

ANT.: Denuncia en contra de Cruz Verde S.A. y Socofar S.A. por presunto abuso de posición dominante, Rol N° 2191-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, **23 SEP 2013**

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Por medio de la presente, recomendamos a usted disponer el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 31 de enero de 2013, un proveedor de productos cosméticos, específicamente de cremas corporales que poseen ciertas propiedades especiales¹, interpuso una denuncia en contra de la cadena de farmacias Cruz Verde S.A. ("**Cruz Verde**") y su empresa relacionada Socofar S.A. ("**Socofar**")², por ejecutar supuestos actos contrarios al Decreto Ley N° 211 ("**DL 211**"), referidos a un ejercicio abusivo de su poder de compra.
2. El denunciante señala que comercializa sus productos a través de los locales de la cadena Cruz Verde y de la perfumería Maicao³, ambas del mismo grupo económico.

¹ Ver N° 1 del Anexo Confidencial.

² Socofar es la sociedad matriz de Cruz Verde S.A. y se encarga, entre otros negocios, de adquirir y distribuir la mayor parte de los productos que se comercializan a través de la indicada cadena de farmacias.

³ La Sociedad Comercial Maicao Limitada ("**Maicao**"), dedicada al giro de perfumería, fue adquirida por Socofar el 31 de agosto de 2011.

3. Como eje central de su presentación, el denunciante indica que las denunciadas habrían establecido una serie de cobros sin justificación económica, por una parte, y ejecutado diversas acciones destinadas a dificultar la venta de sus productos, por otra. Lo anterior, en el contexto de una relación comercial vigente a partir de enero del año 2012. Esto habría incluso provocado que, en los últimos seis meses anteriores a la presentación de la denuncia, los cobros mensuales promedio generados por Cruz Verde y Socofar fuesen superiores a las compras mensuales promedio efectuadas por aquellas a ese proveedor.
4. De modo paralelo, la denunciante señala que, durante todo el *iter contractual*, las denunciadas ejercieron su poder de compra, puesto que se habrían negado a: (i) comercializar productos que previamente aceptaron incorporar a los locales; y, (ii) firmar un acuerdo comercial formal que considerase todos los cobros que efectuarían a ese proveedor, junto con su cuantía⁴.
5. En cuanto a los cobros sin justificación económica, el denunciante da cuenta que Cruz Verde y Socofar habrían efectuado los siguientes: (i) cobro por arriendo de laterales en locales; (ii) cobro por consultoras de bellezas; y, (iii) cobros, ascendientes a un ■ de la facturación, que tendría por objeto clasificar los productos del proveedor como “seleccionados”, es decir que tendrían una comercialización preferente por parte de los vendedores de Cruz Verde.
6. Indica el denunciante que las empresas efectuaron el cobro por tales conceptos, de modo permanente, sin dar cumplimiento a cada una de las contraprestaciones que se habrían pactado. Así, por ejemplo, no se exhibiría sus productos en las laterales comprometidas ni se comercializarían éstos como “seleccionados” dentro de los locales de esa cadena.
7. En cuanto al ejercicio de acciones tendientes a limitar la comercialización de sus productos, el denunciante indica que el sistema computacional de la

⁴ Sin perjuicio de ello, existiría un convenio marco con Socofar, el que sin embargo regula cuestiones generales y no aspectos específicos de la relación comercial, como por ejemplo los cobros. Tal convenio obligó al proveedor a proporcionar una boleta de garantía a las denunciadas.

cadena de farmacias involucrada proporcionaría a los vendedores, ante la consulta sobre la disponibilidad de sus productos, mensajes internos bajo la nomenclatura “no comprar” o “disponible, con stock limitado”. Es decir, se informaría al consumidor que el producto no estaría disponible para su venta o que, por problemas del proveedor, no habría stock suficiente del mismo, a pesar de haberse pagado la comisión del ■ que se ha indicado -es decir la de producto “seleccionado” o de “venta preferente”-.

8. Dados los hechos descritos, el denunciante solicita a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) instruir la correspondiente investigación.

