

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N° 37 - AGOSTO 2023

CONSULTA DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE FALABELLA Y D&S (2008)



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

CONSULTA DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ANTE EL

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE

FALABELLA Y D&S (2008)

1. ANTECEDENTES DEL HECHO

En junio de 2007, los Accionistas controladores de S.A.C.I Falabella (“Falabella”) y los Accionistas controladores de Distribución y Servicio D&S S.A. (“D&S”), luego de decidir la fusión de ambas, presentaron una consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en virtud de lo señalado en el artículo 18 N2 del DL 211, el cual indica que “*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 1) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*”. La presente atribución del TDLC tiene por objeto evitar que un determinado hecho, acto o acuerdo, notificado por quienes pretendan cumplirlo o celebrarlo, pueda impedir, limitar u obstaculizar la libre competencia o tienda a producir dichos efectos, buscando entregar certeza jurídica ex-ante.

En su presentación, los accionistas controladores de Falabella y de D&S señalan que, por instrumento privado de fecha 17 de mayo de 2007, acordaron fusionar ambas sociedades, de manera tal que sus accionistas pasarán a serlo de la sociedad absorbente, en las siguientes proporciones: 77% de la propiedad para los accionistas de Falabella y 23% de la propiedad para los accionistas de D&S.

Los consultantes en su presentación señalan que la aprobación de la operación permitirá a Falabella una ejecución más eficiente del giro de supermercados, el cual

explota actualmente a través de sus marcas Tottus y San Francisco, y mediante el cual busca aprovechar las economías de escala, los estándares y el *know how* de D&S, para así explotar de forma más eficiente y competitiva del giro, beneficiando finalmente a los consumidores.

A su vez, indican que en virtud de la operación, D&S podrá aliarse con un grupo con fuerte presencia en los segmentos de tiendas de departamento y productos para la construcción y el mejoramiento del hogar, denominados como *non-foods*, segmentos en donde D&S cuenta con un conocimiento más limitado, buscando aprovechar los recursos empresariales y capacidad de emprendimiento de Falabella para mejorar la oferta en aquellos segmentos en donde carece de experiencia, con la mira de impulsar el desarrollo de operaciones a en el extranjero.

Finalmente, señalan que en determinados segmentos en donde ambas empresas tienen una presencia relevante, como por ejemplo en el caso de las tarjetas de crédito, la fusión permitiría manejo integrado de riesgos y un incremento en la eficiencia operacional, mejorando el desempeño para ambas tarjetas, lo que haría posible ofrecer mejores condiciones a los consumidores.

El TDLC, luego de analizar las presentaciones de los solicitantes y los informes evacuados por distintos actores relevantes con interés en la operación, el 31 de enero del año 2008 emitió su veredicto al respecto, en virtud del cual decidió no ha lugar a lo solicitado, y por tanto, no aprobando la operación consultada.

2. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

Ambos requirentes participan en diversas industrias, las cuales a su vez se encuentran interconectadas entre sí. Por un lado, de acuerdo a lo expuesto por los requirentes en sus presentaciones ante el TDLC, definido por el Tribunal en los considerandos 70 y 71 de la sentencia, Falabella, directa o indirectamente, desarrolla en Chile los siguientes negocios:

- (i) Venta de bienes y servicios en formato de gran tienda, bajo la marca Falabella;

- (ii) Venta de productos de construcción y mejoramiento del hogar, bajo la marca Sodimac;
- (iii) prestación de servicios financieros (principalmente mediante la tarjeta CMR y Banco Falabella);
- (iv) Negocio inmobiliario en el formato malls a través de Mall Plaza y en el formato de Power Centers o tiendas stand alone a través de la Sociedad de Rentas Falabella S.A.;
- (v) Venta de abarrotes y alimentos, en formato hipermercadista, bajo las marcas Tottus y San Francisco; y,
- (vi) Prestación de otros servicios, tales como seguros generales, servicios de mudanza, agencias de viaje, etc.

Por su parte, tal como también señalaron las consultantes a fojas 8, D&S, directa o indirectamente, desarrolla en Chile los siguientes negocios:

- (i) Venta de abarrotes y alimentos, en formatos de hipermercados, supermercados y tiendas de descuento, bajo las marcas Líder y Ekono;
- (ii) Prestación de servicios financieros, a través de la tarjeta Presto;
- (iii) Negocio inmobiliario, orientado al desarrollo de supermercados y de locales y centros comerciales de menor tamaño, por medio de su filial Saitec S.A, sumado a participación no controladora en un centro comercial de mayor envergadura en Calama; y,
- (iv) Prestación de otros servicios, tales como agencia de viajes, seguros generales, etc.

