



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
ESCUELA DE DERECHO  
Seminario de Licenciatura

ASPECTOS ESENCIALES DEL TRATAMIENTO DEL  
NEGOCIO DEL RETAIL EN LOS FALLOS DEL  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE  
COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS  
DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Nombre Alumna: María Belén Gómez Chandía

Nombre Profesor Guía: Crispulo Marmolejo González

Fecha de Entrega: Diciembre de 2013.

## Tabla de contenidos:

Capítulos	Número de Página
I. Introducción	
4	
II. Supermercados	10
1. Caracterización del sector	10
2. En cuanto al mercado relevante:	11
3. En cuanto al poder de mercado	13
4. Barreras de entrada y Abuso de posición dominante:	15
5. La Competencia Desleal no constituye automáticamente un abuso de posición dominante	18
6. Imputabilidad de la infracción y estructura societaria en el retail	20
III. Tiendas	21
1. Caracterización del sector	21
2. Análisis de la conducta de abuso de posición dominante	23
3. Poder de Compra	24
IV. El negocio crediticio	26
1. Caracterización	26
2. En cuanto al mercado relevante	27
V. Farmacias	28
1. Caracterización	28
2. En cuanto al mercado relevante	29
3. Uso de marcas propias	30
VI. Conclusiones	31

**ASPECTOS ESENCIALES DEL TRATAMIENTO DEL NEGOCIO**  
**DEL RETAIL EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE**  
**LA LIBRE COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS**  
**DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE**

Resumen

En el presente trabajo se realiza una síntesis de los criterios que ha sostenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando ha conocido de casos referidos a la industria del retail. Para ello se parte exponiendo una visión panorámica del sector, para luego canalizar el estudio de la industria hacia en algunos de sus formatos más comunes como son: supermercados, tiendas, farmacias, haciendo también referencia al retail crediticio, por encontrarse en estrecha relación con la industria de manera transversal. En base a dicha distinción se hace un análisis de las conductas de abuso de posición dominante a la luz de los casos que se van presentado.

Palabras Clave

Libre Competencia – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – Retail – Abuso de Posición Dominante.

## I. Introducción

**L**a libre competencia se ha instalado como un tema de política pública y la sociedad ha ido tomando mayor conciencia acerca de la importancia de esta materia, lo que ciertamente ha tenido un impacto en las actuaciones de las autoridades integrantes del sistema de protección de la libre competencia en Chile. Teniendo en consideración este contexto, hay algunos rasgos dignos de mencionar en la evolución del sistema desde la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – en adelante TDLC - en virtud de la reforma de la Ley N° 19.911 de 14 de Noviembre de 2003, siendo su instalación en 2004.

En primer lugar, se aprecia un evidente grado de consolidación y legitimación del sistema, tanto en el mercado y sus agentes, como en la sociedad civil, lo cual ha puesto incentivos para una mayor demanda por su aplicación institucional. En segundo lugar, y fundamentalmente a partir de la reforma de la Ley N° 20.361 de 13 de Julio de 2009 – posterior al llamado “Caso Farmacias” - se ha dotado a la Fiscalía Nacional Económica de facultades adicionales - y de carácter intrusivo – con el fin de optimizar procesos de investigación referidos fundamentalmente a conductas colusorias, contempladas en el Art. 3, letra a) del D.L. 211 de 1973. En tercer lugar, se aprecia algún grado de complejidad de los casos que han sido objeto de análisis, tanto por el organismo persecutor como en el ámbito jurisdiccional.

A primera vista, pareciera ser que la coyuntura y los objetivos que se aprecian en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Nacional Económica – en adelante FNE – han situado a la infracción colusoria o al combate a la cartelización como una de las preocupaciones fundamentales del diseño de política de competencia actual. Sin embargo, y como se analizará en este trabajo, se propone plantear un enfoque situado en la relevancia que ha cobrado la figura de la posición dominante y su potencial abuso, en el funcionamiento de ciertos mercados relevantes en el contexto nacional. Parte importante de ese planteamiento tiene que ver con el estudio de un segmento de singular expansión en la economía chilena, cual es el llamado “*retail*”.

En primer término se ha de prevenir que existe cierta tendencia en asociar exclusivamente el negocio del “*retail*” a supermercados y tiendas por departamento, atribuyendo un carácter meramente físico al concepto. Dicho de otro modo, con frecuencia se piensa que el retail es la venta de productos que se efectúa en un establecimiento. No obstante, ello corresponde sólo a una faz del retail, pues éste incluye una serie de prestaciones intangibles como los servicios asociados a esa venta y que no necesariamente son entregadas en un espacio con formato de tienda. Hecha esta prevención, se puede indicar que “*Retail*” o “*Detal*” es un término inglés con un uso ampliamente extendido que hace referencia al comercio minorista o al detalle, es decir, a un sector económico que engloba a las empresas especializadas en la comercialización masiva de productos o servicios uniformes a grandes cantidades de clientes. La razón para involucrar a mayoristas y minoristas en un mismo sector fue una consecuencia de la gran cantidad de problemas y soluciones comunes que tienen ambos sectores, en razón de la masividad y diversidad tanto de productos como de clientes. Se reconoce en esta industria cierta complejidad que viene dada por la amplia variedad de artículos y tipos de servicios que ofrecen, así como el nivel de operaciones que efectúa.

Levy y Weitz en su obra “*Retailing Management*” sostienen que retail comprende a un conjunto de actividades de negocios que agregan valor a productos y servicios que son vendidos a los consumidores finales para uso personal o familiar. (2004: p.22). Con todo, resulta útil entender el retail como un cúmulo de elementos de recursos, procesos y actividades que satisfacen necesidades de consumidores finales mediante la facilitación de la transferencia de propiedad en el flujo de productos y servicios. Esta última definición permite comprender el fenómeno del “*Channel Blurring*”, la aparición de nuevos formatos, el retailing financiero y el concepto de retail integrado que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró para oponerse a la fusión entre las empresas D&S y Falabella.

El negocio del retail en Chile -o comercio minorista o al detalle- ha experimentado en las últimas dos décadas importantes procesos de expansión y modernización (Faugenbaum, Berdegú y Reardon, 2002: pp. 459-471) debido, por una parte a fuertes desarrollos comunes a todo el mundo, tales como los creados por las nuevas tecnologías de información (Galetovic y Sanhueza, 2007: p.6), y por otra, a causa del aumento del ingreso nacional y las condiciones de acceso masivo al crédito. Constituyendo esta actividad una de las áreas más protagónicas y dinámicas de la economía chilena. Presentó además, una tasa de crecimiento promedio del 11% entre los años 2003 y 2007 (CERET, 2010: p2); en el año 2008, el volumen de ventas de la industria alcanzó una significación del 22% del PIB nacional (The Nielsen Company, 2009: p2) dando cuenta de su singular impacto en la economía del país.

En esa misma línea, la consultora internacional “A.T. Kearney” en su última versión del “*Global Retail Development Index*” (2013: p7) posiciona a Chile como la segunda nación en desarrollo más atractiva para invertir en retail, considerando la saturación del mercado, y el riesgo país -entre otros factores-, por lo que resulta prudente esperar que este sector siga manifestando un alto dinamismo y un creciente interés por su análisis tanto por la disciplina económica como jurídica.

