

SENTENCIA Nº9/2004 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: “Consulta de AGIP A.G sobre conducta de Supermercados Líder en perjuicio de proveedor y consumidores en general”

BORIS FIEGELIST VENTURELLI

DOCTRINA:

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.

Asimismo, 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.

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.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sentencia objeto del presente trabajo recae sobre el mercado de aprovisionamiento por proveedores y distribuidores mayoristas a las mega cadenas de supermercados, que constituyen un claro ejemplo de cómo la concentración de los mercados se ha incrementado sustancialmente en Chile, pues en el año 1998 habían 4 operadores con una participación superior a un 9%, y los dos primeros, controlaban el 51,58% del mercado. En cambio, en el año 2003 tan sólo existían dos operadores con una participación superior al 9%, y los dos primeros competidores controlaban el 69,87% del mercado¹.

Descripción de los hechos: El proceso que motivo la sentencia objeto del presente estudio tuvo su origen en las denuncias que la Asociación de Industrias Proveedoras (AGIP) interpuso en la ac-

¹ Halabi k., Claudia: “Industria de supermercados: ¿por dónde va el poder?”, Informe Área de Negocios, Universidad Santo Tomás, Santiago – Chile, Nº19 Mayo, 2004, pág.2. Asimismo, para un análisis más detallado del mercado de supermercados y la relación de estas empresas con sus competidores véase: Lira, Loreto: “Cambios en la industria de los supermercados concentración, hipermercados, relaciones con proveedores y marcas propias”; Estudios Públicos, 97 (verano 2005), Santiago Chile, pág.136 y ss.

tualmente derogada Comisión Preventiva Central en enero del 2002, motivada por la estrategia del supermercado Líder (en adelante D&S) que obligó a sus proveedores a suscribir sus ofertas especiales para la navidad del año 2001, que representaban para éstos un descuento especial de 30% al valor que D&S les pagaba por sus productos. A la denuncia anterior, se acumula otra denuncia de la AGIP, en que se solicita a la referida 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, y que se refieren a dos materias que afectan a sus asociados: a) Competencia desleal en la comercialización de productos con marcas propias, que se exhiben con el propósito de confundir a los consumidores, en perjuicio de las marcas de la industria proveedora. y 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.

La Fiscalía Nacional Económica al evacuar su informe en relación con estas denuncias establece que las conductas objeto de análisis son las siguientes: 1. Ventas bajo costo; 2. Imposición de participación en promociones; 3.- Aplazamiento de pagos; 4. Descuentos no pactados en el pago; 5.- Modificaciones unilaterales de condiciones de compra; 6. Imposición de rappel (comisión sobre el precio de venta a público, por cada producto de un determinado proveedor que pasa por caja); y 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).

La cuestión sometida a la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es sí las conductas denunciadas son el resultado de operaciones normales dentro de un mercado o constituyen un abuso de la posición dominante que los supermercados poseen en dicho mercado.

Considerando lo extenso de la sentencia en comento, sólo reproducimos a continuación los principales considerandos de la misma.

2. SENTENCIA Nº9/2004 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA: “CONSULTA DE AGIP A.G SOBRE CONDUCTA DE
SUPERMERCADOS LÍDER EN PERJUICIO DE PROVEEDOR Y
CONSUMIDORES EN GENERAL”²

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

...

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.

² El texto completo de la sentencia en comento se encuentra disponible en el sitio Web de la Fiscalía Nacional Económica: <http://www.fne.cl>

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 consecencialmente 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, entendiendo 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 AGIPÁG. 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] 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 1º, 2º y 3º 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.”

3. COMENTARIO:

Si bien la sentencia objeto del presente trabajo fue pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto a la relación de aprovisionamiento, por parte de proveedores y distribuidores 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. No es menos cierto que las conclusiones y decisiones que se contienen en la misma pueden ser aplicadas, por el carácter general de las mismas³, a cualquier mercado constituido por la relación entre proveedores de bienes o servicios y las empresas receptoras de las mismas que venden o prestan servicios a los consumidores finales.

