal que, en el año 2000, un 43,8% de sus ventas correspondieron a supermercados, en tanto que para el año 2001 dicha cifra fue de un 45,7. Más de las tres cuartas partes de esas ventas se hacían a las cadenas D&S y Santa Isabel en conjunto.

Que lo anterior se ve reforzado por el hecho que el sistema de venta a público, a través de supermercados, es ya un sistema consolidado, común y habitual de la población, de modo que en los barrios y zonas de las ciudades no se puede prescindir por las personas de tal sistema.

3.8.- Que en cuanto al **abuso de poder de mercado** de la requerida, señala que es evidente que Jumbo-Santa Isabel ostenta poder de mercado en sus relaciones verticales con sus proveedores, aún cuando no lo tenga con los demás hipermercados, mercado horizontal donde, como se desprendería de la documentación que se adjunta al requerimiento (cuadro N° 1), la requerida ha logrado el segundo mayor poder de mercado.

3.9.- Que, en consecuencia, ejerciendo abusivamente su poder de mercado en las relaciones verticales con sus proveedores, que en su mayoría son PYMES y/o personas naturales, de modo que su tamaño relativo es muy disímil entre sí, como lo es también su poder de negociación, menoscabado además por su atomización, la requerida ha incursionado en un evidente atentado a la libre competencia. Que la prueba más contundente es que la proposición de Santa Isabel S.A. fuera hecha después de su integración al grupo Cencosud, conformando un todo con Jumbo y acrecentando su poder de mercado. Además, en su carta

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA
Agustinas N° 853, Piso 12
Santiago

307
/

Santa Isabel S.A. advierte a sus proveedores que “Cencosud ha pasado a administrar en forma conjunta las cadenas Jumbo y Santa Isabel, que representan aproximadamente un 20% del mercado”, lo que constituye claramente una manifestación de este poder de mercado que la requerida pretende ejercer en contra de sus proveedores.

Asimismo, el contenido de la carta de Santa Isabel S.A. a sus proveedores también configura la imposición de precios arbitrarios a los productos que ya habían sido adquiridos, bajo condiciones de mercado, por dicha empresa a sus proveedores, alterando unilateralmente las condiciones de contratos que ya habían sido cumplidos, en algunos casos, por ambas partes, y en otros, sólo por los proveedores, por cuanto Santa Isabel ha retardado los pagos de las facturas, según lo reconoce en su carta.

3.10.- Que los recurrentes problemas que se producen entre los proveedores y los supermercados se originan en prácticas de éstos relacionadas con el poder oligopsonico que ostentan. Que la dependencia descrita es tal, que en los pocos días que los proveedores tuvieron para reaccionar a la carta de Santa Isabel, de fecha 7 de agosto, ya habían respondido 105 de ellos, es decir, el 13%, como se observa en el cuadro N° 2 acompañado. Entre éstos, siete de cada diez aceptan o están dispuestos a negociar una propuesta que, evidentemente, les causa un perjuicio; y entre quienes minoritariamente la rechazan, se encuentran grandes empresas, que, por sí mismas, a su turno, también tienen poder de negociación. Se sigue de ello que quienes se atrevieron a negarse son, en su mayoría, los que cuentan con poder de negociación; que se desprendería del análisis de la Fiscalía que no habría duda de que el resto aceptó explícita o tácitamente la proposición por temor a ser marginados por el supermercado, o coercionados de otra manera.

3.11.- Que no es aceptable que la propuesta de Santa Isabel se funde en sus propias falencias financieras y persiga lograr el financiamiento de su deuda, no siendo verosímil que Cencosud no haya conocido el estado contable-financiero en que se encontraba la empresa (cuentas impagas, facturas vencidas, etc.) a la hora de determinar su valor. Que

308

confirma lo anterior la consistencia entre las cifras citadas en la respuesta de Santa Isabel y las que con anticipación manejaba la prensa.

Que Santa Isabel pudo recurrir, para financiarse, a las vías habituales bancarias o financieras, o bien, hacer un incremento de capital. La abusiva "propuesta" de la empresa a sus proveedores configura un abuso de poder de mercado, en perjuicio éstos, la inmensa mayoría de los cuales son pequeños y están atomizados. Que la figura que describe el caso es la de abuso de poder en el mercado relevante, esto es, el de sus proveedores. Que de haberse consumado, el referido abuso habría resultado un perjuicio para la competencia en dicho mercado y una concentración del mismo, lo que habría significado, ciertamente, que muchos proveedores, en especial los más pequeños, hubiesen sido marginados del mercado.

