

EN LO PRINCIPAL: Interpone requerimiento en contra de Cadena Comercial Andina SpA.
EN EL PRIMER OTROSÍ: Designa receptores judiciales. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (s), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”), ambos domiciliados para estos efectos en Huérfanos N°670, piso 8, Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**”) respetuosamente digo:

De conformidad con los artículos 1°, 2°, 3° bis, 18 y siguientes, 26 y 39 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (en adelante, “**DL 211**”), y fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que se expondrán a continuación, interpongo requerimiento en contra de **Cadena Comercial Andina SpA** (en adelante, “**CCA**” o “**Requerida**”), sociedad representada por Carlos Alfredo Díaz Lozano, ambos domiciliados para estos efectos en Badajoz N°45, piso 14, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

La Requerida infringió el artículo 3° bis del DL 211, en sus letras e) y c). Según se detallará en esta presentación, CCA, por sí y a través de su filial, Comercial Big John Limitada (en adelante, “**Oxxo Chile**”¹) contravino el artículo 3° bis literal e) del DL 211, al entregar información falsa en la notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición del total de las acciones representativas del capital social de OK Market S.A. (en adelante, “**OK Market**”); mientras que, en su calidad de controladora de Oxxo Chile y OK Market, infringió el literal c) del artículo 3° bis del DL 211 al incumplir una de las medidas con que se aprobó la misma operación de concentración de conformidad al Título IV del DL 211. Como se advierte, ambas infracciones fueron cometidas en el contexto del mismo procedimiento de control de operación de concentración.

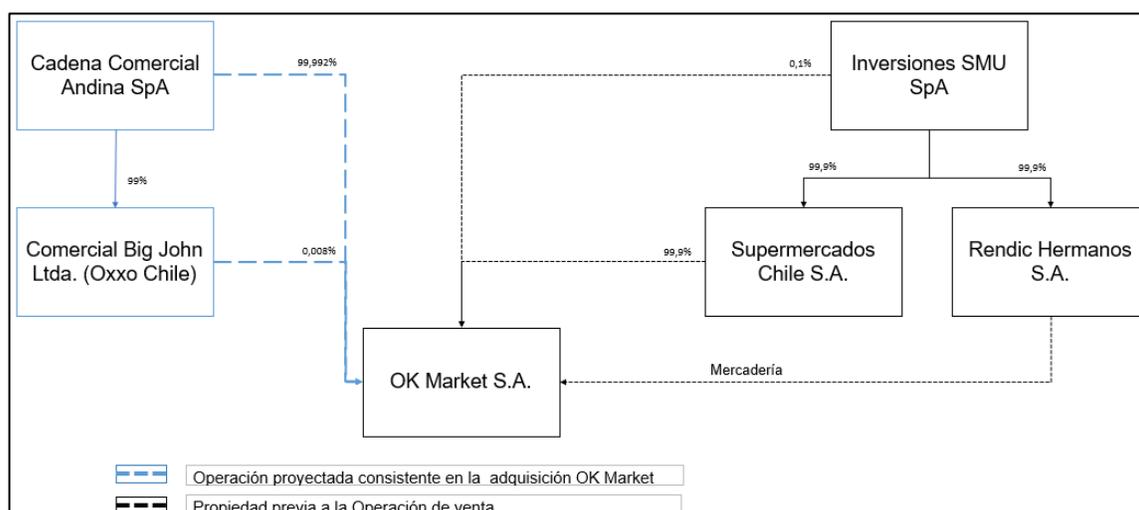
¹ Durante la Notificación de la Operación, la Investigación Rol F250-2020 FNE de la División de Fusiones de la FNE, la investigación Rol N°2684-2021 FNE y la investigación Rol N°2707-2022 FNE, ambas de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE, Big John Limitada fue denominada indistintamente como ‘*Oxxo Chile*’, de acuerdo con la nomenclatura entregada por las propias Partes.

En razón de los antecedentes fácticos y jurídicos que expongo a continuación, solicito al H. Tribunal declarar que la Requerida infringió las referidas disposiciones y, por tal motivo, se le condene en los términos indicados en el petitorio de esta presentación.

I. ANTECEDENTES DE LA OPERACIÓN

1. Con fecha 6 de noviembre de 2020, CCA y Oxxo Chile (ambas, en adelante “Compradoras”), e Inversiones SMU SpA, Supermercados Chile S.A. y Rendic Hermanos S.A. (en adelante, “Inversiones SMU”, “Supermercados Chile” y “Rendic Hermanos”, respectivamente, y las tres en conjunto, “Vendedoras”), notificaron a la FNE la operación de concentración consistente en la adquisición del total de las acciones representativas del capital social de OK Market por parte de CCA y Oxxo Chile (en adelante, la “Operación”), dando origen a la Investigación Rol F250-2020 FNE (en adelante, la “Investigación”)².

Imagen N°1: Esquema de la operación.



Fuente: Elaboración propia³.

² La Operación implicaba la adquisición, por parte de las Compradoras, de los 126 locales de tiendas de conveniencia de OK Market en Chile, los que se sumarían a los 109 locales ‘Oxxo’ que poseían a la fecha de aprobación. En este sentido, la investigación culminó con la Resolución de Aprobación con Medidas de Mitigación, de fecha 26 de noviembre de 2021, en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE (en adelante, “Resolución de Aprobación”), la que tuvo como antecedente el Informe de Aprobación Rol F250-2020 FNE, de la misma fecha (en adelante, “Informe de Aprobación”). La Operación se aprobó sujeto a la condición de que (i) se diera cumplimiento a las Medidas de Mitigación ofrecidas por las Compradoras y Vendedoras contenidas en su octava presentación; y que, (ii) la FNE dictara una resolución de conformidad respecto de la calidad de ‘comprador adecuado’ del eventual adquirente del paquete de activos a ser desinvertido, de conformidad con los párrafos 51, 52, 55 y 56 de la Guía de Remedios de 2017 de esta Fiscalía. En virtud de la resolución de fecha 28 de enero de 2022, la FNE aprobó a Empresa Nacional de Energía Enx S.A. como el comprador adecuado para la adquisición de los 16 locales de Oxxo Chile y OK Market que conformaban el paquete de desinversión ofrecido como parte de las Medidas de Mitigación.

³ Presentación de CCA, Oxxo Chile e Inversiones SMU, de fecha 6 de noviembre de 2020 (en adelante, la “Notificación”), contenida en la Investigación. De acuerdo con la Notificación, la

2. Al momento de la Notificación, las Vendedoras y Compradoras (en adelante, “Partes” o “Notificantes”), desarrollaban actividades en el segmento de tiendas de conveniencia⁴, es decir, en la venta minorista de bienes diferenciados, principalmente de alimentos y bebestibles, orientado a satisfacer necesidades impulsivas y de reposición, por lo que resulta sumamente relevante evaluar la cercanía competitiva entre los distintos tipos y formatos de comercio para determinar el mercado relevante e intensidad de la competencia. En el marco de la Investigación, la FNE consideró que la definición de mercado relevante debía considerar una perspectiva amplia para el análisis, coincidiendo con las Notificantes en que el mercado del producto correspondía al de la venta al por menor en tiendas de conveniencia, tiendas de estaciones de servicio, y otras tiendas y almacenes de barrio. Asimismo, la FNE concluyó que el mercado relevante geográfico correspondería al área de influencia de 300 metros desde cada local de Oxxo Chile y OK Market, mismo ámbito geográfico que las Notificantes originalmente propusieron en la Notificación.

3. Durante la Investigación y con el objeto de mitigar los riesgos competitivos que la FNE identificó a partir de la Operación, las Notificantes ofrecieron medidas de mitigación en ocho oportunidades⁵. A través de la presentación de fecha 8 de noviembre de 2021, las Partes ofrecieron las medidas definitivas a las que se sujetó la aprobación de la Operación (en adelante, las “Medidas de Mitigación” o las “Medidas”). Estas Medidas consistieron en: (i) la desinversión de 16 locales –11 de Oxxo Chile y 5 de OK Market–, ubicados en aquellos mercados calificados como riesgosos por la Fiscalía; (ii) el compromiso de mantener abiertas ciertas tiendas o locales cuyo cierre se encontraba previsto por las Partes, por un período de 36 meses desde el perfeccionamiento de la Operación; y, (iii) la renuncia unilateral y gratuita de las cláusulas de exclusividad⁶ pactadas en contratos de

Operación consistía en la adquisición, por parte de CCA -con un 99,992%- y por parte de Oxxo Chile -con un 0,008%-, del 100% de las acciones representativas del capital social de OK Market, a Supermercados Chile e Inversiones SMU, dueñas de un 99,9% y un 0,1%, respectivamente, de dicha sociedad. Adicionalmente, las Compradoras, una vez perfeccionada la operación, debían adquirir de Rendic Hermanos los activos (mercaderías) entregados en consignación a OK Market, que dicha sociedad mantuviera en sus tiendas a la fecha de cierre de la Operación.