Por otro lado, la manera en que esta industria ha logrado tan importante desarrollo y los cambios que ha experimentado no es algo que se deba tener por sentado. Este proceso ha sido reseñado de manera casi didáctica en varios fallos del TDLC atribuyéndolo al menos a siete aspectos, que serán analizados posteriormente en este trabajo. Ese análisis jurisprudencial posibilita generar una adecuada comprensión, de cómo son percibidas y tratadas desde el Derecho esas características propias del negocio en comento. Entre estas características, se puede destacar:

1. Un crecimiento de los niveles de productividad a través del uso de economías de escala, la aceleración de la rotación de los productos y el control detallado sobre el ciclo completo del negocio.
2. Crecimiento de los márgenes de ganancia a través de la introducción al mercado de marcas propias.
3. Ampliación de la cobertura de tarjetas de crédito, producto de la simplificación del proceso de obtención de éstas, acompañado de la creciente inserción de servicios financieros.
4. La progresiva concentración del negocio del retail en grandes grupos económicos, con una apuesta por controlar y operar simultáneamente diversos tipos de negocios dentro del rubro: cadenas de supermercados, tiendas de departamento (multitiendas), tiendas para el mejoramiento del hogar y locales especializados (farmacias, materiales de construcción, etc.)
5. El sector retail cubre un gran abanico de necesidades de las personas, en las cuales se advierte un contacto directo y permanente con los consumidores finales a nivel masivo.
6. El retail ha logrado constituir establecimientos comerciales que tienen un conjunto de características propias combinadas, que no resultan comparables con otros canales de distribución o venta de productos.
7. Dicho sector es altamente dinámico y constantemente está experimentando cambios tanto en sus variadas estructuras y formas de realizar negocios.

En relación a estos rasgos enunciados, es dable apreciar que una de las consecuencias de estos cambios se manifiesta en la aparición de los llamados “*retailers integrales*”, que consisten en empresas de *retail* que son dueñas simultáneamente de cadenas de tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar y supermercados; todo esto

complementado con una tarjeta de crédito cuyo fin principal es financiar compras de bienes durables. (Galetovic y Sanhueza, 2007: p.8)

El tránsito desde el modelo de “*retailer especializado*” hacia “*retailer integral*” implica extender el abanico de los negocios en que participa la empresa. Las razones de ello pueden ser múltiples, la más obvia es obtener un aprovechamiento de las economías de ámbito. De este modo, la extensión hacia otros segmentos de retail podría significar un aprovechamiento más eficiente de los sistemas de compra y de información y de la logística y la distribución. De manera similar, hay una serie de costos no pecuniarios en que incurre el consumidor que pueden reducirse si se le hace una oferta integral y complementaria. Como se estudiará más adelante, estos conceptos de sistemas de compra, logística y canales de distribución resultan fundamentales al momento de comprender de manera real y efectiva el comportamiento de este mercado. Adicionalmente, cabe indicar que la expansión del ámbito también podría permitir compartir activos intangibles tales como el prestigio de una marca, la reputación, los conocimientos específicos en una industria, la experiencia o el talento gerencial. Enseguida, es preciso mencionar que estos retailers en muchos casos se han personificado por medio de grandes y modernos centros de venta, los que han jugado un rol importante en la disminución de los porcentajes de mercado de otras formas tradicionales de comercio minorista tales como, la pequeña tienda, los kioscos, la feria popular y el antiguo almacén de barrio. (Faiguenbaum, et al, 2002: pp. 459-471)

En estrecha relación con lo señalado en el párrafo precedente, en este sector se aprecia una marcada presencia de grandes conglomerados nacionales e internacionales, lo que podría ocasionar que este fuese considerado como un sector dominado exclusivamente por agentes de esta envergadura, en desmedro del bienestar de los consumidores. Probablemente sea el tamaño de ciertos agentes de esta industria, lo que ha incentivado una mayor observación por parte de las autoridades protectoras de la libre competencia. Al efecto, existen casos emblemáticos referidos a la industria, particularmente en los sectores de multitiendas (vgr. Casos Tres cuotas sin Interés y Guerra del Plasma), supermercados (vgr. Supermercados I, Supermercados II, Rendic Hnos, y AGIP con D&S) y farmacias (Farmacias I y Farmacias II) [Montt, Nehme, 2010: p.3]



Este contexto de especial dedicación al segmento por parte de los órganos de Libre Competencia, en particular por la FNE, se ha traducido en la interposición de requerimientos importantes sobre este mercado. El presente trabajo sitúa como objeto de estudio el análisis de algunos de estos casos relevantes, en cuanto a partir del diseño de acciones, arquitectura de conductas y estudio de mercado relevante efectuados por la FNE, los fallos del TDLC y la Corte Suprema, en los casos en que el máximo tribunal se haya pronunciado. Para abordar el tema, se realizará una mirada general y panorámica al negocio del retail, para posteriormente dividir el análisis en los ámbitos de Supermercados, Tiendas, Retail Financiero y Farmacias.

Sin embargo, debe hacerse presente que en cuanto a las conductas de abuso de posición dominante Para algunos autores, particularmente asociados a la llamada “Escuela de Chicago”, la posición dominante es esencialmente transitoria y premia la innovación, por lo que las medidas tendientes a restringirla serían innecesarias al afectar negativamente los incentivos a realizar líneas de negocio legítimas y pro-competitivas. Otros, en cambio, han notado la importancia de analizar caso a caso las conductas de estas firmas, las cuales podrían responder tanto a comportamientos competitivos como anticompetitivos. (Tapia, 2013: p3). Por su parte, en cada una de esas unidades se hará referencia a lo pronunciado en cuanto, a los criterios empleados para determinar el mercado relevante, y el estudio de las diversas conductas que han configurado lo casos que serán analizados.

## II. Supermercados

### 1. Caracterización:

Para efectuar la caracterización de este segmento en el presente trabajo se seguirá la definición que adopta el Instituto Nacional de Estadísticas. De acuerdo a ella, un supermercado es “un establecimiento de autoservicio con más de tres cajas registradoras, donde se encuentra una amplia variedad de productos comestibles y no comestibles, de uso habitual en un hogar” (INE Chile, 2009: p39) En lo sucesivo, supermercado e hipermercado aluden al mismo sector que se denomina “supermercadista”. Dicha salvedad es pertinente puesto que ciertos operadores hacen la diferencia de manera explícita entre uno y otro.

El sector supermercadista ha sido estudiado de manera creciente por las autoridades protectoras de la libre competencia. Como es sabido, el sector se ha concentrado con fuerza en la última década, producto principalmente del aprovechamiento de las economías de escala<sup>1</sup>, y de ámbito<sup>2</sup> que tienen lugar en esta industria, y dando origen a consultas preventivas por parte de cadenas de supermercados en orden a realizar fusiones, arrendamientos permanentes de inmuebles en donde operan otras cadenas del mismo rubro, etc. La Fiscalía Nacional Económica ha elaborado informes y Análisis Económicos referidos a la industria, dentro de los que destacan “Análisis Económico de la Industria Supermercadista en el marco de la causa rol N° 101/2006”, además de las sentencias del TDLC referidas a los casos “AGIP con D&S”, “Rendic Hnos”, “Supermercados I”, “Supermercados II”.

