

Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Vistos:

En causa Rol N°315-2016, Ingreso Corte Suprema N° 44.266-2017, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Conadecus contra Cencosud S.A.", se comparece en representación de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile demandando a Cencosud S.A., acusando que en la celebración del contrato de arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral S.A., y Cencosud Shopping Centers S.A., por el cual la primera dio en arriendo a la segunda el inmueble ubicado en calle Errázuriz N° 1040 en la comuna de Valdivia, se infringió el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Refiere que el incumplimiento anotado es el resultado de infringir con la celebración del contrato la Resolución N°43/2012 del TDLC, en cuya virtud se declaró que la fusión consultada entre SMU S.A. y Supermercados del Sur (SDS) S.A., se ajustaba a las normas del mentado Decreto Ley, siempre y cuando se cumplieran determinadas condiciones, entre ellas, la Condición Primera, acorde con la cual se establecieron los siguientes puntos: 1) SMU S.A. o sus relacionadas, según corresponda, deberán desinvertir uno de los locales que se le entregan como opciones en 18 comunas del sur de país. En la comuna de Valdivia, cualquiera de las siguientes opciones: el local ubicado en Arauco 697 o el situado en Errázuriz 1040. También deberá enajenar los centros de distribución que operaba Supermercados del Sur, ubicados en las comunas de



Concepción, Osorno y Pudahuel; y a lo menos una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por esta última, que no estén siendo utilizadas comercialmente a la fecha de la consulta por SMU S.A. 2) Todos los activos indicados deberán ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente. 3) El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente, con SMU S.A. ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de esta Resolución. 4) El proceso de enajenación deberá estar completado dentro de 8 (ocho) meses, contados desde la fecha en que la presente resolución se encuentre ejecutoriada. 5) La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Fiscal Nacional Económico sea oportunamente informado, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso de enajenación de estos activos, con el fin de que dicha autoridad cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga.

Entre los antecedentes de contexto explica, en síntesis, que dicha resolución fue dictada en el marco del proceso de consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., siendo indudable que de ella resulta obligado directamente Cencosud dada la participación superior al 28%



que mantiene en el mercado supermercadista, en circunstancias que la condición es clara en orden a que el adquirente de los activos no podía tener una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional. En ese sentido destaca que dicha obligación debe ser interpretada en sentido amplio, puesto que se trata de una medida estructural de desinversión impuesta con motivo de la fusión de SMU S.A. y Supermercados del Sur, de tal suerte que se erige como una obligación jurídico administrativa que afecta no solo a SMU, sino que, además, a Cencosud y Walmart, más aun si se tiene en consideración que la demandada participó del procedimiento no contencioso de consulta reclamando inclusive de la resolución que puso término a dicho procedimiento ante el máximo tribunal, razón por la que Cencosud no puede desconocer la calidad de sujeto obligado. Es por eso que si bien es viable que Cencosud tenga presencia en la comuna de Valdivia, de ningún modo ello podía ser en el inmueble sobre el que recae el contrato de arrendamiento celebrado con Inmobiliaria Catedral S.A.

En virtud de lo expuesto, solicita que se acoja la demanda y se declare que Cencosud incumplió la Condición Primera de la Resolución N°43/2012 y, con ello, que infringió el inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley N° 211. Asimismo, solicita que se ordene a Cencosud poner término al contrato de arrendamiento, se imponga una multa y se condene a Cencosud al pago de las costas.

A continuación refiere que la demandada no sólo



transgrede el contenido de la mentada resolución, sino que también infringe el avenimiento celebrado entre Cencosud y la Fiscalía Nacional Económica (FNE) el 24 de julio de 2008, en los autos caratulados "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S y Cencosud", seguidos ante este tribunal bajo el Rol I.C. N° 2.998-2008, en cuya virtud Cencosud se obligó a consultar ante el TDLC, en forma previa a su materialización "cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, directa o indirectamente (...)", con miras a evitar los efectos negativos sobre dicho mercado para consumidores y proveedores. Desde esa perspectiva, la demandante sostiene que la celebración del contrato de arrendamiento atenta en contra del avenimiento celebrado por Cencosud, en orden a que dicha convención es el reflejo de una operación de concentración de la industria supermercadista celebrada por el demandado sin consulta previa. Precisa que ello es evidente si se considera que se trata de un contrato de larga data que recae sobre un activo inmobiliario que por lo demás históricamente ha servido de asiento o locación a supermercados -Supermercados del Sur, luego Bigger y actualmente Jumbo-, con una clientela asociada al mismo, desincentivando a todas luces la entrada de un actor diverso a la industria, cuestión que es justamente aquello que se pretendió evitar con la celebración del citado avenimiento.

II.- Contestación.

Cencosud solicitó el rechazo de la acción, sosteniendo,



en síntesis, que actuó legítimamente, toda vez que al celebrar el contrato de arrendamiento en controversia no incumplió la Resolución N° 43/2012 como tampoco el avenimiento señalado por la demandante. Aclara que Conadecus pretende extralimitar los efectos de la Condición Primera de la Resolución que estima infringida, al intentar su aplicación a situaciones acaecidas incluso con posterioridad a su cumplimiento cabal por el sujeto obligado a ello.

Explica que la propietaria del inmueble es Inmobiliaria Catedral perteneciente al grupo de empresas Bayelle, compuesto por 28 locales comerciales, un local de amplias superficies y 370 estacionamientos, todo lo cual es parte integrante del "Centro Comercial". Durante el mes de marzo de 2001 comenzó a funcionar en el local de amplias superficies un supermercado de la marca comercial Bigger, bajo la razón social Comercial Bigger Valdivia Limitada, de propiedad del mismo grupo anotado, el que, posteriormente, en el año 2008, vendió las operaciones y la marca Bigger a la Sociedad Comercializadora del Sur Seis Limitada, de propiedad de SDS, manteniendo únicamente el área inmobiliaria del negocio, celebrando entonces un contrato de arrendamiento sobre el local de amplias superficies. Luego, el 12 de enero de 2011, la Sociedad Comercializadora del Sur Seis Limitada dio en subarrendamiento dicho local a su relacionada SDS, la que, más tarde, esto es, el 27 de febrero del mismo año, cedió y transfirió a Rendic Hermanos S.A., filial de SMU (Rendic/SMU), los derechos que para ella emanaban del primer



contrato, de modo de que ésta última sociedad pasó a tener la calidad de arrendataria respecto de Inmobiliaria Catedral, dueña del inmueble.