⁴ Inversiones SMU participaba de dichas actividades a través de la sociedad OK Market, sociedad operativa que participaba en el segmento a través de las tiendas de conveniencia ‘OK Market’, mientras que CCA participaba a través de Big John Limitada, persona jurídica que operaba las tiendas de conveniencia ‘Oxxo’. Cabe señalar que FEMSA, grupo al cual pertenecen CCA y Oxxo Chile, entró a competir en el segmento de tiendas de conveniencia en nuestro país el año 2016 a través de la adquisición de la cadena de 46 locales ‘Big John’ y su posterior cambio a la utilización de la marca ‘Oxxo’.

⁵ De acuerdo con el Informe de Aprobación, las fechas de esas solicitudes fueron: (i) 2 y 4 de junio de 2021; (ii) 14 de julio de 2021; (iii) 4 de agosto de 2021; (iv) 25 de agosto de 2021; (v) 15 de septiembre de 2021; (vi) 7 de octubre de 2021; (vii) 3 de noviembre de 2021; y, (viii) 8 de noviembre de 2021.

⁶ En el apartado §1.2 de su presentación de fecha 8 de noviembre de 2021, las Partes definieron las cláusulas de exclusividad como: “(...) *aquellas disposiciones contractuales pactadas en algunos de los contratos de arrendamiento de las tiendas de Oxxo Chile u OK Market que puedan tener el objeto*

arrendamiento de los locales de las Partes, así como el compromiso de no suscribir nuevas cláusulas de exclusividad en futuros contratos de arriendo de tiendas de conveniencia, por un plazo de 10 años⁷.

4. La FNE consideró que las Medidas de Mitigación ofrecidas por las Partes eran efectivas en su conjunto para impedir que la Operación resultare apta para reducir sustancialmente la competencia, las que se consideraron idóneas, factibles de implementar, ejecutar y monitorear. Por ello, con fecha 26 de noviembre de 2021, esta FNE aprobó la Operación, sujeta a la condición de que se diera cumplimiento a las Medidas de Mitigación ofrecidas por las Notificantes y aceptadas por la FNE, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 54° y 57°, literales c) del DL 211.

5. Una vez perfeccionada la Operación, CCA pasó a ser la controladora de OK Market. Posteriormente, a través de escritura pública de fecha 30 de junio de 2022, se efectuó la fusión por absorción de Oxxo Chile por parte de OK Market, vigente a contar del 1 de julio de 2022. De esta manera, actualmente la Requerida es la controladora de OK Market, quien, a su vez, es la sucesora y continuadora legal de Oxxo Chile. Así, CCA y OK Market son parte del mismo agente económico desde el perfeccionamiento de la Operación notificada, conforme se detalla en el siguiente esquema:

Imagen N°2: Actual esquema del grupo en Chile.



Fuente: Elaboración propia⁸.

o efecto de impedir que el arrendador del inmueble respectivo pueda arrendar, subarrendar o ceder la tenencia de otro local o espacio dentro un mismo inmueble a personas naturales o jurídicas que exploten el giro de almacenes, minimercados, minimarkets, tiendas de conveniencia o similares”.

⁷ Un análisis detallado de las Medidas de Mitigación ofrecidas y en análisis de esta FNE consta en el título 7.2 del Informe de Aprobación.

⁸ Escritura pública de fecha 30 de junio de 2022, repertorio N°13.254-2022, extendida por el Notario Público don Iván Torrealba Acevedo.

II. HECHOS QUE MOTIVAN EL REQUERIMIENTO

6. Con fecha 13 de diciembre de 2021, la FNE inició la investigación Rol N°2684-2021 FNE, con el objeto de velar por el cumplimiento de las Medidas de Mitigación establecidas en la Resolución de Aprobación, en virtud de lo señalado en la letra d) del artículo 39° del DL 211, respecto de las sociedades CCA, Oxxo Chile y OK Market.

7. Adicionalmente, con fecha 5 de julio de 2022, la FNE inició la investigación Rol N°2707-2022 FNE, con el objeto de establecer si CCA y su filial Oxxo Chile, en el marco de la Notificación de la Operación, incurrieron en la conducta sancionada en la letra e) del artículo 3° bis del DL 211.

8. Como se pasará a exponer, las indagaciones desarrolladas por la FNE dieron cuenta de las siguientes infracciones:

i. Entrega de información falsa al notificar la operación de concentración

9. El artículo 2° del Decreto Supremo N°33 que aprueba el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración (en adelante, el “**Reglamento**”⁹), en relación con el artículo 48 del DL 211, establece los antecedentes que deben acompañarse a una notificación para efectos de evaluar, preliminarmente, los eventuales riesgos que la operación notificada pudiera significar a la competencia. Entre tales antecedentes, los notificantes deben aportar:

*“6. La siguiente información para cada mercado relevante afectado (...) i) Copia de estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable elaborado en los últimos tres años que analice el mercado relevante afectado, las condiciones de competencia, los competidores reales o potenciales, **las preferencias de los consumidores**, la fortaleza de la marca y el **potencial crecimiento o expansión a nuevos productos o áreas geográficas**, entre otros”¹⁰ (el destacado es nuestro).*

⁹ A la fecha de la Notificación se encontraba vigente el Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de fecha 1° de marzo de 2017, que aprueba el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, publicado en el Diario Oficial el 1° de junio de 2017.

¹⁰ En concordancia con lo expuesto, el artículo 48° inc. 5° del DL 211 señala que: “**A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo**” (El destacado y subrayado es nuestro).

10. Pues bien, como pudo identificar la FNE, CCA, por sí y a través de su filial Oxxo Chile, entregó información falsa al notificar la Operación, toda vez que no acompañó la totalidad de los antecedentes exigidos por el artículo 2 N°6 letra i) del Reglamento, indicando, en un primer momento, que la FNE debía analizar únicamente 6 archivos. Posteriormente, a través del complemento de la notificación, según se expone *infra*, indicó que esta Fiscalía debía remitirse a otros 34 documentos, no presentados originalmente por la Requerida, en circunstancias que en definitiva existían, a lo menos, 60 archivos adicionales que cumplían manifiestamente dichos criterios y que no fueron presentados en tiempo y forma.

11. En efecto, con fecha 6 de noviembre de 2020, y siendo precedida por una solicitud de exención en orden a no acompañar determinados antecedentes¹¹, las Partes presentaron a la FNE la Notificación de la Operación, donde propusieron como mercado relevante el de la “[v]enta al por menor en tiendas de conveniencia y tiendas pertenecientes al canal tradicional ubicadas dentro de una isócrona de entre 300 y 350 metros de caminata (aproximadamente 4,5 minutos) desde cada local de OXXO Chile y OK Market”¹².

12. En la Notificación, y respecto de los antecedentes referidos al artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento, CCA y Oxxo Chile señalaron que todas las copias de estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier otro documento referido, entre otros, al potencial crecimiento o expansión a nuevas áreas geográficas, se limitaban a tan solo 6 documentos:

“6.i.1. CCA y OXXO Chile. Por favor remítase a (i) Anexo CCA OXXO Chile-06 – 5. Estudios e informes sobre el mercado Sisco 2018 y Alco 2019, (ii) Anexo CCA OXXO Chile-06 – 6. Presentación Nielsen cierre 2019, (iii) Anexo CCA OXXO Chile-06 – 7. Presentación Nielsen Q2 2020, (iv) Anexo CCA OXXO Chile-05 – 2. Reporte gerencial 12.2019 –previamente mencionado–, (v) Anexo CCA OXXO Chile-06 – 8. Reporte gerencial 09.2020, y (vi) Anexo CCA OXXO Chile-06 – 9. Autorización Nielsen, contenido en el enlace compartido por los Compradores”.

¹¹ En virtud del artículo 3° del Reglamento, CCA y Oxxo Chile solicitaron eximir de acompañar determinados antecedentes del art. 2 N°6 letra i) del Reglamento, correspondientes a “Reportes preparados por la Consultora Nielsen para los años 2017 y 2018 (salvo diciembre 2018)”, señalando que “[c]omo se expone en el apartado 6.i.1 de la Notificación, OXXO Chile se encuentra impedida contractualmente para acompañar información de propiedad de Nielsen sin su expresa autorización. Pues bien, la información autorizada por Nielsen para ser entregada ante la FNE dice relación con información de mercado desde el periodo diciembre 2018 a septiembre 2020. Por tanto, se solicita exención de acompañar información para el periodo desde enero de 2017 a noviembre de 2018 en atención a que la misma no se encuentra “razonablemente” disponible para esta Parte”. Presentación denominada ‘Solicitud de exención’, de fecha 5 de noviembre de 2021 de CCA y Oxxo Chile, contenido en Expediente de Investigación Rol N°250-2020 FNE, pp. 1 y 5.