En resumen, ambos grupos participan principalmente en los siguientes rubros o industrias:

NEGOCIO	FALABELLA	D&S
Supermercados	Sí	Sí
Tiendas por departamento	Sí	No
Inmobiliario	Sí	Sí
Mejoramiento del Hogar	Sí	No
Financiamiento	Sí	Sí

Las características de algunos de estos negocios son:

- a. Supermercados: Según lo señalado en la sentencia, el negocio supermercadista se encuentra sumamente concentrado, en donde los principales 2 operadores, concentran casi el 66% de participación de ventas a nivel nacional. Dicho mercado presenta a su vez barreras de entrada como las ventajas de costos de las empresas ya establecidas, que si bien no son insalvables, se verían reforzadas en virtud de la operación, dado que se reunirían en una misma entidad importante fuentes de poder de mercado en sectores relacionados, tales como tiendas por departamento, inmobiliario y financiamiento, que profundizaría la concentración.

Según lo señalado en el considerando 92, D&S es una de las dos empresas líderes de la industria, con una participación de 33,5% de las ventas nacionales durante el año 2006. Con ello, en la situación post-fusión las dos empresas líderes en esta industria concentrarían en torno al 70% de las ventas nacionales.

Los solicitantes señalan en su argumentación, que este mercado presenta bajas barreras de entradas, principalmente considerando el crecimiento del mercado crediticio los últimos años y el aumento de oferta de tarjetas de crédito de casas comerciales y otros retailers. Sin embargo, el TDLC indica que los argumentos de bajas barreras de entrada pierden validez al considerar la participación de retailers integrados ya establecidos, *que “disfrutan de un grado importante de consolidación en su participación de mercado y que ya han desarrollado múltiples formatos de negocios de venta minorista; especialmente cuando tales retailers*

*integrados y dominantes ya poseen un valor de marca establecido para su tarjeta de crédito propia*¹.

- b. Inmobiliario: Si bien el TDLC reconoce las bajas barreras de entrada a los negocios de *malls* y *power centers*, este negocio debe ser analizado desde la perspectiva del retail integrado que presenta la operación. Al respecto, el Tribunal señala que en la operación de *malls* y *power centers* se ven beneficiados por la posibilidad de contar con la oportunidad de instalar, sin la necesidad de intermediación contractual, una gran tienda por departamento, un supermercado y/o una tienda de mejoramiento del hogar, y sin tener que divulgar información estratégica como si ocurriría al instalar dichas tiendas en malls operados por competidores u otros actores.
- c. Financiamiento: Tanto Falabella como D&S ofrecen tarjetas de crédito no bancarias. En el caso de Falabella, los usuarios de sus tarjetas son sujetos de crédito para compras en Falabella, Tottus, Sodimac, y ciertos locales de terceros con los que mantiene alianzas. Por su parte, D&S ofrece crédito por medio de la tarjeta Presto. Presto también funciona como una tarjeta no bancaria abierta, y es aceptada en 21.119 comercios asociados, además de los supermercados de propiedad de D&S.

De acuerdo a lo indicado en autos, las tarjetas de crédito asociadas a cadenas de tienda por departamento y supermercados cumplen principalmente 3 funciones: (i) medio de acceso a crédito, (ii) medio de pago, y (iii) medio de marketing y fidelización.

Si bien ambas tarjetas están orientadas a distintos segmentos de la población, la entidad fusionada tendría el 41,6% de las tarjetas no bancarias activas y concentraría el 37,6% de las colocaciones de tarjetas no bancarias. El siguiente

¹ Considerando 171.

grupo de retail integrado, Cencosud, controlaba en torno a la mitad de la participación de mercado.

3. DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Si bien todos estos sectores presentan sus propias características y particularidades, como hemos señalado en el punto anterior, el análisis de los mercados afectados por la fusión propuesta debe ser efectuado en virtud de la relación que precisamente se produce entre estos. En otras palabras, el análisis de la fusión debe reconocer y considerar la interconexión entre los diversos negocios que efectúan los solicitantes, como por ejemplo el mercado de financiamiento a través de tarjetas de crédito y sus programas de fidelización con supermercados y tiendas por departamento.

