

Santiago, veinticinco de julio de dos mil veintidós.

Al escrito folio N° 17685-2022: a sus antecedentes.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N° 40.775-2021, se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación presentada por CONADECUS en contra de la Resolución N° 65/2021 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que resolvió: 1) Alzar la Medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012, sólo en lo que concierne a la comuna de Valdivia y respecto de Cencosud S.A; 2) Aprobar, pura y simplemente, el contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A, recaído en el local comercial ubicado en calle Errázuriz N° 1040, de la comuna de Valdivia.

I.- La Consulta.

Los antecedentes se inician con la consulta de Cencosud S.A., quien solicitó que el TDLC apruebe en forma pura y simple el contrato de arrendamiento entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A. respecto del área destinada a supermercado ubicado en la ciudad de Valdivia que individualiza y que modifique parcialmente la medida de mitigación establecida en la Condición Primera, N° 1, de la Resolución N° 43/2012 de dicho Tribunal, eliminando



específicamente aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia.

Explica que la Resolución N° 43 aprobó la fusión entre SMU S.A. ("SMU") y Supermercados del Sur S.A. ("SDS"), sujeta a seis condiciones. La condición primera obligó a SMU a enajenar como unidad económica un conjunto de activos, entre ellos, dieciocho locales comerciales, dentro de los cuales se encuentra el área destinada a supermercado ubicado en la ciudad de Valdivia ("local Valdivia") donde operaba SDS. Todos estos inmuebles debían enajenarse a un mismo adquirente, no relacionado con SMU y que no tuviera participación superior a un 25% de las ventas en el mercado supermercadista nacional.

Añade que en el año 2014, los derechos sobre el local Valdivia fueron adquiridos por Network Retail SpA ("Bigger"). Sin embargo, Bigger salió del mercado en el año 2015 por reorganización judicial y, luego, la empresa fue liquidada. De esta forma, en agosto de 2015 el local Valdivia dejó de operar. Posteriormente, en 2016, Cencosud Shopping Centers S.A. celebró un contrato de arrendamiento sobre el local Valdivia, recibiendo un inmueble vacío, en el que, luego de una serie de inversiones en infraestructura y equipamiento, inauguró el supermercado Jumbo.

Continúa exponiendo que la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (Conadecus) interpuso un



requerimiento en su contra, proceso en que la Corte Suprema dictó sentencia (Rol N° 44.266-17) que ordenó a su parte desinvertir el local Valdivia o someter el contrato de arrendamiento anteriormente señalado a consulta ante el TDLC, cuestión que cumple a través del presente procedimiento.

Sostiene que la condición primera de la Resolución N° 43 buscaba que la enajenación conjunta de los inmuebles singularizados en ella restableciera las condiciones de competencia anteriores a la fusión entre SMU y SDS, potenciando la entrada o el fortalecimiento de un nuevo competidor. Sin embargo, han cambiado las circunstancias relevantes desde el año 2012 en adelante. En efecto, en el escenario competitivo, hay una evolución del mercado supermercadista en Valdivia, destacando el aumento de la cantidad de supermercados desde 2012, pues ingresaron, a lo menos, cinco nuevos supermercados. Lo anterior, muestra un mercado dinámico y en constante crecimiento. Añade que el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, que muestra la concentración o porcentaje de participación en un mercado relevante), actual es menor al índice previo a la operación de concentración entre SMU y SDS, lo que muestra que el mercado se ha desconcentrado. Añade que actualmente existe una evolución del e-commerce, pues hay aumento explosivo del



uso de plataformas tecnológicas, especialmente en el segmento de supermercados.

Por otro lado entró en vigencia la Ley N° 20.945 que introdujo un nuevo sistema de control obligatorio de las operaciones de concentración a cargo de la Fiscalía Nacional Económica.

Por otro lado, la condición que se pide dejar sin efecto ha perdido su eficacia a la luz del objetivo buscado por ésta, a saber, la enajenación como una misma unidad económica de un conjunto de activos en funcionamiento para el ingreso de un nuevo competidor en el mercado relevante, pues ésta fue desmembrada por la salida de Bigger del mercado.

II.- Aporte de antecedentes relevantes.

Seguida la tramitación de rigor, aportaron antecedentes Inmobiliaria Catedral S.A. propietaria del inmueble arrendado y la Fiscalía Nacional Económica, órgano que realiza un análisis competitivo a la industria, que avala aquél descrito por la consultante.

También aportó antecedentes Conadecus, quien refiere que se debe considerar en el análisis que la industria de los supermercados es una industria de redes, donde el negocio no es la explotación de cada local por separado, sino que la suma de éstos, asociados a su vez, a un negocio financiero y crediticio.



Luego de describir la participación de Cencosud en el mercado, refiere que con el contrato sometido a consulta pareciera no gravarse o lesionarse aspectos competitivos en demasía. Con todo, agrega, esperan que esta vez la FNE vele por el cumplimiento de la Resolución N° 43, enmendada o no, como consecuencia de esta Consulta. Asimismo, solicitan que Cencosud acoja el llamado de consumidores locales respecto no solo a mayor competencia sino a un clima más llano, cordial y receptivo con las comunidades locales, de manera que éstas vean en los supermercados lugares que proveen bienes a precios justos, razonables y accesibles, aún más si lleva utilizando el local Valdivia por años habiéndose vulnerado la regulación vigente conforme a lo decidido por la Corte Suprema, sin haber remediado a la comunidad al respecto, cuestión que debería realizarse.

III.- Sentencia TDLC.

En primer lugar se describe la Resolución N° 43, que se origina en una consulta de SMU respecto de los efectos para la libre competencia que representaban una serie de actos y contratos que implicaban una operación de fusión con SDS, los que fueron celebrados con anterioridad a la presentación de su consulta.