¹² Notificación, p. 50. Adicionalmente, señalan que se puede considerar como definición alternativa de dicho mercado, la “[v]enta al por menor en tiendas de conveniencia ubicadas dentro de una isócrona de entre 300 y 350 metros de caminata (aproximadamente 4,5 minutos) de cada local de OXXO Chile y OK Market”.

13. Adicionalmente, y en el mismo sentido, en cumplimiento con el artículo 2° N°11 del Reglamento, se acompañó como anexo a la Notificación la declaración jurada del representante de CCA y Oxxo Chile, señalando que:

*“Carlos Alfredo Díaz Lozano (...) en representación de Cadena Comercial Andina SpA (...) y de Comercial Big John Limitada (...) declaro que todos los antecedentes e información acompañados por mis representadas junto a esta notificación, relativa a la operación de concentración que se pretende (...) sea que pertenezcan tales antecedentes a ella o a alguna de las empresas que pertenecen a sus grupos empresariales, controladores o relacionadas, **son veraces, suficientes y completos.**”*

Asimismo, declaro conocer las sanciones administrativas y penales que pudieren resultar aplicables en caso que la información y antecedentes proporcionados fueren falsos, o si se ocultase información u otros antecedentes”¹³ (el destacado y subrayado es nuestro).

14. Con fecha 18 de noviembre de 2020, la FNE resolvió rechazar parcialmente la solicitud de exención formulada, respecto de la información exigida por el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento¹⁴. Con la misma fecha, esta Fiscalía resolvió declarar incompleta la Notificación, señalando en el considerando séptimo de dicha resolución, junto a otros motivos, que:

*“de acuerdo al artículo 2, N°6 letra i) del Reglamento, CCA debe acompañar todos los **documentos** que se refieran a su **potencial de crecimiento o expansión** a nuevos productos o áreas geográficas. Adicionalmente, en cuanto a este punto, es necesario que las Partes acompañen **todas las evaluaciones** respecto de **apertura de nuevos locales, en caso de existir**”¹⁵ (el destacado y subrayado es nuestro).*

15. En dicha resolución de incompletitud esta Fiscalía hizo presente, explícitamente, que se acompañaron escasos documentos referidos al potencial crecimiento o expansión, variable contemplada en el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento, individualizando tales antecedentes acompañados en la Notificación¹⁶.

¹³ Anexo a la Notificación de fecha 6 de noviembre de 2021 de CCA y Oxxo Chile, contenido en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, denominado “Anexo CCA OXXO Chile-11 – 1. Declaración de veracidad, suficiencia y completitud”, p.2

¹⁴ Resolución de Exención, de fecha 18 de noviembre de 2020, contenida en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.4, párrafo 5, justificando el rechazo “atendida la relevancia de dicha información para esta Fiscalía y en razón a que dichos antecedentes debieran encontrarse razonablemente disponibles para las Compradoras”.

¹⁵ Resolución de Incompletitud, de fecha 18 de noviembre de 2020, en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.3, párrafo 7.

¹⁶ “Junto a la Notificación se acompañaron únicamente los documentos (i) Anexo CCA OXXO Chile-05 – 4. Evaluación para la apertura de locales comerciales; (ii) Anexo CCA OXXO Chile-05 – 5.

16. Atendida la incompletitud de la Notificación, las Partes efectuaron dos nuevas presentaciones, una de las Compradores y otra de las Vendedoras, ambas de fecha 2 de diciembre de 2020, cuyo objeto era complementar el formulario de Notificación ordinario de operación de concentración (en adelante, “**Complemento**”). Al respecto, en las páginas 8 y 9 de su presentación, las Compradoras hacen detallada mención al considerando 7° de la Resolución de Incompletitud, referido al incumplimiento del art. 2 N°6 letra i) del Reglamento. Sobre este elemento, denominado por las Notificantes como punto (i), señalaron que:

“junto con esta Presentación, se acompañan todas las evaluaciones de aperturas de nuevos locales efectuada por OXXO Chile durante el periodo 2017 a 2019 que fue posible obtener de los registros y/o archivos de mis Representadas. En específico, se distingue entre aquellas evaluaciones de apertura que fueron aprobadas por la administración de OXXO Chile, de aquellas evaluaciones que no fueron aprobadas por dicha administración (...) Respecto de ellas, cabe hacer presente que se trata de presentaciones preparadas por el equipo de expansión de OXXO Chile a objeto de exhibir a la dirección de la empresa la evaluación de cada proyecto de expansión”¹⁷ (el destacado y subrayado es nuestro).

17. Por tanto, en base a esta presentación, la FNE debía remitirse a un total de 40 antecedentes de aquellos comprendidos en el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento según las presentaciones de las Compradoras, 6 acompañados en la Notificación y 34 en su Complemento, lo que constituiría, conforme a su declaración, la totalidad de antecedentes disponibles, sin que existieran copias de estudios, informes, análisis, encuestas u otros documentos comparables elaborados en los últimos 3 años en su poder, referidos al mercado afectado por la Operación.

18. Con fecha 17 de diciembre de 2020 y en base a lo aseverado en: (i) la Notificación de fecha 6 de noviembre de 2020; (ii) la resolución de incompletitud de fecha 18 de noviembre de 2020; y, (iii) las presentaciones de fecha 2 de diciembre de 2020, mediante las cuales las Partes buscaron subsanar los errores y omisiones de la Notificación, a través del Complemento, esta Fiscalía declaró completa la Notificación y dictó la resolución de inicio de la investigación Rol F250-2020 FNE.

19. Posteriormente, a casi 6 meses de iniciada la Investigación, con fecha 7 de junio de 2021, la Fiscalía tomó declaración a dos ejecutivos de Oxxo Chile. Uno de estos ejecutivos

Evaluación apertura local Simón Bolívar; y (iii) Anexo CCA OXXO Chile-05 – 6. Evaluación apertura local El Aguilucho”. Resolución de Incompletitud, del 18 de noviembre de 2020, en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.3, pie de página N°6.

¹⁷ Presentación de fecha 2 de diciembre de 2020, denominada ‘Complemento de Notificación’, contenida en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.8.

mencionó la existencia de diversos antecedentes calificados como 'origen-destino'. Al respecto, señaló que dichos antecedentes se elaboraban en base a la preferencia de los clientes de cada local y, en función de la información obtenida, se analizaban potenciales áreas de expansión dentro de una zona geográfica determinada.

20. A raíz de esta declaración, la FNE emitió el Oficio Ord. N°856-21, de fecha 9 de junio de 2021, donde se solicitó a los Compradores acompañar los siguientes antecedentes:

“1. Según lo afirmado en la declaración de los ejecutivos de su representada efectuada en el marco de la Investigación del antecedente, con fecha 7 de junio de 2021 ante funcionarios de la FNE (“Declaración Oxxo”), acompañe copias de todos los estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable elaborado por Oxxo o sus relacionadas, o por su encargo, que se relacionen con los efectos observados en las ventas de tiendas existentes de Oxxo respecto de la apertura de una nueva tienda de su representada en una zona cercana a la primera. En particular, acompañe copias de los “estudios de canibalización” y/o estudios de “origen/destino” relacionados al seguimiento de los consumidores de las tiendas Oxxo, que habrían sido realizados por o para su empresa desde el año 2016 hasta la presente fecha, según se afirmó en la Declaración Oxxo. Adjunte además sus anexos, adendas y documentos relacionados con la metodología empleada para la elaboración de los documentos que se acompañen” (el subrayado es nuestro).

21. En respuesta a dicho oficio, con fecha 11 de junio de 2021, CCA y Oxxo Chile, acompañaron 54 documentos correspondientes a estudios 'origen-destino', que fueron elaborados durante los años 2018 y 2019 que no habían sido acompañados al momento de la Notificación, su Complemento, ni durante la Investigación.

22. De esta forma, a lo menos estos 54 documentos acompañados durante la Investigación en respuesta al Oficio de la FNE, correspondían a antecedentes exigidos por el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento, por cuanto correspondían a: (i) estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable; (ii) elaborados en los últimos tres años; y, (iii) que analizaban diferentes aspectos del mercado relevante afectado. En particular, estos antecedentes contenían información que podía clasificarse dentro de las preferencias de los consumidores o respecto del potencial crecimiento o expansión a nuevas áreas geográficas, por lo que analizaban el mercado relevante afectado por la Operación y/o determinadas características de éste.

23. Adicionalmente, esta FNE detectó otros 6 antecedentes durante la investigación Rol N°2707-2022 FNE sobre entrega de información falsa, que no fueron acompañados por CCA, por sí y por su filial Oxxo Chile, a la Notificación o su Complemento.

24. Al respecto, cabe precisar que a raíz de diversos oficios emitidos tanto en el contexto de la investigación de Rol N°F250-2020 FNE¹⁸⁻¹⁹ como en la investigación Rol N°2707-2022 FNE²⁰, se detectaron una serie de antecedentes denominados ‘*evaluaciones de apertura*’, correspondientes a documentos que estudiaban el potencial crecimiento o expansión de locales Oxxo Chile a nuevas áreas geográficas, donde adicionalmente se analizaban competidores potenciales y las condiciones de competencia.