II. ANÁLISIS DEL MERCADO

9. Para determinar si las conductas imputadas a Cruz Verde y Socofar constituyen o no una infracción a la normativa de libre competencia, corresponde identificar el mercado en el cual éstas podrían incidir.
10. Como primera aproximación, se observa que la denuncia se refiere a una línea de productos cosméticos [1] y que ésta tiene como mercado objetivo a mujeres de un nivel socio-económico medio⁵. Dado aquello, en lo que sigue el análisis, no considerará las categorías *farma* o de fármacos⁶ que comercializan Cruz Verde y Socofar⁷.
11. Los productos cosméticos se encuentran regulados por el Decreto N° 239 de 2003 del Ministerio de Salud, que establece el Reglamento sobre el Sistema

⁵ Según información proporcionada a esta Fiscalía, en declaración de 20 de febrero de 2013, el precio de venta al público bordearía los \$20.000.

⁶ El artículo 7 del Decreto N° 3 de 2010, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, define producto farmacéutico o medicamento como “cualquier sustancia, natural o sintética o mezcla de ellas, que se destine al ser humano con fines de curación, atenuación, tratamiento, prevención o diagnóstico de las enfermedades o sus síntomas, para modificar sistemas fisiológicos o el estado mental en beneficio de la persona a quien le es administrado. Se consideran productos farmacéuticos las materias primas activas, los preparados farmacéuticos, las especialidades farmacéuticas y los medicamentos herbarios tradicionales”.

⁷ Ello, considerando también que se encuentra vigente la que Resolución N° 634 de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central, que regula las relaciones comerciales entre las cadenas de farmacias y los proveedores de productos farmacéuticos. Lo anterior sin perjuicio de que estas relaciones, a propósito de las diversas categorías de productos *farma*, pudieran ser analizadas en una oportunidad diversa por la FNE.

Nacional de Control de Cosméticos (“Reglamento”). El artículo 2° de este Reglamento, define producto cosmético como “[c]ualquier preparado que se destine para ser aplicado externamente al cuerpo humano con fines de embellecimiento, modificación de su aspecto físico o conservación de las condiciones físico químicas normales de la piel y de sus anexos”. Por su parte, el artículo 20 del mismo cuerpo legal identifica que son finalidades propias de los cosméticos, los productos de higiene personal, maquillaje, coloración del cabello, bronceado, protección solar, embellecimiento capilar, depilación y epilación, cuidado de la piel y cualquier otra finalidad propia de este tipo de productos.

12. El siguiente cuadro muestra las categorías referidas a cosméticos y productos de perfumería que normalmente pueden encontrarse en diversos establecimientos, incluyendo cadenas de farmacias:

Cuadro N° 1
Productos cosméticos y de perfumería

| | |
|----------------------------|---|
| Higiene y Tocador | Jabones Higiene Bucal Desodorantes Toallas Higiénicas Otros |
| Fragancias | Perfumes Colonias Otros |
| Cuidado de la piel | Cremas de Cara Cremas de Cuerpo Cremas de Mano Otros |
| Maquillaje | Base Polvos Compactos Máscaras de Pestañas Delineador de Ojos y Labios Sombras Otros |
| Productos Capilares | Shampoos Bálsamos Tinturas de Cabello Otros |
| Protección Solar | Cremas de Protección Solar Bronceadores Otros |
| Niños | Pañales Desechables Perfumería de Bebe Otros |
| Otros | |

Fuente: Investigación sobre la operación de concentración entre PreUnic S.A. y Salcobrand S.A., Rol N° 1992-11 FNE.