El TDLC omite una definición de mercado relevante afectado por la operación en cuestión y, en cambio, determina el “ámbito relevante” de este, señalando “*que el ámbito relevante de competencia afectado por la operación consultada es aquel en que se cubre una parte sustancial de las necesidades de consumo habitual de los consumidores en grandes superficies, y su correspondiente financiamiento o, en otras palabras, el **retail integrado**, en el que competiría la empresa resultante de la fusión sometida a consulta*” (§1.4., párrafo 42).

El mismo tribunal señala que el concepto de Retail Integrado “*implica un conjunto de importantes interdependencias entre diversos segmentos de mercado de la industria del retail, al punto que dichos segmentos de mercado podrían ser analizados como mercados bajo competencia exclusivamente local, y por lo tanto independientes entre sí, únicamente en caso de no existir interdependencias relevantes entre ellos, lo que no concurre en la especie*”².

Este mercado presenta características que le otorgan poder frente al resto de sus competidores, tanto en la posibilidad de desarrollar bases de datos sobre patrones de consumo de sus clientes en diversas esferas y ámbitos de consumo, como en la

² Considerando 44.

oportunidad de desarrollar estrategias de ventas atadas, dado el control sobre alternativas de financiamiento y distintos tipos de tiendas comerciales.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

El Tribunal estimó que la aprobación de la operación consultada crearía una entidad comercial con cobertura masiva sobre un conjunto muy significativo de plataformas de venta minorista que, tal como se ha dicho, incluye diversos formatos de establecimientos, negocios interrelacionados como las tarjetas de crédito no bancarias y programas relacionados de fidelización de clientes, así como el desarrollo inmobiliario de distintos tipos de centros comerciales.

Dicha cobertura masiva tendría la capacidad de responder un porcentaje significativo de las compras de un consumidor promedio, el cual sería incrementado considerablemente de verificada la fusión, recogiendo un poder de mercado difícil de contrarrestar por sus competidores o nuevos actores. La operación en cuestión crearía un virtual duopolio, en el que las posiciones de dominio quedarían atribuidas principalmente a tan sólo dos operadores: la entidad que resultaría de la fusión y el grupo Cencosud; adquiriendo la nueva entidad importantes participaciones relevantes en los distintos componentes del negocio de *retail* integrado analizadas.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En virtud de los argumentos señalados, **el TDLC decidió finalmente no aprobar la operación consultada**, dado que del análisis de los fundamentos entregados por los solicitantes y de la revisión de la información aportada por terceros interesados, no existen condiciones o medidas de mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar los riesgos para la competencia que entraña la operación consultada.

El Tribunal agrega que no se entregaron suficientes antecedentes para dar por acreditadas las eficiencias y las sinergias planteadas por los solicitantes, e incluso, de

ser acreditadas, no hubiesen sido suficientes para contrarrestar los riesgos anticompetitivos generados en virtud de la operación.

6. FICHA JURISPRUDENCIAL

Tribunales	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Tipo de acción	Recurso de hecho.
Partes	Solicitante: Distribución y Servicio D&S S.A. (“D&S”) y S.A.C.I. Falabella (“Falabella”) Tribunal: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
Número de sentencia	24/2008
Expediente	NC-199-07 (TDLC)
Fecha de la sentencia	31 de enero 2008
Resultados	Se resuelve no hacer lugar a lo solicitado por los accionistas controladores de Distribución y Servicio D&S S.A. y de S.A.C.I. Falabella y, por tanto, no aprobar la operación consultada.
Hechos	<ul style="list-style-type: none"> - Falabella y D&S ingresan consulta al TDLC una solicitud de aprobación de la operación de fusión acordada entre ambas. - Luego del análisis de los antecedentes y descargos presentados por los solicitantes, sumado a los informes presentados por actores con intereses en la operación, el TDLC resuelve rechazar la operación consultada, dado los riesgos a la libre competencia generados en virtud de la operación y el alto poder de mercado que ostentará la nueva entidad.
Mercado relevante	Ámbito relevante de Retail Integrado, dado el conjunto diverso de negocios interconectados relacionados al mercado de retail.



Nicolás Barrionuevo Reveco

- Ayudante junior .
- Abogado asociado en Aninat Abogados.

Experiencia

- Cursando programa de Magister LL.M. UC mención derecho de la Empresa. Diplomado en Derecho, Economía y Regulación en la Universidad Torcuato Di Tella.
- Ayudante de investigación en el Centro de Gobierno Corporativo UC.

CONTACTO

 nibarrionuevo@uc.cl

MÁS SOBRE
EL AUTOR