25. Atendido lo anterior, de los antecedentes acompañados en respuesta al Oficio Ord. N°1670 de fecha 8 de noviembre de 2022 en el marco de la investigación sobre entrega de información falsa, esta FNE detectó que a lo menos 6 de estos antecedentes, correspondientes a ‘*evaluaciones de aperturas de nuevos locales*’, se encontraban comprendidos dentro del mercado geográfico delimitado por las Partes, esto es, dentro del

¹⁸ Al respecto, en la investigación Rol N°F250-2020 FNE, esta Fiscalía emitió el Oficio Ord. N°2243 de fecha 18 de diciembre de 2020, donde solicitó a las partes que: “2. *Indique y detalle los planes de expansión que tenía Oxxo, previo a la negociación del contrato denominado “Acuerdo Vinculante” de fecha 8 de octubre de 2020 entre Supermercados Chile S.A., Inversiones SMU SpA y Femsa Comercio S.A. de C.V. Incluya en su respuesta (i) la ubicación, con indicación de la comuna en que planeaban abrir un nuevo local; (ii) la identificación de los distintos terrenos y/o locales que se consideraron como opción o alternativas, especificando el lugar que finalmente fue elegido, en caso de ya estar determinado; (iii) un resumen sobre el estado de avance de los planes, acompañando los contratos de arrendamiento u otros documentos relacionados a la negociación o apertura del local, en caso de existir; (iv) nombre y cargo de la persona responsable de la evaluación de cada una de estas aperturas; entre otros elementos que sean relevantes; y (v) otros elementos relacionados a los planes de expansión que su representada considere sean relevantes para el análisis de esta Fiscalía*”. En respuesta al Oficio Ord. N°2243-20, CCA y Oxxo Chile acompañaron tres antecedentes denominados “*Anexo CCA OXXO Chile – Plan de expansión 2020 (Plan – Real)*”, “*Anexo CCA OXXO Chile – Listado Puntos Expansión Evaluados 2019*” y “*Anexo CCA OXXO Chile - Listado Puntos Expansión Evaluados 2020*”. En dicha respuesta se acompañó un listado de evaluaciones de apertura de nuevos locales Oxxo.

¹⁹ Con motivo de la respuesta al Oficio Ord. N°2243-2020, esta FNE emitió el Oficio Ord. N°43 de fecha 15 de enero de 2021, solicitando “2. *En relación a su respuesta al oficio Ord. N°2243-2020, relativa a los planes de expansión de Oxxo, especialmente en lo que se refiere al archivo denominado “Anexo CCA OXXO Chile - Listado Puntos Expansión Evaluados 2020” (“Plan de Expansión”), indique lo siguiente: (...) c. En caso de que haya existido negativa del comité interno de Oxxo para la apertura de un nuevo local para los años 2021 y 2022, indique las razones esgrimidas para rechazar la apertura de dichos locales, acompañando, en caso de existir, los documentos internos (estudios, reportes, evaluaciones o similares) que fundamentan dicha decisión*”. En respuesta al Oficio Ord. N°43, de fecha 20 de enero de 2021, se acompañó un nuevo archivo, junto a 21 presentaciones adicionales.

²⁰ En base a la respuesta al Oficio Ord. N°2243-20 aportada en la investigación Rol N°F250-2020 FNE, y una vez ya iniciada la investigación N°2707-22 FNE, se emitió el Ord. N°1670 de fecha 8 de noviembre de 2022, solicitando acompañar “*las evaluaciones de apertura de los locales enlistados en los archivos Excel “Anexo CCA OXXO Chile - Listado Puntos Expansión Evaluados 2019” y “Anexo CCA OXXO Chile - Listado Puntos Expansión Evaluados 2020”. Indique la fecha en que se realizaron las evaluaciones y los autores de cada una*”. Con fecha 24 de noviembre de 2022, CCA y OK Market acompañaron 42 nuevos antecedentes correspondientes a evaluaciones de aperturas de nuevos locales.

área de influencia de 300 metros desde cada local de Oxxo Chile y OK Market, por lo que debieron ser acompañados durante la Notificación o su Complemento²¹.

26. Los antecedentes no acompañados por las Notificantes eran relevantes para el análisis de los efectos de la Operación que efectuó la FNE. Sin perjuicio de que su contenido no habría hecho variar el resultado de la Investigación, y la correspondiente aprobación condicionada de la Operación, no contar con dichos antecedentes en la Notificación o Complemento impidió a esta Fiscalía estudiar oportunamente información competitiva clave para su análisis de riesgos. En específico, los informes en referencia contenían antecedentes que permitían determinar de manera expedita el mercado relevante geográfico de los locales de las Partes, comprender las segmentaciones de los clientes de Oxxo Chile, y dimensionar el *ticket* de compra promedio de los consumidores finales.

27. Asimismo, estos documentos permitían comprender el plan de expansión a través de las aperturas de nuevas tiendas y, además, habrían permitido revisar en una etapa temprana de la investigación a los competidores considerados como los más cercanos por Oxxo Chile.

28. Aun cuando la mayor parte de los antecedentes omitidos sólo pudieron ser considerados por la FNE en una etapa tardía de la Investigación -dado que no contó con ellos desde el inicio del análisis de la fusión, como correspondía-, la FNE sí pudo obtener parte de la información contenida en dichos informes por la vía del ejercicio de sus facultades de investigación²². En definitiva, la omisión de la información que las Notificantes estaban obligadas a entregar junto con la Notificación o su Complemento afectó de forma relevante a la eficacia y eficiencia de la Investigación, impidiendo enfocarla de forma más precisa desde sus inicios, debiendo este Servicio destinar mayores recursos, desplegar a

²¹ Al respecto, estos 6 antecedentes corresponden a los archivos ubicados en la carpeta denominada 'Punto 5' y denominados: **(i)** "1. Carlos Antúnez"; **(ii)** "8. Isidora 2"; **(iii)** "10. Lira 43"; **(iv)** "14. Metro M.Montt"; **(v)** "20. Portugal – Marín"; y **(vi)** "21. Providencia".

²² Así se hizo presente en el Informe de Aprobación, p.3, donde esta Fiscalía señaló que "*las Partes acompañaron a la Notificación una base de datos preparada por Georesearch y Mapcity, que según las Partes contendría la ubicación de los locales del canal tradicional que debían ser considerados por esta División en su análisis de competencia, pero que no fue posible de ser utilizada por esta División durante la Investigación, dado que: (i) dicha base contenía información del canal tradicional que tras el estallido social y la pandemia no representaría la realidad del segmento; e (ii) incluía un extenso número de comercios distintos de almacenes de barrio y/o minimarkets (v.gr. ferreterías, comercializadoras de equipos médicos, artículos de gas, materiales de construcción, ópticas, servicios de computación, etc.), cuya depuración y verificación habría sido excesivamente costoso para esta Fiscalía y que a su vez habría implicado de todas formas una visita en terreno (...) En razón de lo anterior, esta División debió construir una base de datos de locales del canal tradicional propia*".

sus funcionarios en terreno y efectuar gestiones adicionales para recabar la información que constaba en los referidos documentos.

29. En consecuencia, CCA, por sí y a través de su filial, Oxxo Chile, notificó una operación de concentración donde entregó información falsa, consistente en señalar tanto en la Notificación como en el Complemento, que los antecedentes adjuntos a dichas presentaciones, exigidos por el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento, eran los únicos antecedentes disponibles -de manera que no contaban con más información al respecto-, en circunstancias que existían a lo menos 60 documentos adicionales que no fueron acompañados, correspondientes a estudios de '*origen-destino*' y '*evaluaciones de apertura*'. Como se detalló, queda en evidencia que la Requerida contaba con una mayor cantidad de antecedentes de aquellos expresamente exigidos por la ley y el Reglamento, que debieron ser acompañados al notificar la Operación.

ii. Incumplimiento de las medidas con que se aprobó la Operación (artículo 3° bis letra c) DL 211)

30. De acuerdo al párrafo 4° de la propuesta de Medidas de Mitigación, aceptada por la FNE en el marco de la investigación Rol F250-2020 FNE, y como consta en la Resolución de Aprobación de la Operación, una de las Medidas adoptadas consistió en "*la renuncia unilateral y gratuita de las cláusulas de exclusividad pactadas en contratos de arrendamiento de los locales de las Partes, así como en futuros contratos de arriendo de tiendas de conveniencia, por un plazo de 10 años*"²³ (en adelante, las "**Cláusulas de Exclusividad**").

31. De acuerdo con lo informado durante la Investigación, en respuesta a los Oficios Ord. N°42 y N°43 de fecha 15 de enero de 2021 de esta Fiscalía, CCA a través de su filial Oxxo Chile afirmó que las tiendas cuyos contratos de arrendamiento contenían Cláusulas de Exclusividad correspondían, en su caso, a 40 tiendas, mientras que OK Market señaló que, por su parte, correspondían a 61 tiendas.