Que esta Comisión debería considerar que conforme al inciso 2° del artículo 1° del Decreto Ley 211, cuando la conducta incide en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario y otros que la disposición señala, se está frente a un agravante del atentado a la libre competencia.

3.12.- Que, concluyendo, la requerida, mediante el envío de su carta de 7 de agosto de 2003, al pretender modificar unilateralmente las condiciones contractuales establecidas con sus proveedores, con posterioridad al cumplimiento, por parte de éstos, de sus obligaciones, en circunstancias que aquélla no había cumplido las propias, y al exigir unilateralmente de los proveedores un aporte en dinero sin contraprestación alguna, todo ello bajo la explícita invocación de su poder de mercado, incurrió en arbitrios y propuso o trató de imponer la realización de actos o convenciones prohibidas que tienden a impedir, restringir o entorpecer la competencia, infringiendo, de tal modo, lo dispuesto en los artículos 1° y 2°, letra f) del Decreto Ley N° 211.

Solicita finalmente tener por interpuesto requerimiento en contra de Santa Isabel S.A., y en definitiva declarar que los hechos, actos y convenciones que la requerida propuso y

pretendió imponer a través de la carta de 7 de agosto de 2003, a sus proveedores, tendió a impedir la libre competencia en el mercado de los proveedores de supermercados; y aplicar a la sociedad Santa Isabel S.A. una multa proporcional a la gravedad de la infracción cometida que, dada la rectificación que la propia requerida adoptó, al dejar sin efecto la carta, estima debe ser equivalente a 1000 unidades tributarias mensuales.

4.- A fs. 25 contesta el requerimiento Santa Isabel S.A., siendo sus principales argumentos, los siguientes:

4.1.- Que el aviso en cuestión, que motivó la solicitud de medida prejudicial precautoria y la interposición del requerimiento, aunque existieron razones para su formulación, fue dejado sin efecto por la requerida, asumiendo que la carta fue desafortunada, que podía ser malinterpretada y que, como aconteció, podía crear confusión a partir de erróneas interpretaciones que fueron incentivadas principalmente a través de instrumentos mediáticos.

4.2.- Asumiendo su defensa a partir del análisis para el caso particular de los elementos de la figura de abuso de posición dominante, expresa que la Fiscalía ha omitido referirse al alcance geográfico del **mercado relevante** en cuestión, definido como la “compraventa de productos de los supermercados a los proveedores”, sosteniendo que en ciertas regiones o localidades el mercado alimenticio del cual participa Santa Isabel S.A., se ve afectado por numerosos competidores, no debiendo, según su parecer, circunscribirse el mercado relevante sólo a los supermercados por ser una visión parcial y sesgada, respecto del mercado de los proveedores.

Sostiene que el mercado afectado sería aquel en que el producto transado son los canales de distribución que requieren productores de bienes para comercializarlos al por menor (retail); existiendo demandantes y oferentes de dichos canales, para lo cual ciertas legislaciones obligan a considerar no sólo a los supermercados o el mercado de las grandes

310

superficies, sino que el total del mercado alimenticio. Esta conclusión llevaría a analizar la existencia de otros canales de distribución distintos a los supermercados y, en consecuencia, la presencia y eventual calidad de dominante de tal o cual canal.

Que, para reforzar su defensa, sostiene que el propio requerimiento alude a los otros canales de distribución existentes, y por ende omite un 40 % de los restantes oferentes de estos canales. De este ejercicio, la requerida expresa que la participación de Santa Isabel S.A., atribuida por el Fiscal del orden de un 20 % por ciento, se “reduciría” a un 12%, cifra que califica de irrelevante para poder configurar un reproche como el que se formula en estos autos.

Adicionalmente, sostiene que el requerimiento, en la definición de mercado relevante propuesta, “no distingue los rubros que en él participan” y sus proveedores, no siendo demostrable el 60% de participación que se le atribuye a todos los supermercados respecto del mercado de los proveedores. Expone ciertas argumentaciones que describirían el actual marco de las relaciones entre proveedores y supermercados, concluyendo que actualmente las condiciones de venta son producto de negociaciones entre las partes y no impuestas por el proveedor como antaño.