Al momento de elaborar el presente trabajo se encuentran 9 empresas de la industria supermercadista en contra del holding multiproductos “Unilever” ante el TDLC, por abusos de posición dominante y prácticas exclusorias en el en el mercado de la venta o provisión de detergentes para el lavado de ropa, que llevaría a cabo la requerida, la que concentra más de un 75% de ese mercado. Dichas prácticas exclusorias estarían destinadas a crear barreras

---

<sup>1</sup> Las economías de escala vienen dadas principalmente por los avances de la tecnología de la información y centros de distribución.

<sup>2</sup> “Ahorro que surge cuando el costo total de producir conjuntamente dos o más tipos de bienes o servicios es menor que el costo total de producir cada uno de ellos en forma separada”. Ver Guía de operaciones de concentración de la FNE.

artificiales en el canal supermercadista, limitando de esta forma el crecimiento de las otras empresas. Los actores denunciados también aseguran que “Unilever” ha implementado un sistema de incentivos que provocó la exclusión de muchas marcas. Además se le acusa de efectuar prácticas destinadas a aplicar de descuentos por exclusividad o por compra exclusiva; utilización de los denominados "proyectos de distribución controlada"; el pago de descuentos condicionales retroactivos (por crecimiento y por market share o participación de ventas); la exigencia de espacios de góndola de hasta un 95% de la de las estanterías; y la utilización de precios predatorios por largos periodos de tiempo; la imposición de sus propios "category managers" dentro de los supermercados para potenciar los detergentes de Unilever; compra masiva de espacios y exhibiciones adicionales.

Se ha hecho posible señalar que gran parte de los requerimientos sobre este mercado, interpuestos por la FNE, y los razonamientos y juicios a los que han arribado el TDLC sobre esta actividad económica tienen que ver fundamentalmente con el desenvolvimiento de supermercados como agentes primordiales de este mercado relevante. No obstante que en relación a los hechos mencionados en el párrafo anterior, podría dar un importante vuelco trasladando el centro de la discusión de libre competencia hacia sus proveedores.

## 2. En cuanto al mercado relevante:

Una mirada general a este sector, desde el ámbito del mercado relevante debe considerar que el análisis práctico en esta materia distingue tres canales de distribución: tradicional, supermercadista e industrial. En varios fallos, el TDLC sostiene que los supermercados deben considerarse como canales de distribución con características particulares y específicas que, en la práctica, los hacen insustituibles por otros canales de distribución minoristas<sup>3</sup>. Más allá de ello, el TDLC ha establecido categóricamente que “un

---

<sup>3</sup> Sin perjuicio de que las grandes cadenas supermercadistas han insistido que este mercado relevante deba ser ampliado contemplando otros tipos de canales de distribución minorista a través de los cuales los consumidores finales obtienen los productos que requieren como lo serían ferias libres, minimarkets, almacenes de barrio, mercados centrales de abasto, ferreterías etc.

supermercado sólo compite a los ojos de un proveedor con otro supermercado”, y no lo haría con otros canales de distribución minorista., desechando reiteradamente la tesis contraria.

No puede ser ajena a esta revisión del negocio una mirada a las relaciones que se producen entre tres tipos de agentes que interactúan constantemente, que corresponden a: 1) los supermercados, establecimientos de autoservicio de gran superficie, destinados preferentemente a la distribución de una gran cantidad y variedad de bienes de consumo 2) sus proveedores, por lo general productores de un número reducido de productos asociados a una marca; y 3) los consumidores finales.

La identificación de estos tres tipos de agentes permite diferenciar sus respectivos puntos de encuentro y constatar la existencia de dos clases de operaciones: a) proveedores y supermercados y; b) supermercados y consumidores finales. Estos mercados son conexos entre sí, pero presentan particularidades propias, por lo que la lógica de estudio comprendería un mercado relevante llamado comúnmente “aguas arriba” que alude a - la relación entre la empresa supermercadista y su proveedor- y otro “aguas abajo”. referido a la relación de la empresa con los consumidores .La determinación del mercado relevante es una de las tareas cruciales en la estructuración de acciones o de una sentencia en materia de Libre Competencia.

El TDLC, en cuanto al mercado relevante, ha entendido que lo conforman el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos. Se observa, sí que el principal criterio para definir el mercado del producto viene dado por la sustituibilidad de la demanda, conforme a lo indicado en el Auto Acordado N°12 dictado por el mismo tribunal, en el cual se establece el estándar de información que deberá contener los procesos de concentración horizontal, dentro del cual se exige que, quien sea consultante indique la existencia de bienes sustitutos. Desde una perspectiva inversa, también podemos encontrar normativa y jurisprudencia comparada la cual sostiene que es posible emplear la sustituibilidad de la oferta en la determinación del mercado relevante del producto. De este modo ocurre, en la Unión Europea toda vez que,

para determinarlo, se utiliza el test del monopolista hipotético o SSNIP. Y en esa línea, se hace especial hincapié en 3 variables: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.

Ahora bien, en aplicación de lo señalado, en la jurisprudencia del TDLC en la resolución 24-2004, y en las sentencias N° 9-2004, 65-2008 y 151-2008, ha indicado que este corresponde al cual “participan distribuidores minoristas y consumidores finales”, vale decir “al de distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar.”

Del trabajo realizado por los sentenciadores de libre competencia se observa la evidente posibilidad de haber practicado un análisis más metódico y prolijo en cuanto a la determinación del mercado relevante de producto. Ya que, sin perjuicio de tener presente las características particulares que los supermercados poseen, no todos los productos que en ellos se ofrecen pueden ser considerados de la misma forma, puesto que éstos poseen propiedades singulares, como tan amplia sea la gama de productos que sean ofertados en ellos. Por otro lado los consumidores finales, frente a diversos tipos de productos, no reaccionan de manera “estándar”, y lo cierto es que para algunas clases de bienes, otros tipos de canales de distribución minoristas (distintos a los supermercados) pueden representar perfectamente una alternativa para los consumidores. El mejor ejemplo de lo anterior se ve reflejado en el mercado de frutas y verduras, las que bien pueden adquirirse, aún por un consumidor promedio, en mercados centrales, ferias libres, verdulerías de gran tamaño, etc.

### 3. En cuanto al poder de mercado

Hay dos argumentos que se refieren al poder de mercado en este segmento que resultan de interés para los fines de este estudio. El primero de ellos está contenido en la sentencia 151/2008 del TDLC cual indica que la evolución que ha presentado la industria del retail en los últimos años, está caracterizada por procesos de consolidación entre áreas diversas de negocios, y de concentración en un número reducido de oferentes con poder de mercado. Ello entregaría importantes ventajas de competencia a cadenas supermercadistas con escalas de operación ya consolidadas a nivel nacional, respecto de

competidores supermercadistas que operan solo en mercados regionales o locales. El segundo argumento que el TDLC ha utilizado para determinar la concentración de un mercado relevante, consiste en atender al crecimiento de las participaciones de mercado de los competidores del mismo durante un período específico, lo cual, manifestándose en un alto grado de poder de compra, se establece que dicho mercado es concentrado. Así se desprende del considerando 14 de la Sentencia N° 9/2004 TDLC.