32. La Operación aprobada por la FNE se perfeccionó el 28 de febrero de 2022, de manera que, conforme a las Medidas de Mitigación aceptadas, CCA, a través de sus filiales Oxxo Chile y OK Market, tenía hasta el 11 de abril de 2022 para enviar a los arrendadores

²³ Resolución de Aprobación, de fecha 26 de noviembre de 2021, en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.7, párrafo 23.

las cartas de renuncia a las Cláusulas de Exclusividad, y como fecha límite, el 3 de mayo de 2022 para informar a la FNE sobre el envío de estas.

33. Con fecha 7 de abril de 2022, CCA, junto a sus filiales Oxxo Chile y OK Market, informó, en el marco de la investigación Rol N°2684-21 FNE de fiscalización del cumplimiento de las Medidas (“**investigación de fiscalización**”), del estado del cumplimiento de los compromisos adoptados respecto de las Cláusulas de Exclusividad. En tal sentido, Oxxo Chile acompañó 56 copias de cartas de renuncia, de fechas 3 y 7 de marzo de 2022, mientras que OK Market acompañó 14 copias de cartas de renuncia de fecha 6 de abril de 2022.

34. A través de los Oficios Ord. N°631 y N°633 de fecha 19 de abril de 2022, remitidos en el marco de la investigación de fiscalización referida, se solicitó aclarar la diferencia entre el número de contratos de arrendamiento de los locales de Oxxo Chile y OK Market que incluían Cláusulas de Exclusividad originalmente informados en la Investigación²⁴ y el número de cartas de renuncia a dichas Cláusulas efectivamente informadas durante la investigación de fiscalización.

35. En respuesta a tales oficios, Oxxo Chile señaló, con fecha 26 de abril de 2022, que se habían suscrito 14 contratos de arrendamiento con Cláusula de Exclusividad en forma posterior a la fecha en que habían informado dichos contratos en la Investigación Rol F250-2020 FNE. Adicionalmente, señaló que dos contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha contaban con Cláusulas de Exclusividad y no se habían detectado como tales, por lo que se había procedido a enviar carta de renuncia²⁵⁻²⁶.

²⁴ Respuesta a los oficios Ord. N°43-2021 y 42-2021 durante la Investigación Rol F250-2020 FNE, según se indicó *supra*.

²⁵ Presentación en respuesta a Oficio Ord. N°631-2022, de fecha 26 de abril de 2022, p.5. Al respecto se señaló que “14 contratos de arrendamiento con cláusulas de exclusividad no pudieron ser informados a la FNE al momento de dar respuesta al Of. Ord. N° 43 porque aún no eran celebrados”, y, adicionalmente, que “[c]on relación a la tienda Oxxo San Isidro, cabe señalar que en la nota al pie número 2 de la respuesta al Of. Ord N° 43, se indicó que el contrato de arrendamiento de la tienda Oxxo San Isidro no tenía cláusula de exclusividad. A su vez, la tienda Oxxo Huérfanos no fue identificada como una cuyo contrato de arrendamiento contuviese una cláusula de exclusividad. Sin embargo, efectuada una nueva revisión con la finalidad de determinar el universo total de cartas a despachar y dar cumplimiento en tiempo y forma al compromiso asumido en las Medidas de Mitigación sobre el particular, se identificaron estos dos contratos de arrendamiento y se procedió a despachar las cartas de renuncia a su respecto”.

²⁶ Inversiones SMU, por su parte, señaló en respuesta de fecha 26 de abril de 2022, que el compromiso habría sido adoptado por OK Market respecto a tales tiendas de conveniencia, donde ya no tenía participación a la fecha del oficio. Véase presentación en respuesta a Oficio Ord. N°633-2022, de fecha 26 de abril de 2022, p.1. “Respuesta Oficio da cuenta de aquellos locales que disponen (sea en una cláusula específica al respecto, sea a propósito de las restricciones a la hora de subarrendar o ceder el contrato) que el local respectivo únicamente puede ser destinado al giro tienda de conveniencia, minimarket u otro análogo. Por su parte, para efectos de las Medidas de

36. A través del Oficio Ord. N°772, de fecha 19 de mayo de 2022, esta Fiscalía solicitó a CCA y sus filiales -Oxxo Chile y OK Market-, acompañar todos los contratos de arrendamiento de los locales de Oxxo Chile y de OK Market vigentes al 8 de noviembre de 2021 -fecha en que se realizó la octava propuesta de Medidas de Mitigación, aceptadas por la FNE-. En respuesta a dicho oficio, con fecha 1 de junio de 2022, Oxxo Chile acompañó 130 contratos de arrendamiento, de los cuales 64 contratos contaban con Cláusulas de Exclusividad. De estos, se identificaron 8 contratos que no contaban con cartas de renuncia a dicha cláusula, incumpliendo la medida de mitigación aceptada por la FNE. Por su parte, OK Market acompañó 132 contratos de arrendamiento, de los cuales 20 contaban con Cláusulas de Exclusividad y en donde se identificaron 6 contratos que no contaban con las correspondientes cartas de renuncia a dicha cláusula.

37. Por último, con fecha 21 de julio de 2022, se emitió el Oficio Ord. N°1092 dirigido a CCA y su filial OK Market, por medio del cual se solicitó indicar si se habían suscrito contratos de arrendamiento de locales comerciales entre el 8 de noviembre de 2021 y la fecha del oficio y, en dicho caso, acompañar copias de los mismos²⁷.

38. A través de carta de fecha 1 de agosto de 2022, y en respuesta al mencionado oficio, se acompañaron 21 nuevos contratos de arrendamiento suscritos entre el 8 de noviembre de 2021 y la fecha de presentación de la carta a esta FNE. Del total de contratos acompañados, 3 de ellos correspondientes a locales Oxxo Chile, contenían Cláusulas de Exclusividad que no habían sido renunciadas mediante las correspondientes cartas de renuncia al vencimiento del plazo establecido.

39. De esta forma, la obligación impuesta en la resolución de la FNE que aprueba la operación de concentración sujeta a las Medidas de Mitigación propuestas fue incumplida toda vez que CCA, a través de sus filiales, no las ejecutó la medida en tiempo y forma, al

Mitigación, las cláusulas de exclusividad se definieron como “aquellas disposiciones contractuales pactadas en algunos de los contratos de arrendamiento de las tiendas de Oxxo Chile u OK Market que puedan tener el objeto o efecto de impedir que el arrendador del inmueble respectivo pueda arrendar, subarrendar o ceder la tenencia de otro local o espacio dentro un mismo inmueble a personas naturales o jurídicas que exploten el giro de almacenes, minimercados, minimarkets, tiendas de conveniencia o similares”. Ese compromiso fue adoptado precisamente por Oxxo y OK Market en su calidad de partes en los contratos de arrendamiento que contienen las cláusulas mencionadas, sociedades en las que Inversiones SMU SpA y Supermercados Chile S.A. no tienen participación alguna a la fecha”.

²⁷ Oficio Ord. N°1092, de fecha 21 de julio de 2022, p.1, “1. Indique si sus representadas han suscrito contratos de arrendamiento de locales comerciales entre el 8 de noviembre de 2021 y la actualidad. En caso afirmativo, acompañe copia de los mismos (...) 3. En relación a su respuesta al oficio Ord. N°722-2022, en donde Oxxo Chile y OK Market acompañaron los contratos de arrendamiento de sus locales vigentes al 8 de noviembre de 2021, indique si dichos contratos siguen vigentes en la actualidad. En caso que alguno haya terminado, señale la fecha de terminación y acompañe los documentos que den cuenta de la misma”.

no enviar Oxxo Chile 11 cartas de renuncia a las Cláusulas de Exclusividad, y al no enviar OK Market 6 cartas de renuncia a las Cláusulas de Exclusividad, incurriendo así en la infracción del artículo 3° bis letra c) del DL 211.

III. INDUSTRIA Y MERCADO EN QUE INCIDEN LAS INFRACCIONES

40. El segmento de tiendas de conveniencia en el que participa CCA a través de su filial se caracteriza por vender un *mix* de productos, principalmente alimentos y bebestibles, donde el consumidor valora la rapidez de la compra y el tamaño y cercanía de la tienda. No obstante, otros tipos y formatos de comercio presentarían diferencias y similitudes que influyen en el nivel de presión competitiva que enfrentaría la Requerida, por lo que debe evaluarse el grado de cercanía competitiva que existe en cada mercado. Es por la heterogeneidad antes descrita que esta Fiscalía, como se señaló *supra*, consideró que el mercado relevante debía definirse desde una perspectiva amplia para su análisis.