4.3.- Que a fin de determinar el carácter de dominante, lo importante es establecer el grado de libertad para negociar del proveedor y sus posibilidades para cambiarse de canal de distribución si lo desea. La requerida señala que la decisión de un proveedor de optar por uno u otro canal, existiendo otros en el mercado, no puede determinar el carácter de dominante del canal elegido, dando como ejemplo precisamente el caso de Santa Isabel S.A. que tiene una participación del 9% como promedio, no siendo su responsabilidad que el proveedor haya concentrado sus ventas en este supermercado. En resumen, que la sola importancia de un canal respecto de un proveedor no puede determinar el carácter de dominante de aquél, considerando la competencia existente entre los supermercados.

3 AA
/

Concluye señalando que Santa Isabel S.A. no es dominante, dando cuenta según la información que proporciona, que el porcentaje que ella representa como canal de distribución, proveedor por proveedor, en resumen, es del 6,2% respecto del total de ventas de los proveedores no ligados a la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras o AGIP y del 6% de los proveedores asociados a AGIP.

4.4.- Respecto de su posición en el mercado, señala que no es posible configurar una posición dominante en el rubro supermercado de la requerida, si ella no va dirigida a la determinación de la participación que representa el supermercado como canal de distribución para un rubro específico y, dentro de ese rubro, determinar los proveedores que pueden "satisfacerlo". Que, de lo contrario, proveedores con posición dominante o cartelizados, podrían llegar a imponer condiciones a las cadenas, ya que por el sólo hecho de mantenerse el criterio del requerimiento, según la requerida, dichos proveedores podrían aducir, para su beneficio, que se le están imponiendo condiciones que atentan en contra de la libre competencia.

4.5.- En cuanto a la existencia de barreras de entrada y de salida, arguye que no es sostenible la existencia de dichas barreras atendido al alto dinamismo que en la última década ha presentado el negocio de los supermercados, en el cual se han visto fusiones o absorciones, entrada de actores extranjeros, la implementación y expansión de cadenas, etc. Que el mercado relevante es altamente competitivo, lo que dificulta abusos.

4.6.- Siguiendo con las defensas respecto de la posición que ocupa la requerida en el mercado, señala que en cuanto a la "exclusividad" como actor, ésta no se cumple ya que tiene múltiples competidores. Que una participación individual del 9% o aglutinada del 18,35%, no puede considerarse como dominante ni de poder relevante; por otra parte, al no haber barreras de entrada, existe un mercado competitivo y por ende a la luz de la jurisprudencia de las comisiones antimonopolios, no sería en consecuencia una empresa

312
/

dominante. Por otra parte, la requerida expresa que en el evento de considerarse dominante, no ha incurrido en abuso alguno.

4.7.- Que en cuanto a la existencia real o potencial de competencia, se refiere a la posición de D & S y Líder, su principal competidor, indicando que cualquier abuso de la requerida significaría un desplazamiento de la demanda hacia dicho competidor o hacia el 50% restante de oferentes.

4.8.- En cuanto al abuso, sostiene que no puede analizarse desde el punto de vista de una figura per se el hecho de imponer condiciones contractuales a sus proveedores, dado que en la actualidad los precios ya no son fijados aisladamente por los proveedores, sino que son el producto de una negociación entre ambos actores, sin que pueda esta intervención de los supermercados calificarse de abuso. En cuanto a la eventual discriminación respecto de los proveedores más pequeños, que se podría plantear con el envío de la carta, no hay abuso tratándose de grandes proveedores por cuanto tienen suficiente poder para negociar, y que respecto de los pequeños, los efectos no surten de la posición dominante de la requerida sino que de la especial relación con un proveedor que tiene a Santa Isabel S.A. como único comprador, lo que no es atribuible a ésta. Que los que aceptaron la propuesta de la carta lo hicieron libremente, concentrando sus negocios por este canal. Por otra parte, sostiene que no es posible aseverar que quienes no contestaron la carta lo hicieron tácitamente en forma favorable, aludiendo a las normas del derecho comercial aplicables que no otorgan un efecto de aceptación al silencio.

4.9.- Con respecto a las razones para el envío de la carta de fecha 7 de agosto de 2003, la requerida sostiene, luego de detallar cómo se concatenaron los hechos previos a la toma de control de Santa Isabel S.A. por Cencosud S.A., que dada la indeterminación de los saldos de los proveedores con la requerida, era inconveniente pagar una deuda que no se encontraba debidamente conciliada (\$22.000.000.000.- de pesos en facturas vencidas

3A3
/

impagas según la contestación; y un saldo no vencido de \$21.500.000.000 de pesos, todo ello a la fecha de traspaso según señala la requerida).