Adicionalmente, este último fallo pone sobre la mesa un aspecto adicional a considerar, a saber, la dimensión dinámica del problema, toda vez que señala que: *“el poder de mercado en una localidad específica no se debe analizar en forma estática ni aislada, sino que se deben considerar factores dinámicos, entre los que se cuenta la situación de mercado en el resto del país, y la capacidad de potencial de crecimiento en una determinada región”*.

En este sentido, parece sensato el criterio del tribunal en orden a considerar aquellos factores dinámicos de la industria, vale decir, un panorama completo de los agentes que son objeto de estudio permite tomar decisiones más coherentes con la realidad del mercado. Sin embargo, aun teniendo en cuenta el noble propósito que parece haber en ese discernimiento – respecto de la capacidad de potencial crecimiento en una determina región - el método utilizado para apreciar dicha aptitud no deja de provocar inquietud, puesto que a través de él se podría incurrir en errores apreciación, tales como valorar una situación que “podría” manifestarse a futuro teniendo en cuenta sólo determinados indicios actualmente acaecidos, (como por ejemplo la compra de terrenos de una determinada empresa en una región) al momento de controvertirse los hechos que motivan un pronunciamiento del TDLC. De este modo se incorpora, de forma riesgosa un elemento de predictibilidad al mercado.

Es admisible pensar que una empresa que se dedica a explotar varios mercados conexos al retail, o incluso industrias diferentes, no necesariamente tenga por objeto construir un supermercado al momento de efectuar una compra de terreno, el razonamiento lógico y el sentido común llevaría a pensar que ello representaría una de muchas alternativas

posibles para un actor económico, cuya crítica se hace aplicable no sólo al “*retail*”, sino a las más diversas industrias. A propósito del ejemplo mencionado sobre compra de terrenos, en la Sentencia N° 65 de 2008 es posible observar concretamente dicho razonamiento cuando se indica que: Las estrategias de crecimiento de las dos principales cadenas de supermercados, basadas en el acaparamiento de terrenos aptos para instalar supermercados, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir estos efectos, por cuanto levantan una barrera estratégica de entrada e incrementan sustancialmente el poder de mercado de las cadenas controladas por las requeridas, con el consiguiente riesgo de abuso respecto de proveedores y consumidores.

#### 4. Barreras de entrada y Abuso de posición dominante:

En lo que respecta a las barreras de entrada, George Stigler las ha definido como “*Las ventajas de costos de los incumbentes sobre los entrantes*”. (1968: p. 67). La relevancia de lo señalado encuentra su fundamento por cuanto *las condiciones de entrada a un mercado determinan la extensión de la competencia potencial*. (Baumol Panzar y Willig, 1982: pp. 1-15)

El TDLC ha precisado que un oferente que participa de un conjunto de mercados conexos a la industria del retail (tales como servicios financieros, negocios inmobiliarios, agencias de viajes y seguros, entre otros) posee importantes ventajas de costo, lo cual se traduce en un factor que podría afectar las condiciones de entrada a la industria, dado que aquellas, podrían impedir que nuevos entrantes alcancen una escala de operación suficiente para desafiar a las firmas ya establecidas, en un plazo razonable. Así, la necesidad de alcanzar o mantener una escala mínima eficiente de operación podría constituir una barrera a la entrada en este mercado. La doctrina que puede extraerse de esta argumentación consiste en que si un determinado supermercado forma parte de una cadena con cobertura nacional, que además participa en una serie de mercados conexos, ello conlleva poder tener determinados costos compartidos, por ejemplo, el acceso a capital a un costo menor, adquisición y procesamiento de información relevante, costos en aspectos logísticos y de distribución etc. Situación que sería difícil de replicar por

empresas de menor envergadura.

En resumen, este Tribunal estima que existen barreras de entrada en la industria supermercadista en Chile que resultan de la relación entre el tamaño mínimo eficiente de cada empresa, en relación al tamaño del mercado total, la amplia cobertura de las empresas incumbentes en los diversos nichos en los mercados conexos y la escasez de sitios aptos en las zonas urbanas de mayor densidad de demanda.

Adicionalmente, estas barreras incidirán fuertemente en la conducta de los agentes con poder de mercado puesto que ha dejado de existir la amenaza de que surja un nuevo competidor con una escala suficiente a través de la compra de pequeñas cadenas, las cuales ya han sido mayoritariamente absorbidas por las empresas incumbentes.

Resulta relevante revisar la Resolución N°43 de 2012 que versa sobre la adquisición de Supermercados del Sur por SMU la que fue consultada al TDLC, una vez perfeccionada, en lo relativo a sus posibles medidas de mitigación, para evitar concentración, pero no en cuanto a la celebración de la operación misma.<sup>4</sup> El Tribunal concluyó que esta fusión modificaba significativamente la estructura de este mercado a su vez que relaja la tensión competitiva en el mismo, razón por la cual optó por ordenar medidas de mitigación estructurales que apuntan tanto a los riesgos unilaterales, con la desinversión en las localidades más concentradas, posibilitando la existencia y potencial expansión de un actor relevante independiente que pueda imprimir presión competitiva, al imponer la enajenación de la participación que SMU tiene en la cadena de supermercados Montserrat. De lo resuelto por el tribunal se advierte que la fusión materializada entre SMU y SDS ha llevado a un nuevo y significativo aumento en la concentración y a una severa reducción de la asimetría de las participaciones de mercado y de la amenaza competitiva que representaban los planes de expansión de la empresa absorbida”. En efecto sostiene que, “la fusión analizada se da en un contexto en que prácticamente han desaparecido las firmas minoristas independientes –no son más del 5%

---

<sup>4</sup> “Tomás Menchaca: Fusión SMU-SDS Podría Ser Retrotraída por el TDLC”, 23 de diciembre de 2011.



del sector- y, de aprobarse la operación consultada, quedará casi la totalidad del mercado en manos de tres grandes cadenas –en torno al 90%-, sin verse amenazadas por competencia potencial durante un plazo significativo”. Recalcó adicionalmente que las barreras de entrada son altas en la industria supermercadista, y que “se habría agotado la posibilidad de un crecimiento rápido como el que implementaron SMU y SDS, al comprar cadenas pequeñas independientes. Ello se debe a que ya no existe un número suficiente de éstas que permitan actuar de base para ese tipo de expansión de un nuevo entrante”. Lo anterior, sin contar la integración vertical con que cuentan los megaoperadores como Walmart Chile y Cencosud.

No obstante que este organismo tiene por objeto velar por la libre competencia y aunque es discutible si junto con ello, su fin también estaría constituido el velar por el bienestar de los consumidores; En virtud de las medidas adoptadas y de los razonamientos expuestos, es posible admitir una mirada de los hechos sometidos a dicha consulta que lleve a una conclusión totalmente inversa, puesto que se constata que el mercado de supermercadista se encuentra dominado por dos grandes cadenas con presencia a nivel nacional, y al imponer medidas de desinversión a la consultante se le deja con una menor aptitud competitiva para frente a las otras dos en el respectivo mercado, por lo que de cierta manera se está disminuyendo la competencia efectiva, y por tanto se perjudica a los consumidores.