Desde el punto de social y económico es de suma importancia estudiar, desde la perspectiva del derecho de protección a la libre competencia, la legalidad y efectos de las conductas de las grandes empresas hacia sus proveedores de bienes y servicio dado la tendencia actual hacia la concentración de los mercados. A modo de ejemplo, en Chile y nuestra región estas operaciones se han producido en el mercado financiero, forestal, grandes tiendas de departamentos, teleco-

³ Cabe hacer presente que existe un pronunciamiento anterior de la derogada Comisión Resolutiva relativa a la relación proveedor empresario en este mismo mercado, pero que se circunscribe específicamente a una conducta de alteración ex post por parte de la empresa que adquirió supermercado Santa Isabel de las condiciones de pago previamente pactada entre los anteriores propietarios de dicho supermercado y sus proveedores. (véase Resolución N° 720 de la Comisión Resolutiva de fecha 23 de enero de 2004)

municaciones, supermercados, entre otros.

Al respecto, nuestros órganos de protección a la libre competencia han adoptado un criterio permisivo que ha privilegiado favorecer las eficiencias producidas por este tipo de operaciones, más que en tratar de evitar grados de concentración elevados en un determinado mercado.⁴

Si bien, es indiscutible que los consumidores se han visto beneficiados con las eficiencias que estas operaciones han producido, al poder éstos acceder a servicios de mejor calidad y precios más bajos⁵. No es menos cierto que dicho fenómeno, en particular, ha afectado negativamente a los proveedores que abastecen de bienes y servicios a los agentes dominantes de tales mercados, quienes han visto reducido sustancialmente su poder de negociación para acordar los términos en que sus productos o servicios son vendidos a los mismos.

En primer lugar, tal como se establece en el considerando décimo octavo, las conductas objeto de la denuncia no son consideradas per se ilegales, ya que su legalidad debe ser analizada caso a caso por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en base a los criterios generales que han sido establecidos por esta misma sentencia, y que a continuación estudiaremos; pues tal como lo establece el Tribunal si bien la mayor parte de estas prácticas parecen abusivas, ellas pueden existir tanto en un mercado competitivo como en uno en que los supermercados tengan poder de compra del que estén abusando. No debemos olvidar que conforme al artículo 3 de la nueva normativa en materia de libre competencia un hecho, acto o convención únicamente es ilegal cuando impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.

En este sentido, de la sentencia en comento se pueden extraer que los criterios para analizar la legalidad de las conductas hacia sus proveedores de las empresas que venden o prestan servicios a consumidores finales en los distintos mercados de abastecimiento o aprovisionamientos de bienes y servicios, son los siguientes:

1) *Grado de concentración en el mercado relevante*: Esto supone que, en primer lugar, se debe precisar cuál es el mercado relevante desde el punto de vista del producto⁶ y del punto de vista geográfico⁷ en donde, luego, determinaremos si existe o no un grado de concentración importante.

Sobre el particular, la sentencia en comento introduce un elemento que es interesante considerar, la existencia de sub mercados, vale decir, segmentos de un mercado que presentan características especiales de modo que uno y otro no puedan ser considerados sustitutos directo e inmediato

⁴ Entre estos casos podemos destacar los siguientes: Resolución Nº445 de la Comisión Resolutiva de fecha 10 de Agosto de 1995, relativa la fusión de Lan Chile y Ladeco; Resolución Nº488 de la Comisión Resolutiva de fecha 11 de Junio de 1997, relativa la fusión de las empresas eléctricas; Resolución Nº639 de la Comisión Resolutiva de fecha 23 de Enero de 2001, relativa la fusión del Banco Santander y Banco Santiago; Resolución Nº609 de la Comisión Resolutiva de fecha 28 de junio de 2001, relativa la fusión de Coca Cola; Resolución Nº719 de la Comisión Resolutiva de fecha 10 de Diciembre de 2003, relativa la fusión de Renta Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A.; Resolución Nº1/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha de 25 de Octubre de 2004, relativa a la fusión VTR con Metropolis S.A.; y Resolución Nº2/2005, de fecha de 4 de enero de 2005, relativa a la Consulta de Telefónica Móviles S.A. sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. Sin embargo, es justo consignar que la gran mayoría de estas operaciones han sido aprobadas bajo la condición de que se respeten ciertas exigencias establecidas por la misma sentencia o resolución con el objeto de impedir el desarrollo de prácticas atentatorias a la libre competencia.