Que en ese contexto y con el sólo objeto de salvar esta abultada deuda, que fue generada, principalmente, según Santa Isabel S.A., por la continuidad de despachos fuera de las condiciones normales de pago, que se representó la posibilidad de dar una solución general mediante una fórmula igualitaria en el trato de sus proveedores, lo que determinó el ofrecimiento realizado por carta de fecha 7 de agosto de 2003, a sólo una semana de la toma de control.

Que la solicitud de un aporte financiero equivalente al 5% del monto correspondiente a las recepciones de mercadería en el período comprendido entre el 1 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2003, fue el cálculo de un descuento a partir de las ventas del año anterior, en vez de hacerlo sobre los saldos vencidos, con el fin de no perjudicar a los proveedores pequeños que tenían saldos vencidos proporcionalmente mayores que los proveedores grandes.

Que esta fórmula representó un 5% de las compras, de forma equitativa, sobre todos los proveedores que habían consentido en este fuerte aumento de deuda vencida, fuera de sus respectivos convenios individuales.

Que sobre las base de este descuento inicial y los valores así determinados se harían los pagos a los proveedores, de acuerdo con las fórmulas previstas para cada período, todo ello, siempre y en la medida que el proveedor estuviese de acuerdo y sin condicionamiento adicional alguno.

Que luego del envío de la carta, la requerida reconoce la errada redacción de la misma, la que aludía a condiciones que podían malinterpretarse, y también que la forma de pago ofrecida era inapropiada pues podía producir inconvenientes en sus relaciones con los proveedores y con la propia autoridad del sector. Dado lo anterior, la requerida se retractó

314
/

de esa fórmula, lo que es reconocido por el requerimiento, comunicándose este hecho a los destinatarios de la carta original, el día 14 de agosto de 2004.

Solicita finalmente que el requerimiento sea rechazado.

5.- A fs. 59 vuelta se trajeron los autos en relación.

6.- A fs. 241 y en la vista de la causa, Santa Isabel S.A. acompañó diversos documentos, los que fueron agregados a los autos.

7.- Con fecha siete de enero de dos mil cuatro tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de la requirente y requerida, quedando los autos en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se ha interpuesto requerimiento en contra de Santa Isabel S.A. por la Fiscalía Nacional Económica, según consta de su presentación de fs. 1, luego de dictarse una medida prejudicial precautoria en contra de dicha empresa, con ocasión del envío a sus proveedores de una carta fechada el día 7 de agosto de 2003;

SEGUNDO: Que para mayor claridad en el análisis que hará esta Comisión, resulta necesario reproducir en estos considerandos la señalada carta :

"Santiago, 7 de agosto de 2003. Estimado Señor Proveedor:

1) Por la presente es de nuestro interés informarle a usted que con fecha 31 de julio de 2003, Cencosud S.A. ha tomado el control accionario de Santa Isabel S.A. En virtud de lo anterior, Cenconsud S.A. aumenta considerablemente su relación comercial con usted en el rubro de los supermercados, al pasar a administrar en forma conjunta las cadenas Jumbo y Santa Isabel, las que representan aproximadamente un 20% del mercado.

En el inicio de esta nueva etapa, es fundamental regularizar todas las cuentas y saldos con los proveedores de Santa Isabel S.A., de manera de asegurar que en adelante las relaciones comerciales se desarrollen de la mejor manera posible, dejando atrás inconvenientes que puedan haber existido y transformando a Santa Isabel S.A. en una empresa viable.

Es nuestra intención terminar con el problema de los enormes saldos de facturas vencidas y no pagadas, para lo cual durante los próximos días nos hemos propuesto la tarea de aclarar todos los saldos pendientes al 31 de julio de 2003.

II) Para hacer frente a esta situación y hacer viable a Santa Isabel S.A., nos vemos en la necesidad de solicitarle un aporte financiero equivalente al 5% del monto correspondiente a las recepciones de mercadería en Santa Isabel S.A. en el período comprendido entre el 1 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2003.