41. De este modo, la FNE durante el análisis de la Operación²⁸, definió el mercado relevante como el de la venta al por menor en tiendas de conveniencia, tiendas de estaciones de servicios, y otras tiendas y almacenes de barrio, a una distancia de hasta 300 metros de las tiendas Oxxo Chile y OK Market. Asimismo, solo se consideraría la venta presencial, excluyéndose el canal *online* por cuanto las mismas Notificantes no lo contemplaban como un área principal en su negocio. En este sentido, el canal *online*, por una parte, no cumpliría con las principales características de rapidez y cercanía que son valoradas por los consumidores y, por otra, solo un 6%-7,2% de los consumidores encuestados en el marco de la Investigación indicó que compraría en el canal *online* ante la indisponibilidad de bienes en las tiendas físicas de las Notificantes.

42. Tal como también se advirtió *supra*, en dicho mercado participan diversos actores en formato físico que ejercerían distintos grados de presión competitiva sobre las tiendas de Oxxo Chile y OK Market. Así, por ejemplo, en el segmento de tiendas de conveniencia participan Midway, XS Market, Barry's Market y Maxi K; en el de tiendas de estaciones de servicio destacan Pronto (Copec), Upa! (Shell) y Spacio 1 (Petrobras); y, en el de otras tiendas y almacenes de barrio se encuentran Castaño, San Camilo y Justo y Bueno (Erbi)²⁹.

²⁸ Informe de Aprobación, pp. 28-36.

²⁹ El Informe de Aprobación, pp.19-20, descartó que otros formatos que concentran sus esfuerzos en un mix de categorías específicas (como Fork y La Cotidiana), sean de reducido tamaño (como los kioskos) o de gran tamaño (como los supermercados), o que no contaban con tiendas físicas a dicha fecha (como Spid, Marked, Hungry Market y Piu Market), fueran realmente sustitutos de Oxxo y OK Market para los consumidores.

43. Dado que la presión competitiva que enfrentan las tiendas Oxxo Chile y OK Market depende de una serie de factores, especialmente la ubicación y cercanía a los consumidores por parte de sus competidores, es que la FNE complementó la información cualitativa que obtuvo de parte de las Notificantes, terceros de la industria y consumidores con un ejercicio econométrico, a fin de medir el impacto de competidores ubicados en distintas áreas de influencia en las ventas de las Partes. La FNE concluyó que en áreas de entre 100 y 300 metros de caminata se observa que, a mayor número de competidores, existe un efecto negativo en las ventas de Oxxo Chile u OK Market, según corresponda.

44. Por todo lo anterior, es que resultaba de suma importancia para esta Fiscalía contar oportunamente con la información que no fue acompañada en la Notificación por la Requerida, a fin de determinar de manera rápida y precisa el grado de presión competitiva que enfrentaban las tiendas de Oxxo Chile y OK Market en los distintos mercados afectados por la Operación.

45. Adicionalmente, es posible concluir que el incumplimiento de la Requerida a las Medidas de Mitigación consideradas al momento de aprobar la Operación, particularmente en lo referente a la renuncia unilateral de Cláusulas de Exclusividad contenida en algunos de los contratos de arrendamiento de las tiendas de Oxxo Chile y OK Market, afecta directamente a cada uno de los mercados donde no es posible un mayor aumento en el número de competidores del segmento de tiendas de conveniencia o rubro de *minimarket*, atendida la existencia y contenido de la referida cláusula. Dicha barrera de entrada contenida en los contratos de arrendamiento limita artificialmente la competencia, permitiéndole a la Requerida materializar uno de los principales riesgos unilaterales detectados por esta Fiscalía y que se derivan de la Operación, impidiendo que los consumidores se vean beneficiados de la presión competitiva que ejercería un mayor número de competidores.

IV. EL DERECHO

46. El DL 211 establece infracciones que requieren, para ser sancionadas, que se impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que se tienda a ello, pero también establece otros ilícitos, como aquellos mencionados en el artículo 3° bis, que no requieren que se produzca tal efecto ni que exista la aptitud de provocarlo. Aquello se debe a los objetivos perseguidos por las diferentes infracciones, que en el caso del artículo 3° bis del DL 211 es el correcto desenvolvimiento y efectividad del sistema de control de operaciones de concentración.

47. En este sentido, el artículo 3° bis del DL 211 establece deberes específicos que deben ser satisfechos por los agentes económicos en el contexto del sistema de control de operaciones de concentración en Chile³⁰. En este aspecto, no puede quedar al arbitrio de las partes, una vez que se someten al proceso de control de operaciones, la entrega de información exigida por la ley y el Reglamento, y no se puede permitir que las mismas afirmen a la FNE, de modo alejado de la realidad, que la información acompañada es toda aquella con la que disponen. Asimismo, tampoco puede quedar al mero arbitrio de las notificantes el cumplimiento o el alcance de las medidas con las que se aprueba la operación de concentración³¹.

48. En virtud de lo señalado anteriormente, el artículo 3° bis letra e) del DL 211, establece que la infracción se configura por entregar información falsa al notificar una operación de concentración, no disponiendo que esa información deba, adicionalmente y como un requisito copulativo, haber conducido a la FNE a un resultado equívoco o errado sobre las decisiones intermedias que adoptó en ese procedimiento o en la decisión de aprobación final. En el mismo sentido, el artículo 3° bis letra c) del DL 211 requiere un incumplimiento de las medidas con que se haya aprobado la operación de concentración, sin que se exija, necesariamente, que se produzca un efecto anticompetitivo adicional o una potencialidad para ello, configurándose por tanto el ilícito con la mera acreditación de la conducta imputada.

49. A continuación, se abordará cada infracción imputada junto a sus requisitos, los que poseen como factor de conexión común el hecho que emanan de un mismo y único procedimiento de control de operación de concentración, recayendo sobre una misma unidad económica, controlada y administrada por la sociedad CCA. Al respecto, es precisamente la Notificación junto a su Complemento el hito en que se materializa la infracción de entrega de información falsa, mientras que, por su parte, es la aprobación de dicha Operación por parte de la FNE en que se establecen las Medidas de Mitigación lo que permite configurar posteriormente la infracción a estas condiciones impuestas.

³⁰ Consta en el Mensaje del Ejecutivo, que el proyecto cuenta con: “*Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración (...)*”, cubriendo “*(...) aquellos aspectos que se consideran necesarios para garantizar la eficacia del nuevo régimen*”. En virtud de ello, continuaba señalando, “*(...) se introduce un nuevo artículo 3 bis en el cual se establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias (...)*” a quienes infringieren los numerales del referido artículo 3° bis. Ver Historia de la Ley N°20.945, p. 13.

³¹ La jurisprudencia de el H. Tribunal en el caso Malone, ratifica que la infracción a una condición impuesta (en ese entonces, en el marco de un procedimiento no contencioso) determina una presunción de “antijuridicidad” o culpa. Ver Sentencia TDLC N° 117/2011, C. 80°.

i. Primera infracción acusada: entrega de información falsa al notificar la Operación (infracción al artículo 3° bis letra e) del DL 211)

50. El artículo 3° bis letra e) del DL 211 señala que:

“Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (...) e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”.

51. Dicho artículo debe ser complementado con lo señalado por el artículo 48° inciso quinto del DL 211, que señala:

*“[a] la notificación **deberán acompañarse los antecedentes necesarios** para identificar la operación de que se trata (...), y **los demás antecedentes que detalle el reglamento** dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo” (el destacado es nuestro).*

52. Esta FNE imputa a CCA, por sí y a través de su filial Oxxo Chile, la infracción de entrega de información falsa al realizar la notificación de la Operación, en concreto, sobre los antecedentes exigidos por el artículo 2° N°6 letra i) del Reglamento, que dicen relación con: *“estudios, informes u otros documentos comparables elaborados en los últimos tres años que analicen el mercado relevante afectado, las condiciones de competencia, los competidores reales o potenciales, las preferencias de los consumidores, la fortaleza de la marca y el potencial crecimiento o expansión a nuevos productos o áreas geográficas, entre otros”.*

53. Los requisitos para configurar la conducta imputada corresponden a: (i) la existencia de una notificación de una operación de concentración; y (ii) que la información entregada en la notificación de esta operación sea falsa.

54. El primer requisito se configura durante la notificación de la operación de concentración, por medio de la cual CCA y su filial, Oxxo Chile, en calidad de compradoras, junto a Inversiones SMU SpA y Supermercados Chile S.A., en calidad de vendedoras, adquirieron, por una parte, y vendieron, por la otra, el total de las acciones representativas del capital social de OK Market.

55. Al respecto, la conducta se configuró toda vez que CCA, por sí y a través de su filial Oxxo Chile, durante la Notificación como en su Complemento declaró acompañar todos los antecedentes exigidos por la ley y el Reglamento, en concreto, respecto del art. 2 N°6 letra i) de este último cuerpo legal, en circunstancias que, conforme se señaló en el apartado de

los hechos que fundan el presente requerimiento, contaba con a lo menos 60 antecedentes que cabían dentro de las exigencias de dicha norma que no habían sido entregados. Así, del total de antecedentes que debían acompañar, parte de ellos no fueron entregados sino hasta una vez que fueron detectados por esta Fiscalía en la fase de Investigación de la Operación y solicitados a las Compradoras.