El 20 de septiembre de 2011 SMU formuló una consulta ante el TDLC relacionada con los efectos para la libre competencia con motivo de la fusión con SDS, siendo aprobada mediante la Resolución N° 43 dictada el 12 de diciembre de 2012, pero sujeta a seis condiciones, dentro de las cuales SMU debía enajenar a un mismo adquirente, con una participación de mercado inferior al 25%, un conjunto de activos, como unidad económica, según se lee de la Condición Primera, a fin de potenciar la presión competitiva que enfrentaban las grandes cadenas de supermercados a través de la entrada y/o posible expansión de un competidor independiente, viable y efectivo.

Para dar cumplimiento a la condición impuesta por el TDLC para la fusión consultada, Rendic/SMU constituyó la sociedad Bigger SpA a la cual cedió todos los activos ordenados enajenar por la Resolución N° 43/2012, vendiendo la totalidad de sus acciones a Network Retail SpA, de propiedad de Guillermo Villablanca Rojas -Grupo Villablanca-, según consta del contrato de compraventa de acciones celebrado el 3 de junio de 2014, además de celebrar una serie de contratos conexos, entre ellos cesiones de contratos de arrendamiento y contratos de subarrendamiento de los locales comerciales incluidos en los activos de la unidad económica. De esa manera, agrega que Network Retail operó el supermercado



Bigger desde junio de 2014 hasta agosto de 2015, oportunidad en la que el local de amplias superficies fue cerrado, cesando dicha sociedad sus operaciones de forma definitiva y voluntaria a causa de los graves problemas financieros que en ese entonces enfrentaba.

Asimismo, considerando el cierre completo de las operaciones del supermercado Bigger en Valdivia y la imposibilidad de Rendic/SMU de operar dicho supermercado, debido a la Resolución N° 43, Rendic/SMU y Bigger SpA acordaron el término anticipado del contrato de subarrendamiento, según se lee del instrumento privado suscrito el 21 de abril de 2016. Así también, de manera paralela, Inmobiliaria Catedral hizo uso de la facultad de poner término anticipado al contrato de arrendamiento celebrado con Rendic/SMU dejando de formar el local de amplias superficies parte de los activos de Rendic/SMU y con ello quedar materialmente en poder de su dueño, esto es, Inmobiliaria Catedral. Por su parte, añade que el 30 de octubre de 2015, Bigger SpA inició un procedimiento de reorganización concursal el que finalmente no fructificó, declarándose entonces en insolvencia y solicitando su liquidación voluntaria el 2 de mayo de 2016.

Es por ello que no existe una vulneración de la mentada Resolución N° 43 al momento de celebrar el contrato de arrendamiento por el cual Inmobiliaria Catedral entrega en arriendo a Cencosud el "Centro Comercial", pues al 5 de agosto de 2016 había transcurrido aproximadamente un año



desde que en el local de amplias superficies dejó de funcionar el supermercado Bigger, no siendo más que un casco vacío utilizable para cualquier tipo de actividad del retail que requiere de una gran superficie, tal como una tienda de mejoramiento del hogar.

En razón de los antecedentes expuestos, refiere que no existe el incumplimiento que se le reprocha, por cuanto de conformidad a los términos anotados, la obligación que impone la Resolución N° 43 se extingue con la enajenación de la unidad económica a un mismo adquirente que no supere el 25% de participación en la industria supermercadista, tal como aconteció a través de la celebración del contrato de compraventa de acciones y sus contratos anexos, acorde fue señalado, de tal suerte que no puede pretender atribuirse a dicha resolución la pretensión de perpetuar y gravar a cada uno de los activos que forman parte de dicha unidad económica más allá de la operación particular regulada en la consulta y aun después de cumplidas las condiciones fijadas en ella. Así pues, sostiene que es inconcuso que el contrato de arrendamiento cuestionado, excede el alcance y aplicación de la mentada resolución.

Desde la misma perspectiva, refiere que es claro que el único sujeto obligado por la Resolución N° 43 es SMU, lo que quedó de manifiesto en la Sentencia N° 147/2015 dictada por el TDLC con ocasión del incumplimiento de las condiciones impuestas en la Resolución N° 43, a propósito del requerimiento presentado por la FNE en contra de SMU, por el



incumplimiento de la Condición Primera, entre otros. Es así que incluso el TDLC evidenció el incumplimiento de SMU como consecuencia de la suscripción de un Contrato de Operación Transitoria por el que los riesgos, costos y el beneficio económico derivados de la explotación de los activos que SMU debía desinvertir, siguieron correspondiéndole incluso con posterioridad al plazo de ocho meses fijados en la Resolución N° 43. En ese mismo orden de ideas, en la sentencia dictada al efecto por el máximo tribunal se estableció el incumplimiento de SMU de la Condición Primera, debido a que las obligaciones impuestas en el Contrato de Operación Transitoria y el Contrato de Prestación de Soporte habrían permitido mantener en el haber de SMU una serie de decisiones relativas al negocio en los locales vendidos. Ahora bien, en cuanto a los contratos de arrendamiento y subarrendamiento de los locales comerciales y centros de distribución incluidos en la unidad económica, se estableció por el TDLC que la mayoría de tales contratos conexos tuvieron por objeto perfeccionar la operación económica de que da cuenta el Contrato de Compraventa de Acciones celebrado entre SMU y Network Retail. De lo dicho no puede sino colegirse que justamente con ocasión de la celebración de tal contrato en conjunto con aquellos conexos, son los instrumentos a través de los cuales se perfeccionó y dio cumplimiento a las tantas veces citada Condición Primera.

Todo ello permite asentar que la celebración del contrato de arrendamiento entre Cencosud e Inmobiliaria



Catedral no es más que el resultado de un hecho sobreviniente, cual es que Bigger SpA, quien fue el operador que adquirió la unidad económica, salió del mercado supermercadista a causa de los problemas económicos que le aquejaban, cuestión que de ningún modo permite asentar que "revivieron" las obligaciones contenidas en la Condición Primera, otrora cumplida por SMU.

Esgrime que tampoco se puede considerar que exista un incumplimiento del avenimiento suscrito entre la FNE y Cencosud, pues acorde con su mérito ésta última quedó sujeta a la obligación de consultar cualquier operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, sea directa o indirectamente, tal como fue ordenado por el TDLC en la sentencia N° 65/2008, de la cual surge el equivalente en comento, lo que en definitiva implica consultar cuando se trate de la adquisición o toma de control de un operador en la industria supermercadista, sea de manera directa o indirecta. Explica que en este caso no concurre dicha circunstancia cuestión que exonera a Cencosud de la obligación de consultar, puesto que la celebración de un contrato de arrendamiento no constituye una operación de concentración, en los términos definidos por la FNE, el TDLC y la ley. En efecto, expone que para sustentar que Cencosud adquiere o toma el control de un operador en la industria supermercadista, de tal suerte de resultar aplicable la obligación de consultar, es necesario que el contrato de arrendamiento recaiga sobre activos pertenecientes a un



agente económico con el cual Cencosud pudiera alinear sus incentivos, disminuyendo la autonomía en la toma de decisiones comerciales, cuestión que no sucede en el caso de autos, en tanto el local de amplias superficies no es un activo que constituya una entidad competitiva o agente económico, así como tampoco a través de dicha convención se elimina a algún operador en la industria supermercadista.