III) Pagos a realizar por Santa Isabel S.A.:

- a) Las facturas correspondientes a mercadería recepcionada hasta el 31 de julio de 2003 y que se encontraban vencidas a esa fecha, serán pagadas en un 70% de su valor el día jueves 14 de agosto de 2003.*
- b) Las facturas correspondientes a mercadería recepcionada hasta el 31 de julio de 2003 y que se encontraban vigentes (no vencidas) a esa fecha, serán pagadas en un 70% de su valor en las fechas de pago que correspondan de acuerdo al vencimiento de cada una de ellas.*
- c) Las recepciones de mercadería con fecha posterior al 31 de julio 2003 serán pagadas normalmente de acuerdo a los plazos estipulados en los respectivos convenios o acuerdos comerciales vigentes en esta fecha.*

IV) Los montos retenidos de las facturas por mercadería recepcionada hasta el 31 de julio de 2003 de acuerdo a lo indicado en los párrafos a) y b) anteriores, se considerarán como abono a cuenta del aporte financiero mencionado.

V) Los pagos indicados anteriormente se realizarán conforme a los documentos y saldos en nuestro poder, previa recepción en nuestras oficinas (Avda. Apoquindo 3600) de una

copia de esta carta firmada por usted en señal de aceptación de las condiciones antes descritas.

Por carta separada le entregaremos durante los próximos días el saldo de su cuenta contable al 31 de julio de 2003, conforme a la información recibida de la administración anterior. Este saldo deberá ser aclarado a la brevedad y no más allá de los próximos 30 días con la cooperación de Ustedes, la nuestra y la de Pricewaterhouse (nuestros auditores externos).

Las fechas de pago antes indicadas se respetarán independientemente del tiempo que tome el proceso de conciliación anterior.

Estamos seguros de que contaremos con su colaboración en este proceso, el cual nos permitirá a la brevedad normalizar el trabajo conjunto y avanzar en fortalecer nuestras relaciones comerciales, haciéndolas cada vez más eficientes y satisfactorias para ambos. Pablo Castillo Prado. Gerente de Administración y Finanzas. Santa Isabel S.A.”;

TERCERO: Que el requerimiento ha sostenido que el envío de la señalada carta, en los términos que se extraen de la misma, representa un abuso del poder dominante que detenta Santa Isabel y un ejercicio del poder de mercado que dicha posición le confiere, considerando a esta empresa como parte del grupo de empresas vinculadas a la sociedad Cencosud S.A. (controladora de los establecimientos Jumbo), en el mercado de los supermercados. Que este poder es atribuido a Santa Isabel al formar parte de un grupo de empresas que controla aproximadamente el 20 % del aludido mercado, como la propia carta lo indica;

CUARTO: Que cabe examinar estos presupuestos en forma particular para poder llegar a una conclusión fundada sobre el caso. En primer término, en cuanto al mercado relevante en cuestión, esta Comisión comparte en forma parcial la conclusión de la Fiscalía en cuanto a que el mercado o sub mercado que debe analizarse es el de “*la compraventa de productos de los supermercados a los proveedores*”. En efecto, si bien no puede llegar a sostenerse que el mercado relevante sea el *mercado alimenticio*, como un todo, como lo insinúa

317

preliminarmente la requerida en su contestación, sí se puede concordar con ésta en que lo importante para el análisis es determinar el control de agentes económicos de los denominados canales de distribución de productos, en particular, los canales de distribución que requieren los productores de bienes para comercializarlos al por menor (*retail*).

Que dado lo anterior, no resulta clara la referencia que hace la Fiscalía en cuanto a que los actos o prácticas que serían investigados inciden en el mercado de la “*compraventa de productos de los supermercados a los proveedores*”, poniendo el énfasis en la relación individual de cada supermercado con el proveedor, lo que puede llevar a confusión.

Que las relaciones económicas que deben analizarse para juzgar el comportamiento de la requerida, tienen relación, más bien, con el control de ciertos canales de distribución que llegan al consumidor final, los supermercados, que constituyen establecimientos que tienen un conjunto de características propias combinadas, que no resultan comparables con otros canales de distribución o venta de productos.

Estos caracteres son, a saber, entre otros, el espacio que ocupan - “grandes superficies” -, su amplio inventario, apariencia física de sus dependencias, forma de presentación de los productos y los servicios ofrecidos al cliente.