13. En lo que respecta a los canales de comercialización existentes, y sin hacer distinción de categorías, es posible identificar que los productos cosméticos y de perfumería no sólo se comercializan en las cadenas de farmacias, sino que también en supermercados, grandes tiendas, perfumerías especializadas, en el canal tradicional y/o directamente por los mismos proveedores.
14. No obstante ello, en una investigación anterior⁸, esta División consideró que las grandes tiendas no distribuyen los mismos productos de cosmética y perfumería que comercializan el resto de los distribuidores. En efecto, se indicó en esa oportunidad que en el mercado chileno conviven varios tipos de productos: los selectivos, los semi-selectivos o *mastige* y los masivos. Se concluyó ahí que los productos selectivos están muy concentrados en las grandes tiendas y se refieren a productos de un mayor valor y prestigio. Por su parte, los productos semi-selectivos y aquellos masivos se venden principalmente en farmacias y supermercados, a consumidores que por lo general no cuentan con una capacidad adquisitiva muy alta.
15. Dado lo anterior, las grandes tiendas no serán consideradas como parte del mercado relevante, puesto que los productos del denunciante no calificarían como selectivos, sino que corresponderían más bien a la categoría de semi-selectivos o masivos.
16. Ahora bien, dentro de estas últimas categorías, existirían productos cosméticos y de perfumería que serían indistintamente propios de un supermercado, una farmacia⁹ o una perfumería, mientras que existirían otros respecto de los cuales las cadenas de farmacias jugarían un rol preponderante. Esto último, puesto que la comercialización de tales productos en particular, si bien por regulación puede ser efectuada en cualquier establecimiento¹⁰, por razones comerciales no serían distribuidos por los

⁸ Investigación sobre la operación de concentración entre PreUnic S.A. y Salcobrand S.A., Rol N° 1992-11 FNE.

⁹ Por ejemplo, los productos capilares, entre ellos shampoo y bálsamos; productos de higiene y tocador, entre ellos jabones, desodorantes y toallas higiénicas; y, productos para niños, como pañales y perfumería para bebé.

¹⁰ En efecto, el artículo 18 del Reglamento, indica que: "*Los productos cosméticos podrán distribuirse y expendirse en farmacias, perfumerías y otros establecimientos comerciales.*"

supermercados, o lo serían en un porcentaje menor. Según la evidencia recopilada por esta Fiscalía, en principio ello ocurriría, por ejemplo, en categorías tales como cuidado de la piel, que considera productos como cremas de cara, cuerpo y manos¹¹.

17. En la especie, el proveedor que efectúa la denuncia en contra de Cruz Verde y Socofar es un importador de cremas para el cuerpo, con particularidades específicas de embellecimiento o modificación de ciertos aspectos de la piel, por lo que preliminarmente esta División estima que, en cuanto a su distribución, sólo debiera tomarse en cuenta a aquellos agentes que efectivamente comercializan, o podrían hacerlo, este tipo de producto. En consecuencia, el mercado relevante debiera considerar únicamente a las farmacias y, eventualmente, a las perfumerías, excluyéndose en consecuencia a los supermercados de este análisis¹².

18. En consecuencia, conforme a la denuncia efectuada, los mercados involucrados serían el de aprovisionamiento y comercialización minorista de determinadas categorías de productos cosméticos, en este caso de cremas corporales y faciales, en farmacias y perfumerías¹³. Desde el punto de vista de su alcance geográfico, se considera que el mercado relevante es nacional, por cuanto en general las empresas de productos cosméticos y las perfumerías y

Asimismo, los laboratorios de producción podrán expender al público sus propios productos, en las condiciones de expendio aplicables a su naturaleza".

¹¹ Ello, principalmente debido al tamaño de los envases, el valor del producto, el espacio disponible y la rotación, lo que haría que resulte más conveniente para la cadena contar con otro producto que genere un mayor retorno. Declaración de 20 de febrero de 2013.

¹² En cuanto a la venta directa por parte de los proveedores, si bien eventualmente ésta sería factible, esta División estima que no es pertinente considerarla dentro del mercado relevante, dado que ésta no permitiría en sí el nivel de escala de distribución que se puede alcanzar a través de cadenas de farmacias y perfumerías. Por razones similares, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no ha considerado en el pasado a otros canales de distribución como sustitutos de los supermercados. Véase Sentencia N° 65/2008 (*Caso Supermercados II*), considerandos cuadragésimo sexto y siguientes.