Así pues, refiere que el mentado contrato únicamente versó sobre el arriendo a largo plazo de un inmueble vacío, sin operaciones por más de un año y apto para servir para cualquier operación del retail, siendo el local un activo desnudo, un factor de producción desprovisto de todos los elementos que le brindan funcionalidad a un negocio en marcha y que lo transforman en un agente económico en el mercado. Es así que en sí mismo tal activo no permite la continuidad del negocio supermercadista que anteriormente operaba Bigger SpA. De ese modo, es indudable que el contrato no configura la adquisición de un competidor sino que solo se trata de un escenario de crecimiento orgánico de la empresa.

Del mismo modo, agrega que el contrato en referencia no elimina a ningún operador en la industria supermercadista, teniendo en cuenta que Bigger SpA dejó de ofrecer bienes y servicios en el mercado a partir de agosto de 2015, empresa que por lo demás salió del mercado porque no fue capaz de competir de manera eficiente en el mercado, cuestión que es independiente e inimputable a Cencosud. Así también destaca que la propietaria del inmueble, Inmobiliaria Catedral no es



un operador en la industria supermercadista.

En razón de lo señalado, refiere que la demandante realiza una interpretación excesiva de la obligación de consulta que recae sobre Cencosud, tanto más si se considera que tal como lo sostuvo otrora el TDLC en la sentencia 65/2008, dicha obligación constituye un requisito o carga especial, lo que, por de pronto, obliga a su interpretación en forma restrictiva. Concluir de una manera diversa, llevaría a que Cencosud estuviera compelido de consultar sobre toda adquisición individual de factores de producción, vale decir, del arriendo de cualquier local para el desarrollo de un supermercado.

Desde otra perspectiva, sostiene que la celebración del contrato de arrendamiento en ningún caso afecta o restringe la libre competencia, sino que, por el contrario, promueve la competencia en la industria supermercadista en Valdivia, puesto que la participación de Cencosud en la ciudad alcanza al 10%, a través de la participación del supermercado Santa Isabel, de modo que, la apertura del primer Jumbo en la zona aportará dinamismo a la vez de que contrarrestará el poder de los otros operadores en la zona, Walmart y SMU.

En último término sostiene que no es procedente la aplicación de multas en contra de la demandada, en tanto no concurren los presupuestos para ello acorde con los términos del artículo 26 del DL 211.

III.- Sentencia



El TDLC señala que para establecer el incumplimiento alegado respecto de la Resolución N° 43/2012, es pertinente determinar si acaso la mentada Condición Primera dispuesta en ella, obligaba a SMU o a todos los adquirentes y, en segundo término, si tal condición recaía sobre los activos que conforman una "unidad económica", entre la que se incluye el local de amplias superficies o sobre cada uno de los activos. En ese sentido destaca que en la sentencia 147/2015 se declaró que la finalidad directa y principal de la Condición Primera de la Resolución N° 43 consistía en que al cabo de los ocho meses establecidos para su cumplimiento, las condiciones de competencia en aquellos mercados geográficos en que se produjo un aumento importante en la concentración como consecuencia de la fusión entre SMU y SDS se encontraran restablecidas. Únicamente como finalidad accesoria, tal condición tuvo por propósito el potenciar la entrada de un nuevo competidor al mercado. En efecto, de acuerdo a la Resolución N° 43/2012 se estableció que la operación de concentración entre SMU y SDS eliminó por completo la competencia entre los locales de tales firmas, consolidándose de esa manera el poder de mercado de SMU en algunas localidades.

Destaca que las medidas fijadas como condiciones para aprobar una operación de concentración, sean conductuales o estructurales, se erigen como deberes de conducta destinadas a mitigar los riesgos o las lesiones a la libre competencia causados por el hecho, acto o convención revisado. Es por



ello que, en tal carácter, establecen obligaciones que rigen únicamente para quienes sean el destinatario de dicha medida, el que, en el caso que se revisa, no puede ser otro que el consultante de la operación a que dio lugar la Resolución N° 43, es decir, SMU. A mayor abundamiento, refiere que del tenor literal de la Condición Primera se advierte que la obligación impuesta dice relación con el deber de "enajenar" y no con la obligación negativa de "no adquirir" o "no gravar" los inmuebles que se mencionan en ella.

Acerca del segundo punto a dilucidar, se establece que es claro que la obligación de enajenar que pesaba sobre SMU, recaía sobre una "unidad económica", vale decir sobre un conjunto de bienes entre los cuales se encuentra el inmueble sub lite, descartando entonces que aquella obligación recayera sobre bienes específicos, integrantes o no de la mentada unidad.

En razón de ello, se establece que SMU dio cumplimiento a la obligación impuesta en la Resolución N° 43 al enajenar la unidad económica conformada por el conjunto de bienes detallados en la Condición, situación que acaeció cuando se produjo la enajenación de Bigger SpA, cuya propietaria era SMU, a Network Retail del grupo empresarial Villablanca en el año 2014, destacando que además tal cumplimiento fue reconocido por el TDLC en la sentencia 147/2015.

De esa manera, se concluye que no es procedente declarar el incumplimiento de la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012.



Acerca del incumplimiento del avenimiento suscrito en el marco de la Sentencia N° 65/2008, acorde con el cual se establece la obligación de Cencosud de consultar de manera previa cualquier operación de concentración en la industria supermercadista, se establece que lo crucial radica en determinar si la celebración del contrato de arrendamiento del inmueble constituye una operación de concentración, esto es, la adquisición o toma de control de un operador. En relación a ello se reconoce que ciertamente dichos contratos pueden ser considerados como operaciones de concentración, pero para ello se deben reunir ciertas condiciones que en este caso no concurren, pues aun cuando se trata de un contrato a largo plazo, cuestión que no resulta controvertida (30 años prorrogables por dos períodos iguales y sucesivos de 10 años cada uno), no concurren los otros dos requisitos para ser considerada tal convención como una operación de esa naturaleza.

En efecto, de conformidad a los antecedentes se establece que el contrato no fue celebrado con un competidor del mercado relevante, en tanto acorde con la prueba rendida en el proceso, aparece que el inmueble es de propiedad del grupo empresarial Bayelle, no se evidencia que exista algún vínculo de propiedad entre Inmobiliaria Catedral y SMU o alguna de sus sociedades relacionadas, sin que tampoco obren antecedentes que desvirtúen que la mentada inmobiliaria pertenece al grupo empresarial aludido. Agrega que tampoco existen antecedentes que permitan asentar que Inmobiliaria



Catedral o el grupo empresarial que integra, sean por sí mismos operadores de la industria supermercadista, vale decir, un agente económico competidor de Cencosud. Por el contrario, la prueba rendida permite asentar justamente la circunstancia contraria.