Que en consecuencia, el mercado relevante para los efectos de esta investigación y para poder determinar los efectos de la conducta desplegada por Santa Isabel, está constituido por los canales de distribución que tienen las características antes señaladas y que son los “supermercados”, lo que concuerda con lo expresado en la propia carta enviada;

QUINTO: Que en lo referente a la participación de mercado que interesa a fin de analizar la existencia de una posición de dominio, resulta claro que en el mercado relevante que se ha establecido, la empresa requerida abarca, en forma conjunta con la de sus empresas relacionadas y bajo cuyo control actúa, aproximadamente un 20% de participación, siendo

entonces el segundo actor relevante en el mercado, después del grupo de empresas D & S – Líder, el que representa, según la información recopilada en autos, aproximadamente un 30%, considerando que ambas cifras se determinan sobre el nivel de ventas de cada cadena de supermercados.

Que del mérito de autos no resulta concluyente, desde un análisis del nivel de participación de mercado de los actores, que un 20% de participación pueda derivar necesariamente en una posición de dominio del grupo Santa Isabel-Jumbo, habida cuenta, además, de la información que se ha proporcionado respecto de los porcentajes que representa Santa Isabel – si bien por sí sola y no en conjunto con Jumbo - en las ventas de cada uno de los proveedores (fs. 36 a 39 de la contestación de la requerida);

SEXTO: Que, no obstante las conclusiones previamente señaladas, dadas las particulares características de esta clase de canales de distribución, es necesario analizar en el caso particular que nos ocupa, si además el comportamiento que tuvo Santa Isabel, en los hechos, pudo tener consecuencias negativas para el mercado, en lo que atañe al ejercicio de su poder de compra respecto de sus proveedores, teniendo presente su calidad de actor del mercado que representa el segundo mayor canal de distribución entre los supermercados, más allá de la participación que en él ostenta;

SEPTIMO: Que cabe considerar que la decisión de enviar la carta fue tomada luego de haber adquirido Cencosud S.A., matriz del grupo vinculado a los supermercados Jumbo, el control de un segundo grupo de supermercados - Santa Isabel - que también tenía una participación relevante en el mercado y una marca de renombre en el rubro.

Que a pesar de haber tomado conocimiento de los antecedentes financieros de Santa Isabel en forma previa a la toma de control y de estar informada de su situación comercial, los nuevos controladores tomaron una medida que, de no ser investigada por la Fiscalía

Nacional Económica, habría significado modificaciones sustanciales a los acuerdos previos convenidos con la mayoría de sus proveedores;

OCTAVO: Que Santa Isabel, al obrar como lo hizo, demostró que tenía certeza de que, a pesar de la envergadura de los cambios propuestos en la carta y los términos redactados a modo de cláusulas de adhesión, iba a obtener la aprobación o al menos la adscripción tácita a tales cláusulas por una cantidad relevante de proveedores, cumpliendo con su propósito de rebajar sus deudas vencidas con terceros.

Este comportamiento, como quiera que con posterioridad haya sido revisado por la requerida, refleja que los representantes que tomaron la decisión, tenían plena certeza de su capacidad para redefinir las condiciones hasta esa fecha prevalecientes en sus relaciones con los proveedores, sin mediar aviso o negociación previa, resultado que evidentemente no hubiera sido logrado bajo otras circunstancias y bajo otras condiciones de mercado.

Además, esta conducta, en opinión de esta Comisión, sólo fue posible de ser ejecutada dada la posición que representaba este canal de distribución para todos sus proveedores, y, en particular, respecto de aquellos que tenían menores posibilidades de comerciar con otros canales de la envergadura que representan Santa Isabel y Jumbo, en conjunto. En efecto, se ha reconocido por la requerida que los proveedores no habían interrumpido el despacho de su mercadería, no obstante la mora en el pago de sus facturas por la mala situación que atravesaba Santa Isabel;

NOVENO: Que del análisis de los hechos que acontecieron luego de la toma de control de Santa Isabel S.A. por Cencosud S.A., se desprende que el comportamiento manifestado en la carta enviada el día siete de agosto de dos mil tres, obedece a una conducta que en los hechos constituyó el ejercicio de un poder de mercado respecto de sus proveedores ya que tenía la potencialidad de producir efectos que alterarían en forma substancial las

condiciones de competencia, en particular, en lo referente a las relaciones de los proveedores afectados con uno de sus principales canales de distribución.