En otro caso relevante de supermercados, con razones que van en la misma línea de las esgrimidas en el caso ya mencionado. pero rechazando la operación a cabalidad encontramos. la consulta referida a D&S y Falabella. Toda vez que el tribunal indica que, “el hecho de que tanto Falabella como D&S hayan incurrido en el pasado en conductas anticompetitivas, precisamente en áreas de negocios envueltas en la operación consultada (supermercados, tarjetas de crédito y centros comerciales), abusando de la posición de dominio que han detentado cada una de ellas por separado, constituye un antecedente que permite predecir que la empresa fusionada tendría incentivos mucho mayores para abusar de una posición de dominio todavía más privilegiada. De lo anterior no sólo se tiene a la vista los posibles efectos económicos que se producirían, sino que además se hace explícita una forma de castigo en cuanto a las conductas anteriores, lo que deja entrever

un valioso criterio que se resume de la siguiente forma “si determinadas empresas desean obtener una consulta favorable ante el TDLC en orden a realizar una fusión, es deseable que tengan antecedentes de libre competencia regulares”.

Por otra parte, como se ha indicado precedentemente, si bien el enfoque de la discusión de política competitiva se ha centrado durante los últimos cinco años en la persecución de carteles y el combate a la colusión, una perspectiva interesante de análisis de ciertos mercados, supone en enfatizar que en algunos de ellos los riesgos anticompetitivos provienen más bien desde la dominancia y su potencia abuso, ya sea en forma de prácticas exclusorias o bien explotativas, según lo indica Javier Tapia (2013: p).

#### 5. La Competencia Desleal no constituye automáticamente un abuso de posición dominante

El artículo 3º del D.L. 211 establece que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. La referencia a la competencia desleal que la norma efectúa sostiene un vínculo con la figura de posición dominante. Esto significa que la configuración de la infracción de competencia desleal, en la sede jurisdiccional del D.L.211 solo se materializa en la medida que dichas prácticas tengan por objeto el requisito establecido por la norma, esto es alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

El TDLC se ha ocupado del tratamiento de la conducta de competencia desleal en relación al negocio del retail en la Sentencia N° 151-08, cuando una cadena supermercadista de importante presencia nacional, a la que se acusó de haber incurrido en conductas de competencia desleal mediante la realización de publicidad comparativa engañosa en la que se constatan defectos en la información proporcionada a los consumidores, particularmente en el precio, indicador que se destaca por ser objetivo y preciso. En esa ocasión, el tribunal argumentó que la publicidad comparativa debe ser

especialmente cuidadosa. Finalmente la empresa requerida fue sancionada con una multa a beneficio fiscal de 100 UTA, decisión que si bien podría tener por objeto proteger la libre competencia y a los consumidores finales, parece a primera vista cuestionable, pues si bien se constató en el proceso la existencia de actos desleales a través de la difusión de publicidad comparativa engañosa, se discute la idoneidad de la conducta de competencia desleal para ser calificado como un ilícito de libre competencia según lo dispuesto en el artículo 3° del DL N°211.<sup>5</sup> Luego, este ilícito debería ser conocido de acuerdo a la Ley de Competencia Desleal, más no constituiría una infracción a la libre competencia, porque para ponderar si un acto de competencia desleal constituye un atentado a la libre competencia en el mercado relevante en consideración al artículo 1°, 2° y 3° del citado cuerpo legal, habría que previamente apreciar su capacidad o aptitud para alcanzar una posición de dominio que, como tal, deje al mercado en una situación de peligrosa vulnerabilidad para la libre competencia. Y en la ponderación de la conducta desplegada se centra la discusión, más no que la conducta sea desleal. Es admisible considerar la conducta como carente de aptitud y de entidad suficiente para provocar un atentado de libre competencia de aquellos que debe conocer el TDLC.

Adicionalmente, la parte resolutive parece también incongruente con el planteamiento anterior, ya que como se ha señalado, se califica jurídicamente al ilícito en cuestión con el carácter de grave, y en consecuencia por ello se estima que debe ser sancionado en sede de libre competencia; sin embargo, como se ha reseñado, los sentenciadores admiten que no existe evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado ni menos que permita cuantificar estos efectos, y que si bien el TDLC posee la facultad de sancionar las prácticas de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, el tribunal también señala que las decisiones de dicha cadena de supermercados, parecen ser una práctica generalizada, por lo que se hace menos probable que ellas hayan apuntado a perjudicar al requirente, quien es su competencia directa en una ciudad determinada.

---

<sup>5</sup> Este razonamiento es sostenido por el Ministro Señor Romero en su voto disidente del fallo

## 6. Imputabilidad de la infracción y estructura societaria en el retail

Un problema fundamental en el examen tanto de acciones como de sentencias en materia de Libre Competencia está relacionado con la identificación del agente respecto del cual se imputa la infracción. En ese sentido, destaca la Sentencia N° 151 de 2008, ya que la manera cómo se realiza dicho análisis es bastante claro, en ella se sostiene que tratándose de dos entidades requeridas, sólo se sancionó a una de ellas, puesto que una de ellas constituía una sociedad filial de su matriz, y que en razón de ello conformarían un “*mismo grupo económico*”, en atención a la actuación económica y financiera de sus integrantes, guiada por intereses comunes o subordinado a estos. Por ello, la sociedad filial no tendría capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente de su grupo, dado que la responsabilidad de los hechos sólo puede predicarse respecto de la sociedad matriz de su grupo, y no de la sociedad filial. En tanto, el fallo establece que un criterio distinto a ese, derivaría en que cualquier instrucción relacionada con estrategias competitivas que emitiera una matriz para ser ejecutada por su filial podría constituir una coordinación anticompetitiva entre entidades autónomas lo que facilitaría la elusión de responsabilidad por infracciones al D.L. N° 211 mediante el simple expediente de constituir sociedades filiales con el sólo propósito de encargarles la ejecución de actividades ilícitas que no podrían ser perseguidas respecto de la matriz.

### **III. Tiendas**

#### 1. Caracterización:

Los estudios e informes que se han ocupado del análisis del segmento llamado “tiendas” han distinguido al menos tres categorías: 1) Tiendas por departamento; 2) multitiendas y; 3) Tiendas y cadenas de especialistas.