Tampoco se cumple el segundo de los presupuestos que se exige para ser considerada dicha convención una operación de concentración, a saber, que el objetivo de la misma haya sido el traspaso de un "supermercado" y los activos, tangibles e intangibles, necesarios para su operación. Ello por cuanto de la prueba incorporada al proceso, se advierte que sólo existió un activo desnudo traspasado en virtud de un contrato de arrendamiento, esto es, el inmueble incluyendo el local de amplias superficies semi vacío y no otros activos tangibles o intangibles asociados a la operación de supermercado, tales como clientela, contratos con proveedores, propiedad intelectual u otros, cuestión que surge no solo de los términos del contrato de arrendamiento, sino además del hecho de que a la fecha de su celebración había transcurrido alrededor de un año desde que otro supermercado operaba en el inmueble, lapso suficiente para al menos presumir que la clientela en los hechos no fue traspasada. Todo ello conforme se analiza pormenorizadamente de acuerdo a la prueba rendida por el demandado, acorde con la cual resulta evidente la inexistencia del traspaso de activos en los términos señalados.



Es por ello que se establece que la celebración del contrato de arrendamiento no constituye una operación de concentración debido a que Inmobiliaria Catedral no es un operador de la industria supermercadista, así como no elimina a un competidor del mercado, en tanto Bigger SpA suspendió sus operaciones un año antes de la celebración de la convención a causa de problemas financieros y por tanto no existió un traspaso de activos tangibles e intangibles relevantes para la operación de un supermercado por parte de esta sociedad a la demandada, razón por la cual no existe el incumplimiento del avenimiento en los términos anotados.

En contra de la sentencia antes referida se dedujo recurso de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se aduce, en el primer acápite, que el TDLC erró al considerar que la celebración del contrato de arrendamiento no vulnera la mentada Resolución N° 43/2012 emitida con ocasión de la fusión entre SMU y Supermercados del Sur S.A., puesto que es indudable que el adquirente de los activos que debían ser objeto de enajenación no podía tener una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional.

En relación a ello, sostiene que es innegable que la participación en el mercado del demandado supera dicho margen, cuestión que torna evidente que tanto el TDLC como el máximo tribunal no hubiesen aprobado la fusión entre SMU y



SDS de considerar que tan solo cuatro años después de haber sido dispuesta la enajenación de los activos de SMU, ellos pudiesen ser adquiridos no sólo por la demandada sino también por SMU. Así, enfatiza que la medida dispuesta en la Condición Primera, es perpetua y permanente no solo para SMU sino que también para cualquier actor que mantenga un porcentaje en el mercado supermercadista a nivel nacional superior al 25%.

Lo anterior no es sino el resultado de considerar que la finalidad económica de las medidas estructurales dispuestas en la Resolución N° 43/2012, era restablecer el orden competitivo al tiempo previo a la fusión, siendo ello evidente de la revisión de la Sentencia N° 147/2015, dictada con ocasión del requerimiento formulado por la FNE contra SMU, a raíz del incumplimiento de una parte de las medidas a la que quedó constreñida, en tanto según quedó asentado en ella, tales medidas no solo fueron dispuestas en aras de posibilitar la entrada al mercado de un cuarto competidor, sin cerrarlo en tres empresas dominantes como sería el caso de permitir que cualquiera otra de las dos de este tipo adquiriese parte de los activos que se ordenó desinvertir a SMU, sino que, además, con el propósito de impedir los riesgos detectados con la fusión. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad cierta del TDLC de modificar el alcance de las condiciones otrora establecidas, siempre que exista una variación de las circunstancias de hecho, jurídicas o económicas que torne necesario pronunciarse en tal sentido,



dada la naturaleza dinámica de los mercados, tal como parece ser el caso de que se conoce. Pero, de ningún modo, es procedente que Cencosud interprete de manera antojadiza una resolución que emana del TDLC, ratificada por el máximo tribunal, como tampoco tener por fenecida una de sus condiciones.

En relación al sujeto obligado por la Resolución N° 43/2012, destaca que el TDLC incurre en un yerro al establecer que su cumplimiento recae sobre SMU, existiendo razones directas e indirectas que permiten sostener que también el demandado resulta compelido a acatar dicha resolución. En cuanto a las razones directas, refiere que Cencosud, a través de sus marcas Jumbo y Santa Isabel, es el segundo operador del mercado con una participación que supera el 28% en el mercado supermercadista a nivel nacional, siendo evidente que de acuerdo al tenor de la Condición Primera los adquirentes no podían mantener una participación que supere el 25% del mercado en referencia, razón por la que se erige como una obligación jurídico administrativa para Cencosud, Walmart y SMU. Al mismo tiempo, destaca que indirectamente la Resolución N° 43/2012 recae en Cencosud, puesto que dicha empresa participó del proceso no contencioso que dio origen a la mentada resolución, reclamando inclusive de ella ante la Corte Suprema dada la imposición de medidas estructurales que le impedían en definitiva la adquisición individual de los inmuebles liberados por SMU, siendo desechados sus argumentos.



En relación al incumplimiento que se atribuye a Cencosud acerca de la cláusula quinta del avenimiento celebrado entre la FNE y Cencosud, en cuya virtud esta última se obligó a consultar previamente al TDLC sobre toda operación de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, destaca que en la especie la celebración del longevo contrato de arrendamiento que se impugna, guarda correspondencia con una operación de este tipo, desde que recae sobre un inmueble que se utilizaba como supermercado y donde además operaba una cadena con idénticos fines, tanto más si se considera que conserva su edificación y locales comerciales. Asimismo, reafirma lo anterior el hecho de que en dicha operación interviene una subsidiaria o relacionada con Cencosud, enmarcándose dentro de aquellos casos en los que recibe aplicación lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores. Del mismo modo, refiere que es importante considerar que no es baladí hacerse de un activo inmobiliario que históricamente ha servido de locación a un supermercado de otro activo que no reviste tal calidad, entre otras razones, porque donde había un competidor, ya no lo habrá, y donde hubo fidelidad, la adquirente la continuará, tanto más si no existe dinamismo competitivo. Desde esa perspectiva, existe por una parte una demanda cautiva, mientras que, de otro lado, se avizora la consolidación de un poder de mercado, desincentivando de esa manera la entrada de otro actor. De ahí que la FNE entienda por operación de concentración las fusiones, la adquisición de acciones como



activos, y que el nuevo artículo 47 letra d) del Decreto Ley N° 211 entienda por operaciones de este tipo "el control sobre los activos de otro a cualquier título", sean tangibles como intangibles, bajo determinados escenarios. Es por eso que también Cencosud a través de sus actuaciones en sede de competencia ha entendido que la celebración de contratos de arrendamiento de locales de supermercado deben ser sometidos a consulta en los términos que establece el artículo 31 del mentado Decreto Ley.