Que para esta Comisión, independientemente del nivel de participación de mercado de la requerida o del grupo económico al cual pertenece, se ha demostrado que, en los hechos, se ejerció un poder de mercado proveniente del control que detentaba la requerida, conjuntamente con su matriz, el segundo canal de distribución con mayor relevancia en el mercado de los supermercados;

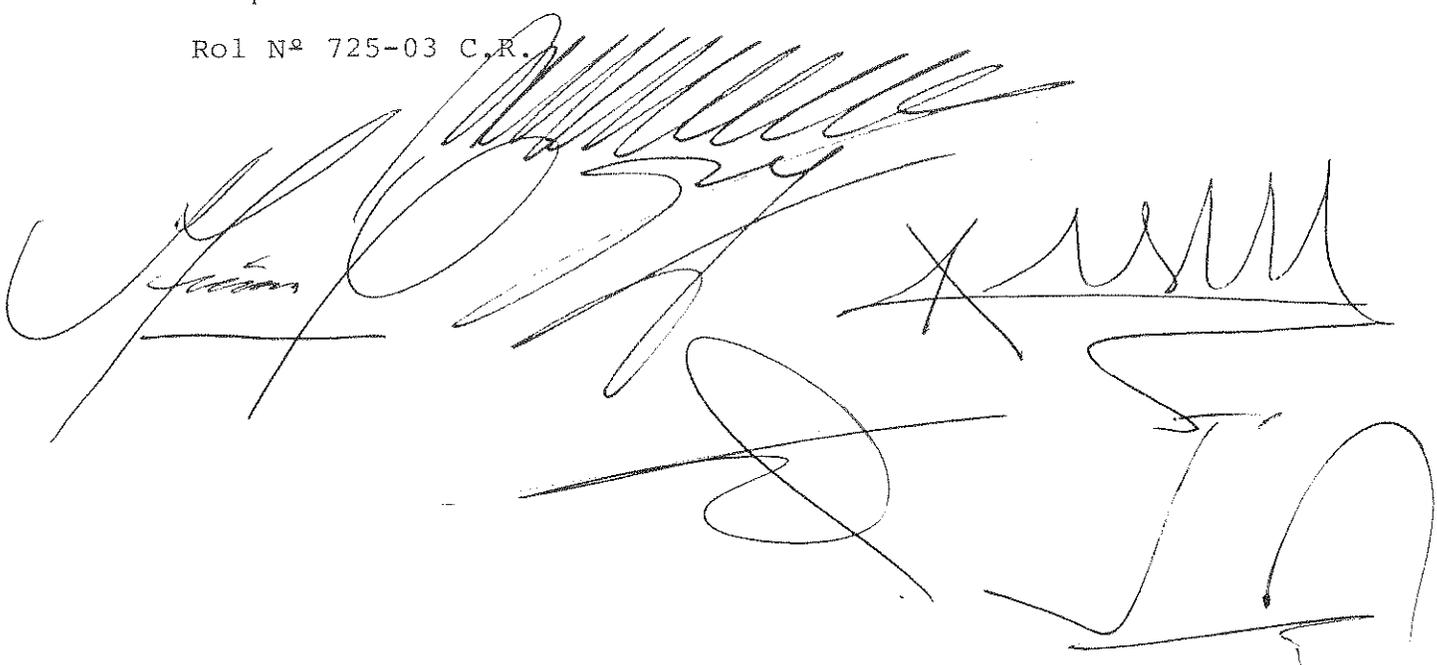
DECIMO: Que, en consecuencia, se dará lugar al requerimiento de la Fiscalía, rechazándose las defensas de la requerida, habida cuenta del análisis previamente expuesto. En cuanto a la multa solicitada, se apreciará prudencialmente su monto de conformidad con la capacidad económica de la requerida y la gravedad de la infracción, como lo dispone el artículo 17, letra a), número 4) del Decreto Ley N° 211.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 6, 17, letra a) y 18 del Decreto Ley N° 211 y artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, se RESUELVE:

Que se hace lugar al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fs. 1 y se condena a Santa Isabel S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 1.000 unidades tributarias mensuales, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que el Presidente, Ministro señor Kokisch, fue de opinión de aplicar a la requerida una multa ascendente a 500 unidades tributarias mensuales.

Ro1 N° 725-03 C.R.



321
/

//ciada por los señores Domingo Kokisch Mourgues, Ministro de la Excm. Corte Suprema, Presidente de la Comisión; Bernardo Espinosa Bancalari, subrogando al Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción; Alejandro Ferreiro Yazigi, Superintendente de Valores y Seguros; Roberto Salim-Hanna Sepúlveda, subrogando al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae; y Francisco Javier Labbé Opazo, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Andrés Bello.



20

20