¹³ Esta definición de mercado relevante no pugna con aquella considerada por esta División en la Investigación sobre la operación de concentración entre PreUnic S.A. y Salcobrand S.A., Rol N° 1992-11 FNE, en la que se consideró que aquel lo configuraba la distribución de productos de perfumería por parte de *supermercados, farmacias y perfumerías*, a consumidores finales. Ello porque en tal caso el objeto de análisis fue justamente una operación de concentración que se pretendía materializar y que involucraba a dos importantes distribuidores de diversos productos. En este sentido, ver Sentencia N° 119/2012 (*Caso Farmacias*), considerando trigésimo noveno y cuadragésimo cuarto.

cadena de farmacias se aprovisionan y comercializan sus productos farmacéuticos a lo largo de todo el territorio chileno.

19. En este contexto, cabe tener presente que, recientemente, se ha observado una tendencia de las grandes cadenas de farmacias a integrarse con perfumerías de gran relevancia a nivel nacional. Así, Cruz Verde se ha integrado con Maicao¹⁴, mientras que Salcobrand S.A. lo ha hecho con PreUnic S.A.¹⁵. Por su parte, Farmacias Ahumada S.A. ha desarrollado inversiones para potenciar la venta de estas categorías, incluyendo el lanzamiento de tiendas con un enfoque especializado en este tipo de productos¹⁶. De esta forma, persistirían sólo perfumerías de menor tamaño de manera independiente a estas cadenas de farmacias, las que tendrían una participación menor.
20. En este escenario, Cruz Verde tendría por sí sola una participación de alrededor de un [2]% en cremas faciales y corporales. Por su parte, si se considera a su relacionada Maicao, el grupo económico Socofar poseería alrededor de un [3]%, el que en apreciación de esta Fiscalía constituiría un porcentaje relevante del mercado.
21. El siguiente cuadro muestra las participaciones de mercado de Cruz Verde y Maicao en determinadas categorías, dentro del mercado de productos cosméticos y de perfumería, incluyendo aquellas que forman parte del mercado relevante¹⁷.

¹⁴ Maicao se dedica principalmente a la comercialización y distribución de productos de perfumería y cuidado personal. Explora cerca de 44 locales comerciales, con un centro de distribución.

¹⁵ El giro principal de PreUnic es “perfumería y cosmética”. Además, comercializa productos asociados a la categoría “hogar”, de “temporada”, compuesta por juguetería (noviembre – diciembre) y útiles escolares (marzo). Finalmente, existirían líneas complementarias, como alimentos.

¹⁶ Ver, a modo de ejemplo, Diario La Tercera, de 18 de diciembre de 2011. Disponible en <<http://papeldigital.info/negocios/2011/12/18/01/paginas/029.pdf>>. (Fecha última visita: 6 de agosto de 2013).

¹⁷ En este cuadro se incluyeron categorías que también se comercializan de manera relevante en supermercados, por lo que, en caso de que se considerasen éstos como competidores de Cruz Verde, las participaciones variarían de manera importante.

Cuadro N° 1
Participación de Cruz Verde y Maicao según tipo de producto,
marzo-abril, 2013.
[4]

22. En lo que respecta a las condiciones a la entrada, en otra investigación, esta División ha identificado la existencia de barreras que dificultarían el ingreso a la distribución minorista de los productos en cuestión¹⁸. Estas barreras se encontrarían principalmente vinculadas a la concentración en el segmento de cadenas de farmacias y perfumerías, así como también a las economías de escala que existirían en esta industria. Las economías de escala se relacionarían con la necesidad de alcanzar un nivel de eficiencia y una red de distribución que permita facilitar el proceso de posicionamiento de una marca y mejorar la relación con proveedores. Adicionalmente, en dicha investigación se ha identificado la existencia de costos hundidos asociados al ingreso al mercado de comercialización y distribución de nuevos productos, tales como los costos de instalación de nuevos locales, y la inversión en publicidad y *marketing*.
23. Asimismo, existirían economías de localización, las que se vincularían a la necesidad de contar con terrenos aptos para la instalación de este tipo de establecimientos, circunstancia que puede resultar más difícil en mercados más maduros o con un alto nivel de penetración por parte de los incumbentes de mayor tamaño, como es el caso¹⁹.
24. Finalmente, debiera considerarse el efecto portafolio como un factor adicional que dificultaría el ingreso de un nuevo operador, puesto que las farmacias comercializan como giro principal las categorías *farma* y accesoriamente los productos que forman parte de este mercado. De este modo, se aprovecharían economías de ámbito y otras ventajas en la comercialización que los entrantes o incumbentes de menor tamaño no necesariamente podrían replicar.