En este caso Cencosud intenta asentar que se trataría de un inmueble cualquiera, un sitio sin mayor importancia, un activo desnudo no afecto a algún gravamen como tampoco con una historia relacionada al rubro, cuestión que, a pesar de haber sido ratificada por la sentencia impugnada, no resulta ser efectiva, tal como se desprende de la Guía FNE Operación de Concentración.

Así conforme a su texto: 1) El control de los activos puede ser adquirido por medios de facto o de jure, a saber, derechos reales o personales que otorguen el dominio, la posesión o la mera tenencia, el uso o goce, o cualquier otra clase de derechos que permitan influir decisivamente en la explotación de los activos. En el caso de que se conoce, se trata de un contrato de arrendamiento por un lapso de 30 años, prorrogable automáticamente por otros dos períodos de 10 años cada uno, y una vez vencido no puede ser ofrecido el activo a ningún tercero competidor y de manera preferente a Cencosud. 2) Para que el cambio de control de activos dé



lugar a una operación de concentración, es necesario que dichos activos sean relevantes y sustanciales como suficientes para producir un impacto en el mercado y en la competencia, otorgando al adquirente la posibilidad de desarrollar o reforzar su posición competitiva. 3) Los activos adquiridos deben permitir el desarrollo de una actividad económica continua, cuestión que en la especie no solo es el resultado del lapso por el cual se pactó el contrato, sino también del carácter esencial que se le otorgó a la vigencia de los permisos administrativos, así como de aquellos de índole urbanística al momento de su celebración, todo lo cual otorga continuidad al giro que existía y que existirá en el local. 4) Habilidad del activo. En cuanto a ello sostiene que la circunstancia de que los activos no sean usados o no vayan a serlo al tiempo de la adquisición, o el hecho que el vendedor haya cesado en sus actividades económicas, no resulta ser decisivo en la determinación de la relevancia de tales activos para la competencia. La capacidad de tales activos para poder continuar desarrollando la actividad económica debe mantenerse o, al menos, ser posible, dentro de un período razonable. En este punto, refiere que es indiscutible que el término del contrato entre Inmobiliaria Catedral S.A. y Rendic Hermanos S.A. terminó el día 21 de abril de 2016, celebrándose el contrato impugnado tan solo cuatro meses después, considerando incluso que las visitas al inmueble por los ejecutivos de Cencosud acaecieron a fines del año 2015, vale decir, estando abandonado el inmueble.



Desde esa perspectiva asienta que el inmueble estuvo abandonado y sin uso al menos entre fines del año 2015 y la primera mitad del año 2016, sin que exista discusión sobre tal punto. Sin embargo, ello no permite sostener que se trata de un inmueble desnudo, prácticamente inservible, como si se tratase de un terreno baldío, pues en esta materia lo determinante no son las condiciones e infraestructura del inmueble en cuestión, sino su ubicación y los permisos ligados al mismo que permiten dar continuidad al giro del inmueble y que generan un derecho adquirido para el beneficiario.

Destaca a su vez la falta de prudencia con la que ha obrado el demandado al momento de realizar la inversión en cuestión.

Desde otra perspectiva, refiere que en la especie no se trata de que CONADECUS no pretenda el establecimiento de un supermercado Jumbo en la ciudad de Valdivia, no siendo ello el punto de debate, sino que, por el contrario, este debe centrarse en el cumplimiento del orden público económico por el demandado. Lo determinante en este asunto es establecer que ciertamente Cencosud puede invertir en la ciudad, lo que, por lo demás realiza a través de Santa Isabel y tiendas Johnsons, pero no en el inmueble ubicado en Errázuriz 1040, a menos que se haga la consulta respectiva y ella sea aprobada.

Segundo: Que en el análisis de la reclamación es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula



la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la



justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña en "Notas Sobre Orden Público Económico", en Gaceta Jurídica N° 135 (1991) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastián



Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Tercero: Que, en síntesis, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica: a) la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar la moral, el orden público, la seguridad nacional y el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; b) el Estado tendrá preferentemente un papel subsidiario; c) el Estado tendrá un rol principal en materia de servicio público; d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado; e) para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador mediante una ley de quórum calificado; f) el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común;



j) el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; k) se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el orden público económico.

Cuarto: Que el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del



ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Quinto: Que, como se ha destacado con anterioridad, esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho comparado, ha evolucionado en la aplicación de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula.

En nuestro país el primer hito, está vinculado a la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959 que dispuso que correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

"La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país, acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada



defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados."

Esta ley substancialmente dispuso: "Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

"Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."



Posteriormente la Ley N°15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley N°211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:

“1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;

2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;

3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;

4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;



5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;

6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines.”

Sexto: Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público” (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda



Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

Séptimo: Que, en este mismo sentido, se ha señalado que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

Octavo: Que una vez asentadas las ideas anteriores, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será



sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

Noveno: Que los aspectos reseñados precedentemente permiten precisar la materia objeto del presente recurso, esto es, el estudio de un caso relativo al derecho de la libre competencia, en especial el cumplimiento de las



condiciones particulares de regulación de un mercado relevante por parte de la autoridad competente. En específico, el cumplimiento de la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC, considerando el contrato de arrendamiento celebrado entre Cencosud e Inmobiliaria Catedral.

Décimo: Que, en el caso concreto, el análisis debe ser integral, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, toda vez que es éste el que entrega las facultades para conocer de los presentes autos. Así, el examen se efectuará a partir de la denuncia del incumplimiento de una medida de mitigación impuesta por el TDLC al aprobar la fusión entre SMU y SDS. En razón de lo anterior, conviene tener presente ciertas consideraciones relativas al marco normativo que regula el procedimiento no contencioso que origina la medida cuyo incumplimiento se reprocha por Conadecus.

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los*



asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución.

El Tribunal, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión. Ello ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto anticompetitivo específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas de mitigación, correctivas o prohibitivas dispuestas según las



particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia.

La potestad consultiva busca *“prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”* (Domingo Valdés Prieto, *“Libre Competencia y Monopolio”*, página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, *“Libre Competencia y retail un análisis crítico”* página 315).

Undécimo: Que se ha señalado por esta Corte que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de



dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad. El legislador estableció también la posibilidad de que terceros interesados puedan demandar o el Fiscal Nacional Económico requerir, en caso que estimen que una operación no consultada -se haya perfeccionado o no- tienda a impedir la libre competencia.

La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante.