Las tiendas por departamento: Corresponden a empresas que operan, en general, con gran cobertura. En Chile, están ubicadas en diversos puntos de Santiago y en importantes ciudades del país, considerando su tamaño poblacional y desarrollo económico. Su gran volumen de ventas les otorga un importante poder de negociación con los proveedores y, por lo tanto, obtienen una significativa ventaja en costos. Ofrecen amplias líneas de vestuario y productos para el hogar; poseen gran superficies de venta, presencia en malls y una extensa cartera de clientes. Los principales actores en la categoría de tiendas por departamentos en Chile son Falabella, París, Ripley y La Polar. Por su parte, las llamadas multitiendas constituyen agentes de retail que operan con una menor gama de productos que las tiendas por departamento, se dirigen a segmentos socioeconómicos más bajos y no poseen presencia relevante en los centros comerciales más importantes. A pesar de poseer más de un local de ventas, se estima que el volumen de ventas de estas tiendas es menor. En Chile, entre los principales actores se destaca a Johnson’s, Hites y Corona. Finalmente, las tiendas y cadenas de especialistas constituyen agentes menores, las primeras dirigidas a satisfacer pequeños nichos de mercado, que operan indistintamente en malls y sectores comerciales. Las segundas desarrollan su operación a nivel nacional y se especializan en una línea de productos, la que, sin embargo, puede ser muy amplia. En Chile, algunos ejemplos de cadenas de especialistas son Bata (zapatería), Din-ABC (línea blanca y electrónica) y Tricot (vestuario).

Esta distinción cobra sentido dado que la jurisprudencia emplea esta nomenclatura. Sin embargo, para los efectos de este trabajo las palabras “Tiendas por

departamento”, “Multitiendas”, “Tiendas y Cadenas” serán tratadas como sinónimos, sin perjuicio que con ello se alude solamente a la primera categoría de tiendas.

En cuanto a las tiendas por departamento, estas se caracterizan por ofrecer una gran variedad de productos no alimenticios, de uso corriente, suelen ser establecimientos de grandes dimensiones, y cuyo mercado ha sido caracterizado TDLC como “*bastante concentrado*”; en su rol de canales de distribución, ellas se concentran principalmente en tres grandes actores que tienen presencia en gran parte del territorio de Chile, De acuerdo a lo ya expresado en este trabajo, se ha sostenido de ellas, al igual como ocurre con los supermercados, que representan un canal de distribución importante y difícilmente sustituible para numerosos proveedores, ya que ofrecen a sus clientes la posibilidad de financiar sus compras por medio de tarjetas de emisión propias, detentando una amplísima cobertura territorial y además disponiendo de un flujo importante de clientes.

Sobre el particular, es indispensable tener a la vista la Sentencia N° 63/2008 del TDLC la cual se pronunció sobre el requerimiento presentado por la FNE a dos de los tres actores principales de este mercado, cual es el caso de Falabella y París, por haber incurrido en infracciones a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, específicamente “prácticas colusorias, abuso de posición dominante y competencia desleal”, impidiendo con dichas conductas la realización de un importante evento que tenía por objeto la fidelización del “Banco de Chile” con sus clientes, en el que se pretendía vender productos electrónicos y de línea blanca con ciertas facilidades de pago a los asistentes, sin embargo el evento debió ser cancelado por la influencia de dos grandes cadenas de tiendas. Este fallo exhibe la virtud la virtud de analizar elementos importantísimos para el análisis del retail, particularmente a través de la determinación de reincidencia de los actores requeridos, análisis de la prueba en los actos colusorios y la ponderación de ésta; el análisis de la práctica de “acuerdos de precios sugeridos” por parte de proveedores a distribuidores minoristas.

## 2. Análisis de la conducta de “abuso de posición dominante”

En el caso “ Guerra del Plasma” estaría demostrado, según el fallo, por medio de llamados telefónicos y correos electrónicos que efectuaron altos ejecutivos de las empresas requeridas a sus proveedores, quienes participarían del evento organizado por el “Banco de Chile” y cuyos productos serían ofrecidos a sus clientes con facilidades de pago “12 cuotas sin interés y la posibilidad de pagar cierto porcentaje del precio por medio de dólares premio”, dichas condiciones comerciales perjudicaban pretensiones de “Paris” y “Falabella” por lo que les comunicaron a los proveedores que serían retirados de las salas de ventas de sus respectivas tiendas si participaban de la actividad en cuestión. Los llamados y correos electrónicos fueron representados por el TDLC como medidas de presión destinadas a desincentivar a los proveedores de participar en la actividad de fidelización del “Banco de Chile”, y que en la práctica provocaron los efectos deseados por las requeridas, lo que se explica a través del poder de compra que estas poseen en el mercado y que se hace notorio en las declaraciones de los proveedores. En la especie, el gerente general de “LG Electronics” declarando ante la FNE indicó que “en Chile es muy simple, hay sólo 2 o 3 canales de venta” y que las ventas a las tres grandes tiendas (París, Ripley y Falabella) representan casi un 50% del volumen de ventas para “LG Electronics”. En el mismo sentido, el gerente de “Bosch” estableció que, para las compañías de esta rubro, el “principal canal de distribución son las grandes tiendas (Falabella, Ripley, Paris, La Polar), Falabella representa 20%, París y Ripley 15% cada uno.

Una dimensión interesante que ha planteado la doctrina al analizar la infracción de abuso de posición dominante se refiere no solo a la conducta que realizan agentes empresariales con similares, y que puede envolver la forma de “*abusos exclusorios*.” También hay otras manifestaciones que derivan de dicha infracción y que se denominan “*abusos explotativos*”, los cuales tienen que ver con los efectos de una conducta anticompetitiva de manera más o menos directa en los consumidores. Así, en el caso “Guerra del Plasma” Se aprecian consecuencias económicas que se proyectan a largo plazo para los consumidores, lo que haría más reprochables las conductas efectuadas por las requeridas. Si bien el evento organizado por el “Banco de Chile” para comercializar

productos tecnológicos y de línea blanca habría tenido una duración acotada a un par de días en el mes de abril del año 2008, al tratarse de bienes durables, vale decir que pueden llegar a tener una vida útil aproximada de 10 años, los efectos reales de las conductas imputadas se prolongarían en los consumidores durante un largo período de tiempo.

Por su parte bien es conocido el hecho que la durabilidad de estos productos se manifiesta en que su demanda en un período cualquiera depende inversamente de lo demandado en períodos previos, entre otras variables. Por consiguiente si en un evento particular, o ante un evento particular, la demanda por alguno de estos productos es inusualmente alta, entonces la respuesta natural del mercado es que la demanda de ese mismo bien en el futuro sea más baja, porque los consumidores ya han visto satisfecha su necesidad, lo que habría sido lo esperable que ocurriera si el “Banco de Chile hubiese realizado el evento.

### 3. Poder de Compra:

Para evaluar los posibles efectos de la operación, el TDLC aplicó el concepto de “*retail integrado*”, que se extendía no sólo a los mercados de retail directamente involucrados en la operación -supermercados y crédito de consumo no bancario-, sino también a los centros comerciales y todas aquellas tiendas minoristas que operan bajo el esquema de comercio de gran superficie, ya que las complementariedades que existen entre estos distintos negocios pueden ser aprovechadas a través de un instrumento común, como las tarjetas de crédito y acciones de fidelización. El análisis del TDLC consideró que la operación propuesta conduciría a un enorme cambio en la estructura del mercado, dada la creación de una empresa que pasaría a ser el actor dominante en el comercio minorista, participando prácticamente en todos los segmentos y funciones: tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar, supermercados, inmobiliarias y financiamiento. También identificó las ventajas en la operación, sin embargo todas éstas ponían al nuevo actor en una posición de ampliar el poder de mercado y extenderlo en otras áreas minoristas en el futuro, además de crear obstáculos para la entrada de competidores y para la relación con proveedores. Así, el TDLC llegó



a la convicción que las mismas ventajas comerciales que las partes presentaban como fuentes de eficiencia a largo plazo, constituían las fuentes del riesgo para la competencia. Finalmente, el tribunal rechazó la afirmación de pro-eficiencia competitiva de las partes, ya que durante el proceso no se demostró la forma en que esta eficiencia se traspasaría a los consumidores. (Irrarázabal, 2010: p10).