¹⁸ Investigación sobre fusión entre PreUnic S.A. y Salcobrand S.A., Rol N° 1992-11 FNE.

¹⁹ Véase, a modo de ejemplo, TDLC. Resolución N° 24/2008 (Caso *D&S/Falabella*); §196.

25. Así las cosas, estas condiciones desfavorables de entrada, la falta de canales alternativos a través de los cuales se pueden comercializar ciertos productos específicos de cosméticos, así como la alta participación de Cruz Verde (en conjunto con Maicao), otorgan a las denunciadas un poder de compra frente a sus proveedores del cual podrían abusar, especialmente respecto de aquellos de menor tamaño, como es el caso del denunciante. El hecho de que sólo existan otras dos opciones de sustitución en la distribución de estos productos -Farmacias Ahumada S.A. y Salcrobrand S.A. (PreUnic)-, y que en algunos casos las denunciadas hayan pactado exclusividades o condiciones preferentes con proveedores pequeños, como sucedería en el presente caso, confirman la posición preponderante de Cruz Verde en esta industria.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

26. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que podrían restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del DL 211, y concretamente de su literal b).

27. Como se desprende de su presentación, el denunciante imputa a Cruz Verde y Socofar un abuso de su poder de compra, al supuestamente efectuar ese grupo económico una serie de cobros sin justificación económica y que serían superiores a las compras efectuadas. Adicionalmente, imputa que esas bajas compras se deberían a que las denunciadas, pese al acuerdo comercial suscrito entre las partes, no comercializaría las cremas en los locales convenidos de Cruz Verde²⁰.

²⁰ Con fin de constatar la veracidad de los hechos denunciados, esta División ejecutó una serie de diligencias en el contexto del artículo 41 del DL 211, incluyendo: (i) la toma de declaración al denunciante; y, (ii) una serie de solicitudes de información a las empresas denunciadas Cruz Verde y Socofar. No obstante, es pertinente establecer que las denunciadas no han mostrado la debida colaboración con el proceso de admisibilidad llevado a cabo por esta División, toda vez que no han acompañado de manera oportuna toda la información que se considera esencial para analizar los hechos denunciados. Así, por ejemplo, solicitada cierta información sobre algunos proveedores y los cobros efectuados a éstos, Cruz Verde no proporcionó la información en los términos solicitados, indicando en respuesta de 26 de abril de 2013, luego de una solicitud de prórroga al plazo originalmente conferido, que *"no tiene información disponible de la totalidad de las empresas que componen el grupo económico (...) salvo de sus propias filiales"*, en circunstancias que se solicitó información de todas las sociedades relacionadas, en los términos del artículo 100 y siguientes de la Ley N°18.045, de Mercado de Valores. Consultada posteriormente Socofar sobre estos cobros, señaló, en respuesta de 24 de mayo del presente año, que aquellos cobros informados *"no incluyen el cobro de actividades promocionales realizadas en los puntos de venta"*

III.1. PODER DE COMPRA. CADENAS DE SUPERMERCADOS Y CADENAS DE FARMACIAS

28. Para un mejor análisis de la denuncia, esta División considera pertinente describir ciertas circunstancias asociadas al tipo específico de abuso de posición dominante que se imputa, esto es un abuso de poder de compra. Al respecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ha señalado cuándo el ejercicio de un poder de compra podría tener un efecto nocivo para la libre competencia. Así lo ha hecho en diversas industrias, incluyendo, a modo de ejemplo, en decisiones referidas a la industria supermercadista²¹.