Duodécimo: Que, por otro lado, puede indicarse que "El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el magistrado tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social" (...) "el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" ("Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme



Marinoni, Álvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010 pág. 138-139).

Así, el TDLC, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición constitucional por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular.

En el contexto descrito, la regla general establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial y el derecho consagrado en el artículo 23 de la mencionada Carta Fundamental, esto es el derecho a adquirir toda clase de bienes, cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus competidores y por ende se ponga en peligro el bien común.

De lo anterior es posible concluir que el incumplimiento de la sentencia judicial que impone las condiciones constituye una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N°211, máxime si las condiciones impuestas justamente tienden a prevenir su ejecución, en la medida que el acto sometido a conocimiento del tribunal tiene la aptitud de lesionar la competencia, empero, tal efecto es contrarrestado por las medidas de mitigación impuestas.



Décimo tercero: Que, asentadas las ideas anteriores, conviene analizar el contexto de la medida de mitigación que se acusa fue incumplida, que se encuentra en la parte resolutive de la Resolución N° 43 del TDLC, del 12 de diciembre de 2012, como Condición Primera.

Su origen está en el sometimiento a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) la operación de concentración consistente en la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. (SDS) celebrada con fecha 17 de Septiembre de 2011, solicitando en conformidad a los artículos 18 y 31 del Decreto Ley N° 211 que el Tribunal apruebe las medidas de mitigación que propone para efectos de velar por las normas de libre competencia.

En dicho proceso se hizo parte aportando antecedentes y formulando observaciones, entre otros, Cencosud S.A., quien señaló que debía ser el TDLC o la Fiscalía Nacional Económica (FNE) las que determinen cuáles serían los locales a desinvertir y que ello se debía realizar en una licitación pública donde su representada no debía ser discriminada, permitiendo su participación sin necesidad de realizar consulta previa.

La resolución pronunciada, una vez concluido el procedimiento, establece, en aquello que es de interés, que una vez analizados los riesgos que la operación consultada suscita, así como también las eficiencias que de ella derivan, aparece que éstas últimas no resultan ser un contrapeso suficiente de los riesgos asociados a la



operación, siendo de esa manera indispensable la adopción de medidas de mitigación, pues solo de ese modo existe un contrapeso efectivo de los efectos negativos a la libre competencia.

Décimo cuarto: Que, Cencosud impugnó la Condición Primera impuesta por la Resolución N° 43, en cuanto por ella se estableció que SMU S.A. o sus empresas relacionadas, debían enajenar diversos locales supermercadistas, centros de distribución y marcas comerciales, disponiéndose que éstos debían ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, amén de establecer en el numeral 3 una limitación al adquirente, estimando, en términos generales, que al valerse de la atribución legal de fijar condiciones para que un negocio jurídico se adapte fielmente al Decreto Ley N° 211, el TDLC se ha extralimitado y se extiende a materias que exceden su ámbito de actuación, privando a su representada del legítimo ejercicio de sus derechos asegurados por la Constitución Política de la República, tanto para adquirir nuevos locales supermercadistas como para dedicarse a la actividad económica que le es propia en ciertas localidades.

Décimo quinto: Que, ciertamente, las alegaciones formuladas por Cenconsud S.A. fueron desestimadas por esta judicatura en los autos rol 346-2013 al estimar que el TDLC, una vez detectado el riesgo inminente a la libre competencia, *"tiene las facultades para imponer aquellas medidas de mitigación que tiendan a restablecer el equilibrio competitivo existente en el mercado antes de la fusión. En*



tal sentido, la medida impuesta, esto es la venta de los locales que se ordena desinvertir como unidad económica, impidiendo su adquisición por los incumbentes que tengan más del 25% del mercado, es estrictamente necesaria, puesto que lo que pretende en definitiva el tribunal es potenciar o permitir el arribo de un cuarto competidor en el mercado, sin cerrarlo en tres empresas dominantes, cuestión que de modo alguno puede lograrse si parte de los activos que debe desinvertir SMU S.A. son adquiridos por las otras dos empresas incumbentes. En otras palabras, no tendría sentido ordenar la desinversión si éstas pudieran adquirir los activos, puesto que siempre el mercado quedaría reducido a tres actores y no a cuatro, como lo eran en el escenario pre-fusión.

Por otro lado, no resulta efectiva la afirmación del reclamante respecto a que el TDLC prescindiera en este caso del mercado relevante, el cual tiene una naturaleza eminentemente local, pues este tribunal ha señalado expresamente que si bien el mercado relevante es local, lo cierto es que las empresas que ejercen una posición dominante tienen una cobertura nacional, están presentes en todas las regiones del país, cuestión que debe relacionarse con la circunstancia de que una de las barreras de entrada está dada por la escala mínima eficiente. Así, el equilibrio en la competencia sólo se logra posibilitando la entrada de un cuarto actor, cuestión que hace no sólo racional, sino que imprescindible la medida de mitigación ordenada.



Por las mismas razones, no se constata la vulneración de la igualdad ante la ley esgrimida por el reclamante, quien se siente discriminado por la medida de mitigación impuesta. En este aspecto se debe señalar que aunque la Constitución Política prohíba en su artículo 19 N° 2 el establecimiento de diferencias arbitrarias, ello no significa que la Carta Fundamental haya excluido la posibilidad de establecer un trato diferente y proporcionado a las personas que se encuentran en una situación diversa y que obedezca a circunstancias objetivas y relevantes para la diversidad de trato que la ley introduce (...).

Finalmente, señala la reclamante que no existe peligro para la libre competencia al adquirir los locales que se deben enajenar por SMU S.A., puesto que ella sólo estaría interesada en la adquisición en aquellas comunas en las que a la fecha no está presente, de modo que la intervención del TDLC no se justifica, cuestión que determina que se imponga una medida que interviene el mercado, impidiéndole participar en él. Lo anterior no es efectivo, desde que en caso alguno se impide que Cencosud desarrolle proyectos económicos en esas comunas; el punto es diametralmente distinto, se le impide comprar los activos de SMU, lo que se justifica no sólo por lo reflexionado en los párrafos precedentes, en cuanto posibilitar la entrada de un cuarto competidor, sino porque además a través de ella se buscan impedir los riesgos detectados en la fusión. Desde esta perspectiva, el reclamante prescinde de un hecho esencial, se trata de la



venta de supermercados en funcionamiento, los que tienen una clientela formada. No es lo mismo emprender un proyecto desde cero -cuestión que puede realizar libremente Cencosud en esas comunas- a adquirir locales de supermercados de su competidor, pues los efectos en uno y otro caso son diametralmente distintos (...)".