En el caso conocido como “Guerra del Plasma” en cuanto a la argumentación realizada por una de las empresas requeridas, esta señaló que sus conductas se encontraban justificadas porque los proveedores trabajaban sobre la base de un sistema de fijación de precios de reventa que les era impuesto. De esta forma, la actividad promocional cuestionada por esa empresa, en los hechos significaba una discriminación arbitraria a su respecto. Con todo, de acuerdo a los hechos establecidos en la sentencia, fueron los grandes distribuidores los que solicitaron a los proveedores la imposición de estos sistemas para asegurarse un margen mínimo en la venta de los productos. La imposición de sistemas de fijación de precios de reventa por parte de los distribuidores da cuenta que el poder de mercado se encuentra en ese nivel de la cadena de distribución.

## IV. El negocio crediticio

### 1. Caracterización:

Otra tendencia de la industria del retail en Chile es el auge del negocio financiero, que partió como herramienta para potenciar ventas, convirtiéndose posteriormente en un negocio autónomo. La gran cantidad de clientes e historial crediticio permitió a las compañías atacar nichos de mercado que tradicionalmente no eran segmento objetivo para la banca, logrando atractivas rentabilidades, pero también aumentando la sensibilidad de los resultados al desempeño económico. Este negocio es cada vez una parte más importante en los ingresos totales de las compañías de retail, y su extensión, ha llevado a la creación de instituciones bancarias enfocadas en ofrecer crédito a los clientes de las tiendas.

Durante la maduración de las empresas del rubro, la actividad ha ido incorporando el negocio crediticio en mayor o menor grado, a través de tarjetas de crédito pertenecientes a los distintos *retailers*. El objetivo de estas tarjetas es, básicamente: i) adelantar consumo de los clientes y con esto aumentar las ventas de la empresa, ii) generar una mayor cantidad de ingresos producto del cobro de interés, iii) generar una mayor fidelización de los clientes y iv) permitir la venta de bienes durables (de mayor precio) a segmentos de menores ingresos. En este sentido podemos ver la evolución de las tarjetas de crédito algunas de las empresas de *retail* en relación a las operaciones promedio

Resulta importante entender que estas empresas apuntan a clientes comparativamente más riesgosos, los que muchas veces no son sujetos de crédito de los bancos. Por esta razón las tasas cobradas en muchos casos son bastante mayores a las de los créditos bancarios, para poder compensar y soportar un nivel más elevado de riesgo y de pérdida esperada.

Si bien no se existe un pronunciamiento directo por el TDLC en este sector, si podemos observar un pronunciamiento realizado de manera mediata en la resolución que rechaza la fusión de D&S y Falabella.

## 2. En cuanto al mercado relevante:

En este punto el Tribunal en la sentencia ya referida, distingue dos mercados del crédito de consumo y de medios de pago vía tarjetas.

En primer lugar se analiza la sustituibilidad del servicio ofrecido en el mercado de crédito de consumo, de lo cual el tribunal rechaza que las cajas de compensación representen una alternativa al crédito otorgado por casas comerciales, así como tampoco lo serían los créditos de consumo otorgados por los bancos directamente a sus cuentacorrentistas, puesto que sólo un porcentaje relativamente bajo de la población es sujeto de crédito bancario directo, además por la relevante razón que el crédito de tarjeta se solicita en el momento mismo de la compra y por el monto específico de la misma; mientras que un crédito de consumo bancario se esperaría que se solicite generalmente por un monto mayor, dados los esquemas de cobro predominantes para este tipo de créditos.

Por un lado, el hecho que exista ‘segmentación de mercados’, en el sentido que no todos los consumidores tienen igual acceso, en la práctica, a las diferentes alternativas de oferta de crédito. Y, por otra parte, el rol cada vez más central que está adquiriendo el concepto de retail integrado en las estrategias de competencia, y los correspondientes efectos sobre el poder de mercado de los operadores de mayor tamaño y con amplia diversificación en sus áreas de negocios en la industria del retail

Ahora en cuanto a las tarjetas como medio de pago. las tarjetas de crédito emitidas por Falabella y D&S también son utilizadas como medio de pago. Respecto a esta función, las tarjetas de crédito no bancarias enfrentan a diversos sustitutos: el efectivo, los cheques, las tarjetas de débito (Redcompra), las tarjetas de crédito bancarias, entre otros.

El Tribunal ha estimado que los consumidores disponen, en general, de un amplio abanico de alternativas, fácilmente accesibles, para elegir con cuál medio de pago realizar transacciones. Considerando a las tarjetas de operadores del retail exclusivamente desde

el punto de vista de su uso como medio de pago, que un operador logre concentrar en su tarjeta propia un porcentaje importante de sus ventas totales no constituye per se un riesgo relevante a la libre competencia. No obstante lo anterior, un porcentaje importante de penetración de una tarjeta propia asociada al operador de retail, ofrece una plataforma comercial relevante para el desarrollo de diversas estrategias de marketing, destinadas a ofertar diversos productos y/o servicios propios y también para fidelizar al consumidor, y en referencia a esto último el TDLC estima que la competencia que enfrentan las tarjetas como medio de pago de las consultantes, pueda disciplinar con efectividad a operadores del retail integrado con posición dominante.

## **V. Farmacias**

### 1. Caracterización:

Este sector del retail cobra importancia puesto que en éste se encuentra inserto el caso de colusión más difícil que ha debido enfrentar la legislación chilena en los últimos años, es el caso de colusión en precios de las tres cadenas farmacéuticas más importantes del país. En diciembre del 2008, la FNE presentó un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en que acusa a Fasa, CV y SB de colusión en precios en al menos 220 medicamentos<sup>16</sup>. Posteriormente, en marzo del 2009, Fasa y la FNE alcanzan un acuerdo conciliatorio, en el que Fasa reconoce que, producto de las pérdidas obtenidas por una intensa guerra de precios iniciada el año 2007, ejecutivos de las cadenas se habrían puesto en contacto con los laboratorios a fin de aumentar los precios de determinados medicamentos y mitigar las pérdidas incurridas el año anterior. Los laboratorios habrían aceptado entonces coordinar al alza los precios, para un grupo determinado de medicamentos, dando origen al acuerdo colusorio. En una suerte de delación compensada, Fasa entrega información detallada de los cronogramas que la requerida habría seguido en el proceso de alzas, y el resultado de su investigación interna, donde exhibe además confesiones de sus ejecutivos que resultan coherentes con

la evidencia posterior.

Un indicador de colusión sería entonces observar que las cuotas de mercado se estabilizan como respuesta de los consumidores a la política de precios.