56. De esta manera, y pese a tener la oportunidad de rectificar sus aseveraciones, las afirmaciones de la Requerida no se condecían con los hechos, correspondiendo en ambos casos a una declaración falsa, inconsistente con los antecedentes reales y fidedignos que se encontraban a su disposición.

57. Asimismo, cabe recordar que la veracidad e integridad de la información entregada por los particulares en el contexto de una revisión de operación de concentración es esencial para poder contar con un proceso eficiente, especialmente considerando los acotados plazos legales asociados al proceso de control de fusiones. Tal como ha sido señalado en la jurisprudencia comparada –y en particular por la Comisión Europea (“**Comisión**”)–, es fundamental que las partes respondan de manera completa y eviten la selectividad de antecedentes al momento de exponer los hechos relevantes incluidos en las notificaciones y al responder cada una de las solicitudes de información requeridas por la autoridad³².

58. En línea con lo anterior, las empresas deben comportarse como partes diligentes, proporcionando un análisis completo de los hechos y toda la información acorde al Reglamento de que dispongan³³. Por lo tanto, la efectividad del sistema de control de operaciones de concentración descansa precisamente en la necesidad de contar con información veraz y fidedigna, la que debe ser aportada precisamente por los particulares que notifican la operación y los terceros que son requeridos por la autoridad de libre competencia³⁴. Esto hace especialmente relevante la detección y sanción de estas conductas.

³² Véase Case M.8181 MERCK / SIGMA-ALDRICH, 2021, párr. 178-180. En este mismo sentido, véase M.1610 Deutsche Post/Trans-O-Flex (Art.14 proc.), 1999, párr. 106. Traducción libre: “*Existe el deber de facilitar toda la información fáctica que exige el Reglamento de concentraciones. **No es admisible que las partes notificantes seleccionen los hechos que deben facilitarse sobre la base de su interpretación subjetiva de los mismos, y tal selección constituye una infracción de los requisitos de información***”.

³³ Case M.8181 MERCK / SIGMA-ALDRICH, 2021, párr. 193. Traducción libre de: “(...) *undertakings should behave like diligent operators, and it follows therefrom that they should provide a full analysis of the facts, including all information available to them.*”

³⁴ Véase Case M.8181 MERCK / SIGMA-ALDRICH, 2021, párr. 474 y 475: “(474) *La obligación de facilitar información correcta y no engañosa en una investigación de concentración es esencial para que la Comisión pueda examinar eficazmente las concentraciones. (...) Las solicitudes de*

59. A mayor abundamiento y pese a que basta la mera conducta infraccional para presumir la culpa de CCA, la gran cantidad de antecedentes que esta Fiscalía detectó durante la Investigación, preexistentes a la Notificación y a su Complemento, los que fueron reconocidos y señalados por uno de los ejecutivos de su filial, Oxxo Chile, durante su declaración a la Fiscalía, permite concluir que tales antecedentes no podrían sino haber sido identificados y entregados por las Partes durante la Notificación de la Operación.

ii. Segunda infracción acusada: incumplimiento de medidas de mitigación ofrecidas por la Requerida (infracción al art. 3° bis letra c) del DL 211)

60. En segundo lugar, se imputa la infracción del artículo 3° bis letra c) del DL 211, que señala:

“Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (...) c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 o 57, según sea el caso”.

61. En la especie, para configurar la infracción imputada, esta norma contempla tres requisitos: (i) la aprobación de una operación de concentración; (ii) que esta aprobación se haya condicionado a medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes debido a los riesgos anticompetitivos detectados; y (iii) que dichas medidas sean incumplidas.

62. El primer y segundo requisito se cumplen a través de la resolución de esta Fiscalía de fecha 26 de noviembre de 2021, por medio de la cual se aprobó administrativamente la

información son una herramienta indispensable para que la Comisión recopilar los hechos y la información necesarios para evaluar con precisión el impacto de una concentración notificada”; y “(475) Por lo tanto, el suministro de información incorrecta y/o engañosa en las respuestas a las solicitudes de información o en un formulario de notificación constituye en sí mismo una infracción grave porque impide a la Comisión acceder a la información necesaria para evaluar una concentración (y sus modificaciones en caso de compromisos). En los ajustados plazos de una investigación de concentraciones, es especialmente importante que la Comisión pueda confiar en la exactitud de la información facilitada.”

Traducción libre de: “(474) The obligation to provide information that is correct and not misleading in a merger investigation is essential for the Commission to be able to review mergers effectively. (...) RFIs are an indispensable tool for the Commission to gather the necessary facts and information for the accurate assessment of the impact of a notified concentration. (475) Therefore, the supply of incorrect and/or misleading information in replies to RFIs or in a Form RM is in itself a serious infringement because it prevents the Commission from accessing information necessary to assess a concentration (and its modifications in case of commitments). Under the tight deadlines of a merger investigation, it is particularly important that the Commission can rely on the accuracy of the information supplied.”

Operación y se la condicionó al cumplimiento de las Medidas de Mitigación propuestas por las Notificantes a través de presentación de fecha 8 de noviembre de 2021.

63. Al respecto, consta que las Notificantes, en el párrafo 4 de la propuesta de compromisos de mitigación aprobado en el marco de la investigación Rol F250-2020 FNE, titulada “*Cláusula o Clausulas de Exclusividad*”, propusieron la medida de renuncia unilateral y gratuita de las Cláusulas de Exclusividad pactadas en contratos de arrendamiento de inmuebles donde se emplazan los locales de las Partes, así como el compromiso de no solicitar, requerir y/o consentir en este tipo de cláusulas en futuros contratos de arriendo de tiendas de conveniencia.

64. La resolución condicionaba la Operación, entre otras medidas, al deber de las Notificantes de enviar una carta a cada arrendador informando de la renuncia unilateral y gratuita por parte de Oxxo Chile y de OK Market, según correspondiese, a las Cláusulas de Exclusividad respectivas. Estas cartas debían ser enviadas dentro de 30 días hábiles desde la fecha de perfeccionamiento de la Operación. Una vez cumplido dicho plazo, Oxxo Chile y OK Market se obligaban a informar a la FNE en el plazo de 15 días hábiles, del hecho de haberse expedido dichas cartas.

65. Adicionalmente, esta renuncia de cláusulas debía ser efectiva por el plazo de 10 años, lapso en el que OK Market y Oxxo Chile se comprometían a no solicitar, requerir y/o consentir la inclusión de dichas cláusulas en los contratos de arrendamiento de esta naturaleza.

66. Esta medida que condicionó la Operación, de acuerdo con lo que señala la Resolución de Aprobación, en su párrafo 26, tendría la capacidad de “*mitigar el riesgo de creación de barreras artificiales a la entrada al contemplar adicionalmente un compromiso de no establecimiento de cláusulas de exclusividad, por un plazo de 10 años, en contratos de arriendo futuros que suscriban las Partes*”³⁵.

67. Tal como se explicó *supra*, al cumplirse el plazo de 30 días hábiles desde el perfeccionamiento de la Operación y al ser informada por Oxxo Chile del cumplimiento de las Medidas, esta Fiscalía detectó 17 contratos de arrendamiento que aún contaban con Cláusulas de Exclusividad que, al cumplirse el plazo previsto para el cumplimiento de las

³⁵ Resolución de Aprobación de fecha 26 de noviembre de 2021, contenida en Expediente de Investigación Rol N°F250-2020 FNE, p.7.

Medidas y para informar a esta Fiscalía, no contaban con las correspondientes cartas de renuncia prometidas.

68. La conducta de CCA constituye una infracción grave, toda vez que las medidas de mitigación conductuales suponen la sujeción a deberes de cuidado por los sujetos obligados. Como se ha sostenido, al ser una conducta infraccional, no se exige resultado anticompetitivo alguno, bastando la mera contravención de la norma. Ello pues la conducta de la Requerida pone en duda el carácter obligatorio, imperativo y ejecutable de las medidas de mitigación, esenciales para el correcto funcionamiento del sistema de control de operaciones de concentración³⁶.

69. En dicho sentido, la gravedad de la conducta queda en evidencia por cuánto la Operación se aprobó sujeta al cumplimiento de la medida de renuncia a las Cláusulas de Exclusividad, cuyo objeto era aumentar la competencia en los mercados relevantes afectados por la Operación. A *contrario sensu*, el no cumplir con las mismas constituye -por sola disposición legal- una reducción sustancial de la competencia³⁷.

V. SANCIÓN SOLICITADA

70. Como se ha descrito, H. Tribunal, la Requerida infringió el artículo 3° bis letras c) y e) del DL 211. Ambas infracciones fueron cometidas bajo un único factor común en el marco del procedimiento de control de operaciones de concentración, verificándose dichas infracciones en la respectiva etapa de Notificación y, una vez adoptada la decisión administrativa que concluyó su tramitación, con ocasión de la aprobación de la Operación bajo Medidas de Mitigación.