Décimo sexto: Que el punto a dilucidar, esgrimido en el primer capítulo de la reclamación, se relaciona con el análisis de las exigencias previstas en la condición antes referida. En este aspecto, Cencosud aduce que la condición que se estima ahora infringida tiene por sujeto obligado únicamente a SMU S.A., quien por lo demás dio cumplimiento íntegro a las condiciones otrora impuestas, según quedó evidenciado en un proceso diverso motivado justamente en el incumplimiento denunciado por la FNE, sin que sea plausible interpretar la salida intempestiva de Bigger SpA como un hecho que permita restablecer condiciones fenecidas, razonamiento que es compartido por el TDLC, el cual refiere que la propia resolución que impuso la Condición Primera previó que la medida impuesta tenía por destinatario a SMU S.A., circunscrita a la obligación de enajenar una serie de activos en forma conjunta a un mismo adquirente con exclusión de aquellos con una participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, sin que sea plausible entender que la mentada obligación recae en sujetos diversos al único obligado y sobre bienes



determinados, como tampoco que sea comprensiva de una obligación que impida la adquisición de dichos bienes.

Si bien, en una primera aproximación, pareciera que lo realizado por el tribunal, resulta lógico, lo cierto es que una adecuada ponderación de las normas y principios que se aplican a la materia permite establecer que tal razonamiento es erróneo.

En efecto, existe un punto que no ha sido controvertido por las partes, esto es, que la Condición Primera se encuentra vigente, toda vez que no ha sido modificada por el TDLC, pues no se ha iniciado, hasta la fecha, el procedimiento respectivo para su modificación. Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que la presente causa es de naturaleza contenciosa, razón por la que es improcedente realizar un análisis específico de la posición de Cencosud frente a la adquisición de determinados activos de SMU, puesto que tal examen fue realizado, en un procedimiento no contencioso que culminó con la aprobación de la operación de concentración, bajo la imposición de medidas de mitigación, entre las cuales, precisamente, se encuentra la condición cuyo incumplimiento origina el inicio de estos autos, considerando que la medida dispuso la adquisición de determinados bienes como unidad económica, suprimiendo la posibilidad de ser adquiridos de manera disgregada, entre otros, por Cencosud.

En esta materia, se debe señalar que si bien las causas contenciosas, por su naturaleza, permiten discutir de manera



amplia todo aquello que se ha puesto bajo la órbita de competencia del tribunal, lo cierto es que tal vía no puede ser utilizada como un sustituto para resolver materias vinculadas a la modificación de condiciones o medidas de mitigación impuestas de una Resolución dictada en un procedimiento consultivo. En efecto, aceptar aquello implicaría dejar al mero arbitrio de las partes obligadas por la decisión adoptada en el procedimiento voluntario el cumplimiento de tales medidas quienes podrían determinar por sí y ante sí que las condiciones del mercado cambiaron y que, por ende, las medidas de mitigación ya no le afectan, omitiendo solicitar la modificación al TDLC. 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.

Pues bien, asentado lo anterior, se debe enfatizar que la Resolución N° 43/2012, que impone determinadas condiciones que en caso de no ser satisfechas causan concentración, no ha sido modificada.



En este aspecto, no puede soslayar esta Corte la contradicción evidente que existe entre el reconocimiento de vigencia de la Condición Primera antes referida y la alegación de no ser sujeto obligado por ella, toda vez que es la propia resolución la que señala que la totalidad de los bienes que se ordena desinvertir deben ser enajenados como unidad económica a un mismo adquirente que no posea determinada participación en el mercado, por lo que la referida condición sólo expresa aquello que fue constatado y, sobre su base, imposibilita la adquisición desarticulada de dichos bienes al disponer la enajenación en forma conjunta en manos de un adquirente distinto de los incumbentes que tengan más del 25% del mercado, con miras al ingreso de un cuarto competidor al mercado, a fin de no centrarlo en tres empresas dominantes, pero, más aun, con el propósito de impedir los riesgos detectados en la fusión. *Ergo*, negar esa prohibición, implica sostener, que al menos desde el punto de vista del demandado, tal condición no sería obligatoria por no ser el sujeto obligado, cuestión que, en los hechos, equivale a una alegación de falta de vigencia de la mencionada Condición Primera.

Décimo séptimo: Que, en este escenario, razón lleva la reclamante cuando señala que admitir el análisis que ha realizado el sentenciador, implica admitir que Cencosud pueda desarrollar conductas que tiene prohibidas sobre la base de su particular evaluación respecto de no considerarle como sujeto obligado por la condición, cuestión que no puede ser



admitida, toda vez que ante una Resolución que impone medidas conductuales a la incumbente -plenamente vigente- lo exigible es que aquella inicie el procedimiento no contencioso respectivo que permita dilucidar su situación actual en el mercado y analice la pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas.

Por lo demás, éste fue el criterio sostenido por el TDLC en la Sentencia N° 117/2011, en que se acoge el requerimiento de la FNE en contra de Jhon C Malone por infringir la prohibición contenida en la condición primera de la Resolución N° 1/2004, en cuyo fundamento octogésimo se señaló: *"Que, a juicio de este Tribunal, los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, vía una nueva consulta en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de la presente sentencia, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, pudiendo contar para ello -durante el procedimiento no contencioso respectivo- con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir en el mismo. Lo anterior*



encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie. De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el incentivo perverso de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta -en virtud de una especie de autotutela- que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo en consecuencia no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3° del DL N° 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición”.

El razonamiento reproducido precedentemente es plenamente compartido por esta Corte, sin que se visualice razón alguna que permita prescindir de él en el presente caso.

Se debe precisar que si bien las condiciones del mercado pueden ser disímiles de aquellas que fueron objeto de análisis en su oportunidad, aquello no implica que, *motu proprio*, la reclamada determine que las condiciones



previamente constatadas por el tribunal habían mutado, permitiéndole establecer por sí sola que ya no le afectaba la prohibición de negativa establecida en la mentada medida. En este aspecto, se debe ser enfático en señalar que, tal variación, sólo autoriza para que solicite el cambio o eliminación de las medidas de mitigación en el procedimiento no contencioso correspondiente.

El razonamiento anterior se engarza en la concreción de la finalidad de la consulta ante el TDLC vinculada no sólo al aspecto preventivo en relación a riesgos que se detecten, sino que, además, a la seguridad jurídica que otorgada a todos quienes intervienen en el mercado de que se trata, en cuanto la operación de concentración puede tener determinados efectos que son abordados y que permiten autorizarla, en la medida que las condiciones impuestas permiten asegurar la libre competencia o devolver los equilibrios que han sido resquebrajados en el caso de hechos, actos o contratos previamente ejecutados.

Por lo demás, se debe señalar que en un juicio por incumplimiento de una medida de mitigación, solamente procede determinar si ésta se encuentra vigente o ha sido modificada por el mismo tribunal, pero establecida su obligatoriedad, son sus términos y no otros, los cuales corresponde ponderar, por el evidente carácter regulatorio de tales determinaciones, que no pueden ser alteradas o relativizadas en un procedimiento de naturaleza diversa.