Para las farmacias coludidas es importante no perder participación de mercado, en especial después de la guerra de precios en la cual estuvieron envueltas el año 2007, por lo que el mecanismo de precios debe ser diseñado de manera de no poner en riesgo la participación de mercado que cada actor posea justo antes del acuerdo colusorio.

## 2. En cuanto al mercado relevante:

En cuanto al mercado relevante de producto, concluye que éste es el mercado de distribución al detalle o minorista de farmacias, comprendiendo todo su mix y sus servicios, señalando que la misma Fiscalía lo conceptualizó de esa manera en diversos numerales de su requerimiento, y que es errado intentar segmentar el mercado en diferentes productos. En subsidio, señala que el mercado relevante de autos es el de productos Farma, dado que los 222 productos contenidos en el requerimiento serían parte de las 7.000 formulaciones que se expenden por las farmacias y son productos para la sanación, y en subsidio, señala que habría que considerar como mercado relevante “el mercado que atiende a la familia terapéutica del remedio”, esto es, aquellos que tienen la misma finalidad terapéutica, entendiendo ésta como la acción y efecto de sanación. En lo relativo al mercado geográfico relevante, señala que éste es todo el territorio nacional<sup>6</sup>

Desde el punto de vista “Aguas arriba”, atendido el volumen de compras que realizan las denominadas “cadenas de farmacias”, éstas constituyen canales de distribución difícilmente sustituibles y, por ende, gozan de poder de mercado al enfrentar las negociaciones con sus proveedores.

---

<sup>6</sup> Ver Sentencia 119/2012 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

### 3. Uso de marcas propias:

Como conducta transversal en la industria del retail, de manera sencilla se observa en el caso Laboratorios Knop con Farmacias Ahumada un razonamiento acerca del uso de marcas propias, en los siguientes términos: *“estas marcas propias tampoco puede considerarse una práctica que altere la libre competencia, sí podría serlo en aquellos casos en que tal uso tenga por objeto crear confusión en el consumidor, ya sea de manera directa (comprar el producto imitador creyendo que se adquiere el imitado) o por asociación (comprar el producto imitador creyendo que pertenece a la misma empresa del producto imitado), constituyéndose en una conducta de aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, que afecta la transparencia del mercado”*

En efecto, la imitación permite que el cliente crea que el original y su sustituto son un mismo producto, de modo que la ausencia del producto original no lo motive a acudir a otros distribuidores que sí expenden dicho producto. Esta distorsión, en los hechos, priva al fabricante del producto original del acceso en condiciones de mercado a los clientes finales.

## VI. Conclusiones

1. El crecimiento y expansión del mercado de retail en Chile ha producido un impacto destacable en las investigaciones que desarrolla la Fiscalía Nacional Económica y las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. El aumento en los casos y la sofisticación de los mismos se ha manifestado en diversidad de fallos, pero también de criterios al momento de analizar operaciones y conductas específicas en este mercado. Se constatan pocas certezas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3. A partir de las operaciones analizadas y de los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la materia, es posible configurar una apreciación detallada del funcionamiento de este mercado en Chile, pero también de los potenciales riesgos anticompetitivos que en éste se puedan generar. Entre los casos más destacados se tienen algunos referido a proveedores (AGIP), el llamado “Guerra del Plasma”, el caso “Farmacias” y SMU.

4. A partir del estudio de dichos fallos, se aprecian similitudes presentados en los criterios adoptados tanto en el fallo Guerra del Plasma como en el de Farmacias, aun cuando se trate de conductas diversas. Llama la atención el rol que desempeñaron algunos proveedores en acuerdos colusorios en algunos casos, y en otros en que ocurre una dinámica justamente en dirección contraria, esto es, como afectados por falencias en el funcionamiento de canales de distribución suficientes. Sin embargo la posición dominante en esta industria ha resultado en la práctica ser la antesala de variadas conductas anticompetitivas, las que en términos generales han sido de grandes proporciones. La magnitud de los perjuicios ocasionados en parte se debe al preocupante el nivel de concentración que se verifica en la industria, y de la dependencia económica que está experimentando Chile del manejo exclusivo que realicen un grupo reducido de agentes económicos; partiendo de premisa que la libre competencia es un asunto que

afecta a la sociedad entera, se ha de concluir que si sus labores fuesen complementadas adecuadamente con constantes políticas públicas de incentivo y estimulación a las pymes, el mercado del retail podría mostrarse menos concentrado, de lo cual se presumen sus respectivas ventajas para los consumidores.

5. En cuanto a la experiencia que puede ofrecer el retail para la libre competencia, en casos de fusiones (teniendo en cuenta lo concentrado que se presenta este mercado), ante las eventuales operaciones de concentración se debe prevenir que estas una vez ya materializada si éstas representan riesgos importantes para la competencia en uno o más mercados, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede imponer como condición la realización de desinversiones o derechamente declararla “contraria a la libre competencia”, lo que obligaría a deshacerla parcial o totalmente, lo cual puede resultar ser muy costoso, tanto para las empresas involucradas como desde un punto de vista social.

6. El análisis de los diversos fallos del TDLC respecto de esta materia permite concluir que debe existir una mayor dedicación fiscalizadora, por parte de las autoridades, y doctrinaria, por parte de la academia, respecto del estudio pormenorizado de la figura de abuso de posición dominante, por tratarse ella de una de las infracciones que con más frecuencia se aprecian en el desarrollo de este mercado, además las conductas verificadas en esta industria producto del abuso de posición dominante, parecen ser recurrentes y tener un patrón más o menos definido, que se pueden apreciar tras el desarrollo del presente trabajo.



## Bibliografía

Baumol, Panzar y Willig (1982) “Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure,” *American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, pp. 1-15.

Faiguenbaum, Sergio., Berdegué, Julio., y Reardon, T. (2002), "The rapid rise of supermarkets in Chile: effects on diary, vegetable, and beef chains", *en Development Policy Review*, 20(4) ,459-471. Disponible en: <http://nuevo.rimisp.org/FCKeditor/UserFiles/File/documentos/docs/pdf/0269-002050-faiguenbaum2.pdf>. Fecha última consulta: 08 de Diciembre de 2013.

Fiscalía Nacional Económica (Octubre de 2012). “Guía para el análisis de operaciones de concentración” Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>. Fecha última consulta: 08 de Diciembre de 2013.

Galetovic, Alexander y Sanhueza Ricardo. (2007), “Un análisis económico de la fusión entre D&S y Falabella”.

Irarrázabal Philippi, Felipe, (2010) “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”.

Kearney, AT. “The 2013 Global Retail Development Index”. (2013), Disponible en: <http://www.atkearney.com/documents/10192/1315829/Global+Retailers-+Cautiously+Aggressive+or+Aggressively+Cautious.pdf/b8f528f4-cb6f-411d-8ae6-7afb7fbc7b7e>. Fecha última consulta: 08 de Diciembre de 2013.

Levy Michael, Weitz Barton (2004), “Retailing Management, McGraw-Hill/Irwin”.

Montt Rettig Paulo y Nehme Zalaquett Nicole, (2010) “Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico”.

Stigler, George J, (1968). "The organization of industry." Chicago, IL: University of Chicago Press,