³⁶ Sentencia N° 86/2009 TDLC, C. 12°: “*Que el incumplimiento de la prohibición materia de autos no solo es indicativa de una falta al deber de cuidado aludido en el razonamiento precedente, sino que también importa un actuar negligente que no admite justificación por un error respecto de la juridicidad del acto (...)*”. En el mismo sentido, Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol 44.266-2017, C. 16°: “*Así, existiría un incentivo perverso entregado a las partes obligadas, toda vez que preferirían no consultar, incumplir, y esperar a que algún agente del mercado demande en sede contenciosa, pues tendrían la facilidad de discutir en tal procedimiento la modificación de la Resolución que impone condiciones, cuestión que atenta contra el objetivo preventivo que tiene la imposición de condiciones o medidas de mitigación e implica, por lo demás, desconocer el especial deber de cuidado que pesa sobre los incumbentes afectados por una resolución que impone medidas de mitigación para aprobar determinada operación de concentración*”.

³⁷ Ello se desprende claramente de las letras b) de los artículos 54 y 57 del DL 211, que autorizan a la FNE a aprobar una operación de concentración sujeta al cumplimiento de las medidas ofrecidas por las partes solo si “*...llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia...*”.

71. La regulación del artículo 3° bis del DL 211 hace una remisión expresa a las sanciones contenidas en el artículo 26° del DL 211 que, en su parte pertinente, señala:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

72. En particular, la letra c) del artículo citado faculta al Tribunal a aplicar multas a beneficio fiscal por una suma equivalente de hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, o hasta el doble del beneficio económico derivado de la infracción. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, podrán aplicarse multas por una suma equivalente de hasta 60.000 UTA a los agentes económicos involucrados en la infracción³⁸.

73. Adicionalmente, resulta menester señalar que, en el presente caso, concurren diversas circunstancias para la determinación de las multas indicadas en la antedicha norma. En primer lugar, las conductas acusadas reúnen el carácter de gravedad. Así, en lo referido a la entrega de información falsa, se han vulnerado los principios de colaboración, cooperación y eficacia que inspiran el sistema de operaciones de concentración, el cual se sustenta en la entrega de antecedentes e información por las notificantes, como fuente primaria de los pronunciamientos que, a la luz del Título IV del DL 211, esta Fiscalía debe adoptar.

74. Asimismo, la gravedad es un factor que debe ser utilizado para determinar la multa en relación con la infracción de la letra c) del artículo 3° bis del DL 211, ya que el incumplimiento de las medidas de mitigación pone en duda el carácter obligatorio, imperativo y ejecutable de dichas medidas. En otras palabras, la conducta puso en riesgo la efectividad del mandato normativo asociado al debido y estricto cumplimiento de las medidas acordadas, condición necesaria para que la operación no redujera sustancialmente la competencia en los mercados involucrados en la Operación.

75. Además, las infracciones pudieron ser advertidas por la Requerida, dada la asesoría experta y la participación de ejecutivos de alto nivel en la Operación, quienes estaban en

³⁸ Guía de Multas, p. 6.

conocimiento de la existencia de los referidos estudios de origen-destino, de las evaluaciones de apertura y de las Medidas de Mitigación propuestas y comprometidas.

76. En segundo lugar, se debe considerar un factor de disuasión en la determinación de la multa a efectos de señalar correctamente al mercado, incentivando conductas que favorezcan el aporte de información ajustada a la realidad durante una operación de concentración y que den estricto cumplimiento a las medidas que se acuerden entre la FNE y los agentes económicos respectivos.

77. De esta forma, H. Tribunal, como se ha indicado, se verifican circunstancias agravantes que, aunado al efecto disuasorio que debe contener la sanción, requieren la imposición de una multa para CCA de 1.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, “UTA”) por la infracción al artículo 3° bis letra c), y de 6.500 UTA por la infracción al literal e) del mismo artículo, según se ha descrito latamente *supra*.

78. Finalmente, y respecto del incumplimiento de una de las Medidas a las que se sujetó la Operación, corresponde que el H. Tribunal ordene el cese del incumplimiento, extendiendo el compromiso de no establecimiento de las referidas cláusulas para los locales en que se verificó el incumplimiento por un plazo de 10 años desde que se haga efectiva y se comunique la renuncia antes mencionada, con el objeto de mantener el sentido y alcance del compromiso infringido por la Requerida.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° bis letras c) y e), 18° y siguientes, 26° y 39° del DL 211, así como en las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Tener por deducido Requerimiento en contra de Cadena Comercial Andina SpA, ya individualizada, someterlo a tramitación y, en definitiva:

- (i) Declarar que Cadena Comercial Andina SpA infringió el artículo 3° bis letras c) y e) del DL 211, del modo indicado en esta presentación.
- (ii) Imponer a Cadena Comercial Andina SpA una multa de 7.500 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el H. Tribunal estime conforme a derecho;
- (iii) En relación con la infracción contenida en el artículo 3° bis letra c) del DL 211, ordenar a la Requerida el cese de la conducta, compeliéndola a efectuar la

renuncia a las Cláusulas de Exclusividad que se mantienen vigentes respecto de aquellos locales objeto de la Medida que permanecen bajo su control. Adicionalmente, se solicita extender el compromiso de no establecimiento de las referidas cláusulas para esos locales por un plazo de 10 años desde que se haga efectiva y se comunique la renuncia antes mencionada.

- (iv) Ordenar a la Requerida el pago de las costas.

Lo anterior es sin perjuicio de la adopción de toda otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que el H. Tribunal considere pertinente de conformidad al inciso primero del artículo 3º del DL 211.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, para efectos de practicar la notificación del requerimiento de autos y de realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, y sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación o designar nuevos ministros de fe en cualquier momento, señalo los siguientes receptores judiciales:

1. Carlos Pereira Penna, RUT 12.596.457-5, domiciliado en Huérfanos N°1117, Oficina 422, Santiago, correo electrónico receptor.cp@gmail.com.
2. Germán Camino Alzerreca, RUT 7.981.933-6, domiciliado en Compañía de Jesús N°1390, oficina 302, Santiago, correo electrónico germancaminoa@gmail.com.
3. Marcos Gacitúa Guerrero, RUT 10.892.643-0, domiciliado en pasaje Rosa Rodríguez N°1375, oficina 414, Santiago, correo electrónico receptormarcosgacitua@gmail.com.
4. Carmen Balboa Quezada, RUT 10.367.686-K, domiciliada en calle Compañía N°1390, oficina 701, Santiago, correo electrónico cbalboaq@gmail.com.

SEGUNDO OTROSÍ: Al H. Tribunal solicito tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica opera conforme lo dispuesto en los artículos 79 y siguientes del DFL N°29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, además de lo dispuesto en la Resolución Exenta FNE N199, de fecha 11 de abril de 2022, que Establece Orden de Subrogancia en la Fiscalía Nacional Económica y que se acompaña en el presente otrosí.

Según la referida Resolución Exenta FNE N°199, en caso de ausencia o impedimento del titular del cargo de Fiscal Nacional Económico³⁹, el primer subrogante que lo reemplaza por el solo ministerio de la ley, es el Sr. Felipe Cerda Becker, titular del cargo de Subfiscal Nacional.

Sin embargo, como se indica en el certificado firmado por el Jefe (S) de la División de Administración y Gestión de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 16 de diciembre de 2022, también acompañado en el presente otrosí, el Sr. Felipe Cerda Becker se encuentra haciendo uso de licencia médica desde el día 4 de diciembre de 2022 y hasta el 2 de enero de 2023; razón por la cual también se encuentra impedido de subrogar el cargo de Fiscal Nacional Económico.

En dicha situación y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4°, inciso final, y 80° de la Ley N°18.834, y al dictamen N°46.852 de 2006 de la Contraloría General de la República, procede que subrogue al cargo de Fiscal Nacional Económico el siguiente funcionario en el orden de subrogancia establecido en la Resolución Exenta FNE N°199, ejerciendo en consecuencia por el solo ministerio de la ley como Fiscal Nacional Económico Subrogante (s), para todos los efectos legales.

TERCER OTROSÍ: Solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial, con domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Víctor Santelices Ríos, don Eduardo Aguilera Valdivia, don Cristóbal Méndez Mera y doña Magdalena Cox Larraín, todos de mi mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente conmigo y con todos los apoderados de esta causa. Asimismo, fijo como medio de notificación electrónica de esta abogada patrocinante y de los apoderados recién designados, la siguiente casilla de correo electrónico: notificaciones@fne.gob.cl.

³⁹ Situación que actualmente se configura, dado que, desde el día 12 de diciembre de 2022, el cargo titular de Fiscal Nacional Económico se encuentra vacante, al haber finalizado el período del último titular del mismo, Sr. Ricardo Riesco Eyzaguirre y no haberse realizado hasta esta fecha, el concurso mediante el cual se designará a un nuevo titular del referido cargo.