⁵ Al respecto podemos señalar que existen dos posturas básicas frente a esta realidad: Por una parte, hay quienes sostienen que un grado de concentración elevada es un indicador de poder de mercado, y presumen que estos grupos se forman para explotar un poder de mercado y que crecen explotándolo, con los consecuentes efectos negativos, tales como, costos sociales y el incremento del riesgo de que se produzcan en dicho mercado conductas atentatorias a la libre competencia, como el abuso de posición dominante o conductas predatorias. Por otro lado, hay quienes afirman que este fenómeno produce una serie de eficiencias que redundan en un incremento del bienestar social; ya que, por ejemplo, permitirían a las empresas incrementar su valor, aprovechar de mejor forma las economías de escala, o facilitar la competencia de las entidades fusionadas en el sector externo, todo lo cual se traduciría, en un mediano o largo plazo en un mayor bienestar y precios más bajos para el consumidor final. Véase: Sapelli, Claudio: *"Concentración y grupos económicos en Chile"*, Estudios Públicos, 88 (primavera 2002), Santiago Chile, pág.1 y 2.

⁶ El mercado del producto está constituido por el producto vendido y sus sustitutos directos. Sobre el particular, resulta de especial importancia la consideración de los gustos o preferencias del consumidor para determinar si un producto es sustituto directo de otro; como también, la elasticidad cruzada que se pueda existir frente a una variación sustancial del precio de dos productos que se pretenden sustitutos directo el uno del otro.

⁷ El mercado geográfico es el espacio territorial donde la empresa y sus competidores venden su producto. Para precisar esta noción es útil considerar factores tales como: costos de transporte, limitaciones de entrega, conveniencia y preferencia de los consumidores, etc.

el uno del otro. Así, por ejemplo, el servicio de transporte de carga que los transportistas prestan a las industrias forestales, no puede ser asimilado al mismo servicio que otros transportistas prestan a las grandes cadenas de supermercado; pues si bien en ambos casos se está prestando en si el mismo servicio: transporte de carga. Las características de uno y otro segmento son tan diversas en términos de costos, reglamentación legal, requerimientos del receptor del servicio, entre otros; que las variaciones significativas de precios en uno de ellos, probablemente, no van a motivar que un transportista se cambie de un segmento a otro del mercado (elasticidad cruzada).

En cuanto a la determinación del grado de concentración del mercado no resulta factible establecer un porcentaje fijo de participación, a partir del cual se pueda estimar que un mercado presente un grado de concentración importante, pues este es un hecho que debe ser precisado caso a caso tendiendo en vista las características especiales de cada mercado. Para dicho efecto, puede ser útil considerar elementos, tales como, el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)⁸, que es un índice estadístico que es ampliamente utilizado no sólo en Estados Unidos, sino que también en Chile y el resto del mundo para estudiar los grados de concentración existentes en un mercado⁹. Por ejemplo, si el HHI en mercado es sobre los 1800 puntos, es un indicador que ese mercado presenta ciertos grados de concentración¹⁰. Asimismo, es importante considerar, tal como lo ha realizado la Fiscalía Nacional Económica en este caso¹¹, la evolución que ha tenido el mercado en los últimos años como las expectativas futuras del mismo, pues el estudio de esos elementos pueden revelar una tendencia en la materia.

2) *Existencia de Barreras de entrada y salida:* La existencia de barreras de entrada o salida dicen relación con la existencia de impedimentos de orden legal, económico, geográfico u de otro tipo que pueden dificultar el ingreso o la salida de un competidor de un mercado concreto.

En el caso de este tipo de mercado la existencia de barreras de entrada está motivada principalmente por factores económicos, pues el tamaño y las economías de escala que las grandes empresas receptora de los bienes y servicios entregados por los proveedores, son en si un impedimento prácticamente infranqueable para el ingreso de nuevos competidores. Tal como se expresa en el considerando décimo quinto de la sentencia objeto del presente trabajo, un claro síntoma de la existencia de estas barreras es el hecho que en los últimos años no haya ingresado o permanecido ningún competidor relevante con posibilidad de amagar a los actores dominantes del mercado.

En relación con las barreras de salida que experimentan los proveedores, el considerando décimo sexto de la sentencia señala que estas barreras de salida para un proveedor se constituyen a partir de la existencia de activos específicos, es decir, aquellos dedicados a una relación comercial determinada y cuyo valor se reduce al utilizar tal activo en una relación comercial alternativa. La importancia de estos activos específicos depende del porcentaje que, en sus ventas, representa para el proveedor las transacciones con la empresa receptora de sus bienes y servicios; como también de la cantidad de activos que el proveedor 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 las empresas receptoras es más fuerte sobre los proveedores más pequeños o que, en el extremo, destinan toda su producción a sólo cliente.