Décimo octavo: que, como corolario, es claro que en la especie la materia a dilucidar no dice relación con el cumplimiento de SMU S.A. de la tantas veces citada Condición Primera, puesto que dicha circunstancia no es objeto de debate entre las partes, tanto más si se considera que el cumplimiento de ella por SMU S.A., es una cuestión que se encuentra solucionada, de tal forma que la venta de los locales que se ordena desinvertir como unidad económica a un adquirente con una participación no superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, es inconcusa.

El problema se produce porque el demandado celebra un contrato de arrendamiento que recae sobre un bien determinado, a pesar de que una condición normativa determinó que su adquisición por determinados agentes produce concentración en el mercado. En este punto, es importante destacar que la desinversión debía ser realizada por SMU S.A. a un mismo adquirente como unidad económica, es decir, no de manera disociada entre uno y otro bien, tal como en los hechos acaeció, lo que, debe ser examinado considerando que parte de los argumentos formulados otrora por Cencosud radicaban en su falta de interés en la adquisición de la totalidad de los activos que se ordenaba desinvertir a SMU S.A., limitando aquél interés a ciertos activos emplazados en localidades determinadas, cuestión que fue desestimada, puesto que, el impedimento para comprar los activos de SMU no solo tenía por objeto posibilitar la entrada de un cuarto



competidor al mercado, sino porque además a través de ella se buscaban impedir los riesgos detectados en la fusión atendido el alto grado de concentración en la industria, resultados que sin duda no eran factibles de producirse de haber permitido al demandado la adquisición de la totalidad de los activos enajenados como unidad económica o de manera desagregada.

Llegados a este punto es importante señalar que resulta al menos cuestionable que el demandado pretenda establecer que la Condición Primera no le es aplicable, pues tal como se adelantó, no sólo se hizo parte del proceso no contencioso de consulta, sino que, además, reclamó de lo resuelto por el TDLC, como consecuencia de estimar la extralimitación de las funciones que la ley encomienda a dicho tribunal, estimando que dicha judicatura se pronunciaba en materias que exceden su ámbito de actuación, privando a su representada del legítimo ejercicio de sus derechos asegurados por la Constitución Política de la República, tanto para adquirir nuevos locales supermercadistas como para dedicarse a la actividad económica que le es propia en ciertas localidades. Desde esa perspectiva, es evidente que se trata de una condición que reviste el carácter de normativa del mercado, no resultando plausible que el demandado haya enarbolado la acción de reclamación ante el TDLC si estimase que el sujeto obligado por las condiciones impuestas se circunscribe a SMU S.A.



Así las cosas, no parece coherente que el demandado bajo ciertas circunstancias estime que la determinación pretérita de la Condición Primera del TDLC le afectaba de tal manera de constreñir sus derechos y principalmente el desarrollo de su actividad económica, mientras que, ahora desde una arista distinta pretenda circunscribir su aplicación a SMU S.A.

Asimismo, es útil recordar que la determinación de las medidas de mitigación adoptadas, tal como se adelantó, fue el resultado del análisis específico de consideraciones relacionadas con los riesgos para la libre competencia con ocasión de la operación de concentración involucrada, amén de considerar que el umbral de eficiencias aparejado a ella, no resultaba ser contrapeso suficiente. En ese escenario, el TDLC realizó un estudio acabado de los mercados relevantes además del mercado geográfico local, a fin de determinar con exactitud las localidades en las que era necesario disponer la desinversión, en aras de restablecer el equilibrio competitivo existente en el mercado antes de la fusión, ordenando de ese modo la enajenación de uno de varios locales, a elección de SMU S.A., en 18 comunas determinadas. A propósito de ello cobra importancia el que uno de las alegaciones de la consultante con miras a dejar sin efecto la obligación de desinvertir en determinadas localidades, fue desestimada, entre otros aspectos, sobre la base de considerar en términos generales que en el caso de Valdivia la enajenación se justifica por el análisis de situaciones



relativas a la ubicación geográfica específica que obliga la adopción de la medida refutada.

Décimo noveno: Que lo expresado permite descartar el razonamiento del TDLC, que estableció que Cencosud no es sujeto obligado de la medida de mitigación, cuestión que determinó el rechazo de la acción.

Vigésimo: Que, en las condiciones descritas, esta Corte considera que se debe acoger la demanda, pero no para los fines propuestos por el actor, en cuanto solicita que se ordene el término del contrato de arrendamiento, sino que resulta procedente disponer el cese de la conducta anticompetitiva, ordenando a Cencosud desinvertir el inmueble ubicado en Errázuriz N°1040 de la comuna de Valdivia, con las restricciones dispuestas en la mentada Resolución N° 43/2012, dentro de un plazo máximo de 6 meses de notificada la sentencia o iniciar el proceso de consulta en un plazo no superior a 3 meses de notificada la sentencia.

Vigésimo primero: Que en las condiciones expuestas, resulta procedente no imponer a la demandada el pago de una multa, conforme lo dispone el artículo 26 del Decreto ley N° 211 y eximirla del pago de las costas de la causa, debiendo cada parte soportar las suyas.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 3 y 18 del Decreto Ley 211 de 1973, **se acoge** la reclamación deducida por la demandante en contra de la sentencia de nueve de noviembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 2084 y se decide que **se hace lugar** a la



demanda interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile -CONADECUS-, declarando:

I.- Que la demandada Cencosud S.A., incurrió en una conducta anticompetitiva al incumplir la Condición Primera de la Resolución N° 43, de 12 de diciembre del año 2012.

II.- Que se ordena a la demandada iniciar las acciones tendientes a la desinversión del inmueble, en los términos que fueron señalados en el considerando vigésimo precedente, dentro de un periodo máximo de seis meses de notificada la sentencia o someter a consulta la celebración del contrato de arrendamiento celebrado entre la demandada e Inmobiliaria Catedral el 5 de agosto de 2016, dentro de un plazo no superior a 3 meses de notificada la sentencia.

III.- La adopción de una u otra acción deberá ser comunicada además al TDLC, en el más breve plazo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro Suplente señor Muñoz Pardo.

Rol N° 44.266-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Ángela Vivanco M., los Ministros Suplentes Sr. Rodrigo Biel M. y Sr. Juan Manuel Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. Santiago, 24 de febrero de 2020.





GXGYXXNLXX

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Ricardo Blanco H., Angela Vivanco M., Los Ministros (As) Suplentes Rodrigo Biel M., Juan Manuel Muñoz P. y Abogado Integrante Antonio Barra R. Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

En Santiago, a veinticuatro de febrero de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