29. Así pues, el TDLC ha considerado que el poder de compra es aquel que permite al comprador “[o]btener mejores condiciones de aprovisionamiento – menores precios de compra-, así como incrementar los cobros a sus proveedores”²². De esta forma, el poder de compra se incrementará en la medida que lo hace la importancia del agente como canal de distribución para sus proveedores.

30. En este contexto, el ejercicio de este poder de compra podría tener efectos negativos para la libre competencia, en los términos descritos por el TDLC, cuando “[e]llo incida, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos, sea mediante la reducción en las cantidades totales transadas, el aumento en los precios finales, o la reducción de las inversiones en innovación y desarrollo de nuevos productos”²³. Paralelamente, ha señalado que la capacidad para ejercer efectivamente ese poder de compra,

de Farmacias Cruz Verde S.A., toda vez que los acuerdos o pactos por actividades promocionales realizados por el punto de venta zona cordados por ese canal de retail en forma independiente a Socofar S.A.”, en circunstancias que Cruz Verde no habría informado tal situación. No obstante, recién con fecha 30 de julio del presente año, Cruz Verde acompañó información que pudiese ser de utilidad para efectos de analizar la presente admisibilidad.

²¹ Sentencia N° 9/2004, dictada en el marco de una Consulta de AGIP A.G., sobre conducta de Supermercados Líder en perjuicio de proveedores y consumidores en general (Caso Supermercados I); Resolución N° 24/2008, dictada en el marco de una consulta de fusión entre D&S y Falabella (Caso D&S/Falabella); Sentencia N° 65/2008, dictada en el marco de un Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A. (Caso Supermercados II); y, Resolución N° 43/2012, dictada en el marco de una Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur (Caso SMU/SDS).

²² Caso Supermercados II, considerando centésimo tercero.

²³ Sentencia N° 65/2008 (Caso Supermercados II). Considerando centésimo cuarto.

dependerá, entre otras cosas, del tamaño de cada proveedor, del grado de sustitución entre ellos y de las barreras a la salida que éstos enfrentan²⁴.

31. Con el fin de limitar o hacer más improbable el ejercicio abusivo del poder de compra que la FNE constató en el caso de la industria de supermercados, las dos principales cadenas del país -Cencosud y D&S- acordaron con esta institución el establecimiento de condiciones comerciales generales y objetivas para con sus proveedores²⁵. Lo anterior, con el objetivo de que ambos actores desarrollaran una política comercial con aquellos, especialmente con los de menor tamaño, que fuera consistente con el DL 211. Tal regulación fue considerada por el TDLC como una que propendía hacia tales objetivos²⁶.

32. De modo adicional, mediante su Resolución N° 43/2012, dictada en el Caso SMU/SDS, el TDLC ordenó a la empresa fusionada replicar esa regulación, estableciendo: “[t]érminos y condiciones generales de contratación, de forma que éstas sean públicas y complementen sus acuerdos particulares con proveedores (...) definiendo con exactitud el alcance de cada cobro pactado y sin que puedan estipularse transacciones o cobros distintos que los allí definidos”.

33. Pues bien, el escenario identificado por el TDLC entre las cadenas de supermercados y sus proveedores podría replicarse, *a pari*, entre las cadenas

²⁴ Caso *Supermercados II*, considerando centésimo quinto. Adicionalmente, ha señalado el TDLC en el mismo caso que: “[u]n proveedor que, a través de una o más categorías de productos, participe en una fracción importante de las ventas de la requerida, tendrá una mayor capacidad para contrarrestar el poder de compra por parte de ésta. En contraposición, un proveedor que no tenga una participación significativa en las ventas de la requerida, pero para quien Cencosud sí represente un canal de ventas importante, no tendrá una capacidad suficiente para contrarrestar el poder de compra de la requerida”. Considerando centésimo sexto.