⁸ Este índice opera de la siguiente forma: Primero, se debe proceder a calcular el porcentaje de participación en el mercado de cada uno de los agentes que los integran. Luego, cada una de esas participaciones se elevan al cuadrado, y la sumatoria de todas ellas da como resultado el HHI del respectivo mercado. (véase: Morgan D., Thomas: "Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins", American Casebook Series, Ed. WestGroup; St. Paul, MN, Estados Unidos, 2da Edición, 2001, pág.778

⁹ Al respecto, por ejemplo, véase Morel, José Tomas: "Lecciones del caso Santiago-Santander sobre concentración bancaria", Estudios Públicos, N°91 (invierno 2003), Santiago - Chile

¹⁰ Morgan, Thomas D., Ob. Cit., pág.778

¹¹ Informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica, con fecha 2 de abril de 2004 ante la Comisión Preventiva Central en relación a la denuncia presentada por AGIP A.G. en contra los supermercados por abusos contra proveedores. Roles 170-01 CPC y 191-02 CPC. (Disponible en www.fne.cl), pág.8 a 10.

3) *Poder de Compra*: El poder de mercado en esta situación se expresa a través del “poder de compra” que detenta las empresas receptoras de los bienes y servicios de los proveedores. Dicho poder existirá cuando un competidor o grupo de competidores se encuentren en condiciones de manejar por sí mismo los precios e imponer condiciones de compra que no prevalecerían en una situación competitiva normal.

La existencia del poder de compra es directamente proporcional a la existencia y extensión de la concentración y de las barreras de entrada y/o salida en un mercado. De igual forma, el poder de compra será mayor respecto de los proveedores más pequeños y con un mayor grado de dependencia de sus ventas en relación a un receptor de sus bienes y servicios en particular.

4) *Que las conductas analizadas no impliquen imponer a los proveedores condiciones de compra que no sean establecidas en forma objetiva y no discriminatoria*: De esta forma se excluye la posibilidad de que una empresa sólo pudiera aplicar su poder de mercado respecto a los proveedores pequeños y que presentan un alto grado de dependencia.

Asimismo, este requisito implica que las empresas compradoras no pueden imponer condiciones de compra que no existirían en un mercado competitivo; y

5) *Que las conductas analizadas no impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores*: El cumplimiento de este requerimiento implica que las condiciones de compra a los proveedores les deben ser comunicadas antes de que la compra se materialice.

No obstante, no se encuentra cubierto por este requerimiento el hecho de que una empresa pudiera pactar dentro de las condiciones de compra, comunicadas previamente a su proveedor, la facultad de alterar unilateralmente el precio bajo ciertas condiciones o criterios; ya que esa condición sería previamente conocida por el proveedor antes de materializar la operación. Por ende, para determinar la legalidad de este tipo de cláusula contractual cabría preguntarse, si esa condición en particular podría haberse pactado en condiciones competitivas normales, tomando en consideración los restantes elementos analizados precedentemente.

En consecuencia, este requerimiento sólo cubre el hecho que una empresa luego de haber pactado las condiciones de compra al proveedor, pretendiera imponer de manera unilateral alteraciones a las mismas.

En resumen, el marco normativo que la sentencia objeto de este trabajo ha establecido para los distintos mercados de abastecimiento o aprovisionamientos a empresas que, a su vez, operan con los consumidores finales; es un hecho tremendamente positivo para los pequeños y medianos proveedores, ya que al reestablecerse el equilibrio en esta relación se reduce la posibilidad que, a su vez, los pequeños y medianos proveedores sean eliminados de este mercado. No debemos olvidar, que las PYMES son uno de los mayores generadores de empleo en nuestro país, por lo que asegurar a este tipo de empresas condiciones no discriminatorias y normales en relación con sus clientes sin lugar a dudas constituye un aporte esencial a la tan anhelada reactivación de nuestra economía.

Finalmente, queremos destacar que, en el numerando tercero de la parte dispositiva de la sentencia en comento se ha establecido para cada una de las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa y a las personas relacionadas con cualesquiera de ellas, la obligación de consultar al 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. El establecimiento de esta restricción demuestra una clara preocupación del Tribunal por un posible incremento futuro en la concentración en el rubro de los supermercados y el efecto de estas operaciones en sus proveedores, ya que conforme a la legislación actualmente vigente en Chile no es obligatorio, como regla general, para una empresa consultar en forma previa una operación de fusión o adquisición que pueda significar.