²⁵ Procedimiento Rol N° 101/2006 (Caso *Supermercados II*). Con fecha 15 de diciembre del año 2007, se presentó un Avenimiento suscrito por esta Fiscalía y D&S, el cual fue aprobado por el TDLC con fecha 17 de enero del año 2007. Asimismo, el día 24 de julio de 2008 se presentó ante la Excm. Corte Suprema un Avenimiento suscrito por este Servicio y Cencosud, el cual fue aprobado con igual fecha.

²⁶ Así, el TDLC ha indicado que: “[s]e han logrado paliativos parciales en la forma de términos y condiciones generales de aprovisionamiento de mercaderías, comprometidos tanto por D&S (hoy Walmart Chile) como por Cencosud. Estos términos básicamente entregan un marco general para regular las relaciones entre las principales cadenas supermercadistas y sus proveedores, para reducir la incertidumbre y proteger en cierto grado a los proveedores más débiles”. Resolución N° 43/2012 (Caso SMU/SDS); §11.7

de farmacias (incluyendo a sus perfumerías relacionadas) y los suyos propios, en lo que se refiere a los productos que forman parte de este mercado relevante. En efecto, en ambos mercados existirían tres grandes empresas que controlarían una parte significativa de la distribución.

III.2. POSIBLE EXISTENCIA DE ABUSOS EN PERJUICIO DEL DENUNCIANTE Y MÉRITO DE UN PROCESO INVESTIGATIVO

34. En virtud de lo señalado, corresponde determinar si, por una parte, existen indicios que revelen que las denunciadas han abusado de su poder de compra en relación al denunciante; y, en tal caso, si se justifica el inicio de un proceso investigativo por parte de esta Fiscalía.
35. En primer término, y en cuanto a la escrituración del acuerdo comercial, se ha identificado que sólo Socofar tiene un documento formal que regula la relación comercial con el denunciante. No obstante, tal acuerdo revela una serie de omisiones y cláusulas que podrían dar lugar a abusos unilaterales, generalmente otorgando una amplia discrecionalidad en favor de la empresa. Por ejemplo, el contrato no da cuenta de los cobros que Socofar y su relacionada Cruz Verde efectuarán al proveedor, ni menos su cuantía (o los mecanismos para determinar ésta); consagra una vigencia de un año del contrato, sin posibilidad de desahucio por parte del proveedor; y, establece la obligación de entregar una boleta de garantía a Socofar, la cual puede ser cobrada en cualquier circunstancia y sin aducir motivo alguno.
36. Por su parte, Cruz Verde, no escritura los acuerdos comerciales. En efecto, la misma cadena ha informado que "*[l]as condiciones comerciales que se pactan con los laboratorios y empresas distribuidoras y comercializadoras de productos de belleza y cuidado personal se gestionan y convienen mediante acuerdos verbales, conforme a las prácticas o usos comerciales comúnmente aceptados por el mercado, entendemos también aplicables al retail*"²⁷. Adicionalmente, la cadena ha informado a la FNE los cobros que efectuaría a

²⁷ Respuesta de 30 de julio de 2013.

sus proveedores, mas éstos no son del todo claros y precisos para esta División²⁸.

37. Al respecto, esta División estima que una cadena de farmacias que, como Cruz Verde, tiene un poder de compra en relación a los proveedores de ciertas categorías, no debiese carecer de acuerdos comerciales escritos, ni de condiciones generales que reglen sus relaciones contractuales, especialmente con los de menor tamaño, debido a los riesgos para la competencia que de ello deriva, particularmente en lo que dice relación con eventuales abusos de ese poder de compra. Justamente debido a tal riesgo es que, tal como se ha señalado, las cadenas de supermercados han debido normar sus vínculos comerciales con sus proveedores, con reglas especiales para los de menor tamaño.
38. Ahora bien, el denunciante ha acompañado una serie de antecedentes que podrían revelar, a juicio de esta División, que Cruz Verde y su relacionada Socofar no habrían dado total cumplimiento al vínculo comercial que mantienen con aquel, puesto que, en los hechos, no habrían comercializado sus productos, o lo habrían hecho en menor medida. En efecto, la denunciante ha acompañado una serie de recetas médicas que prescriben su producto, así como evidencia que revelaría que los vendedores de Cruz Verde no lo comercializarían.
39. En este sentido, podría darse el caso de que, junto a no proporcionar al público final los productos solicitados -y por tanto no efectuar compras al proveedor-, las denunciadas continúen efectuando al proveedor los cobros incluidos en el acuerdo comercial (v.gr. arriendo de laterales, consultorías de belleza y categoría de “producto seleccionado”). En los hechos, esto podría provocar que el monto de los cobros sea mayor a las compras que efectúan las denunciadas, generando eventualmente, si se extendiese tal práctica a otros proveedores, los efectos negativos que el TDLC justamente previó como infracciones al DL 211, y que fueron citados *supra*.

²⁸ Ibid.

40. Adicionalmente, esta División analizó los principales cobros realizados tanto por Socofar como por Cruz Verde a sus proveedores. Según información proporcionada por estas compañías, cada una de ellas realizaría diferentes cobros. En el caso de Socofar, ésta realiza [5], mientras que en el caso de Cruz Verde, ésta efectúa de manera directa [6]. En el caso particular del denunciante, el siguiente cuadro resume las compras y cobros realizados por Cruz Verde y Socofar a éste durante el año 2012:

Cuadro N° 2
Cobros realizados por Cruz Verde y Socofar a denunciante, año 2012.
[7]

41. Pues bien, a partir de los antecedentes antes descritos, esta División estima que ellos no son suficientes para aseverar que los hechos denunciados se deban única y exclusivamente a un abuso de poder de compra ejercido en contra del denunciante. En este sentido, podría ser útil destacar que con fecha 28 de junio del presente año, el denunciante y Cruz Verde firmaron un contrato de transacción, el que fue acompañado por la indicada cadena a esta Fiscalía, a través del cual se dio término a ciertas controversias de índole comercial y regulan otros aspectos de esa relación a futuro. En apreciación de esta División, en principio ese contrato no atentaría contra la libre competencia y podría incluso resguardar al denunciante de eventuales abusos ejercidos por las denunciadas.
42. Adicionalmente, esta División no ha tomado conocimiento de que otros proveedores estén en una situación similar a la del denunciante, por lo que no existiría, al menos de momento, un eventual ilícito que pudiera tener un alcance más general al de este caso particular.
43. Dado aquello, esta División estima pertinente, por el momento, no iniciar un proceso investigativo, sin perjuicio que, nuevos antecedentes, por ejemplo de otros proveedores afectados, ameriten de esta Fiscalía la ejecución de mayores diligencias, con la consiguiente solicitud de las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias al TDLC.

44. Sin perjuicio de ello y tal como se ha descrito, esta División considera que la regulación de las relaciones comerciales de Cruz Verde y Socofar con sus proveedores es insuficiente y podría dar lugar a determinados abusos, especialmente respecto de los de menor tamaño. Así pues, esta, División estima que Cruz Verde debiera elaborar un mecanismo que establezca las condiciones de aprovisionamiento que rijan, de manera transparente, general y objetiva, las relaciones con sus proveedores. Adicionalmente, se estima que estas condiciones debieran ser públicas, con el objeto que los proveedores tengan fácil acceso a las mismas, tal como ocurre en el caso de los supermercados.

45. De esta forma, las denunciadas debiesen contar con un documento marco que, a lo menos, de “[c]uenta, en general, de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación” de la cadena con sus proveedores “y, en particular, de las transacciones y los correspondientes cobros (...) no pudiendo estipularse otras transacciones y cobros que los allí contemplados”²⁹.

En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta División sugiere archivar los antecedentes, sin perjuicio de las prevenciones efectuadas en esta minuta.


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


EAV

²⁹ Avenimiento suscrito entre la FNE y Walmart. Procedimiento Rol N° 101/2006 (Caso Supermercados II).