La Resolución N° 43, declaró que, sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, la fusión se ajustaba al D.L. N° 211. Las exigencias impuestas



derivaban, principalmente, de los significativos riesgos de coordinación que se detectaron durante ese proceso, atendidas las características del mercado, el número de actores que participan en él y el tamaño de éstos una vez materializada la fusión.

La Medida N° 1 es aquella que es objeto de este pronunciamiento. A través de ella se ordenó a la empresa fusionada enajenar una serie de activos (locales comerciales) bajo las siguientes condiciones: (i) los activos debían 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; (ii) el adquirente de los activos no podía estar relacionado, directa o indirectamente, con SMU ni podía tener una participación medida en términos de ventas anuales, superior al 25% a nivel nacional a la fecha de la Resolución N° 43; (iii) el proceso de enajenación debía estar completado dentro de ocho meses, contados desde la fecha en que la Resolución N° 43 se encontrare ejecutoriada.

Dentro de los activos que se ordenó enajenar a SMU, se encontraba aquel objeto de estos autos.

Luego, continúa refiriendo que SMU cumplió la Medida N° 1, para lo cual, creó la sociedad Tottenham S.A. -posteriormente Bigger SpA- traspasándole los activos que se le ordenó enajenar, para luego, el 3 de junio de 2014,



ceder todos esos activos, mediante un contrato de compraventa de acciones, a Network Retail SpA. Sin embargo, en virtud de un contrato de operación transitoria, siguió administrando los activos, sin cumplir la Medida N° 1, razón por la cual en un juicio posterior ese Tribunal así lo declaró, condenándola a pagar la suma de 2.334 UTA (CS Rol 821-2016).

Luego, en agosto de 2015, el Local Comercial Supermercado dejó de operar porque Network Retail SpA salió del mercado luego de solicitar su reorganización judicial y posterior liquidación voluntaria. Un año después, el 5 de agosto de 2016, se celebró el Contrato de Arrendamiento objeto de esta Consulta.

En septiembre de 2016, Conadecus demandó a Cencosud porque, en su concepto, esta última habría incumplido la Medida N° 1 y, además, habría incumplido una cláusula del avenimiento de fecha 24 de julio de 2008 que suscribió con la FNE en el contexto de la causa Rol C N° 101-2006 ("Avenimiento").

En el referido proceso, por sentencia de la Corte Suprema Rol N° 44.266-2017, se declaró que Cencosud incurrió en una conducta anticompetitiva por incumplir la Condición Primera de la Resolución N° 43 y le ordenó la desinversión del Local Comercial Supermercado, dentro del plazo máximo de seis meses de notificada dicha sentencia. Alternativamente, dispuso que Cencosud podía formular



una consulta ante aquel Tribunal sobre el Contrato de Arrendamiento

Asentado lo anterior, el TDLC realiza un análisis de la competencia, definiendo el Mercado Relevante en que incide la Consulta, describiéndolo, puntualizando que el análisis se realiza manteniendo en mercado relevante geográfico descrito en la Resolución N° 43. Así, para la comuna de Valdivia, se señaló que el alcance del mercado geográfico para la zona céntrica de la ciudad de Valdivia, lugar dónde se emplaza el supermercado objeto de esta consulta, fue delimitado a isócronas de 5 minutos de viajes en automóvil.

Asimismo, explica que el análisis se centra exclusivamente en el efecto que tuvo la entrada de Jumbo Valdivia en 2017 sobre el mercado relevante aguas abajo, y no se analizará en mayor detalle el efecto en la competencia ocasionado en el mercado aguas arriba dado que la entrada de Jumbo Valdivia habría aportado sólo 0,2 puntos porcentuales a la participación nacional de Cencosud.

Continúa describiendo los participantes del mercado aguas abajo y condiciones de entrada. Refiere que Cencosud tenía una participación de mercado menor al 10% cuando celebró el Contrato de Arrendamiento, contando con dos supermercados en la zona, ambos en el formato Santa



Isabel, mientras que Walmart tenía una participación de mercado de [40-50]% y SMU un [30-40]%.

El año 2019, último año para el que se cuenta con información, Cencosud aumentó su participación hasta alcanzar [20-30]% del mercado, crecimiento que habría sido a costa de una menor participación de Walmart y SMU, quienes han visto reducida su cuota de mercado a partir de la entrada de Jumbo Valdivia.

Por otro lado establece que la concentración en el mercado ha ido cayendo sostenidamente desde el año 2013, desconcentración que se acentuó aún más el año 2017 con la entrada en operación de Jumbo Valdivia. En efecto, luego de la entrada de ese local, el índice de concentración HHI disminuyó en casi 500 puntos, el mayor descenso que ha tenido la concentración en este mercado desde que fuera dictada la Resolución N° 43 el año 2012. Bajo esta perspectiva, la entrada de Jumbo Valdivia habría sido positiva para la competencia pues permitió que el mercado se desconcentrara al desviarse ventas desde los supermercados incumbentes, principalmente de las cadenas Walmart y SMU, al supermercado en cuestión, indicio de que este último ejerció presión competitiva con su entrada.

Agrega que otro elemento que habría incidido en la desconcentración del mercado es la entrada de nuevos competidores. La FNE muestra que desde el año 2012 se han



producido cinco entradas y cuatro salidas, destacándose entre los entrantes que se han mantenido en el mercado los supermercados Teja Market (2016) y Eltit (2018). Agrega que ninguna de las salidas se produjo con posterioridad a que Jumbo Valdivia entrara en operación el año 2017.

Luego, realiza un análisis de cercanía competitiva entre los supermercados en relación a su ubicación, formato y público objetivo, refiriendo que los supermercados más cercanos competitivamente a Jumbo Valdivia, en términos de tamaño, ubicación geográfica y orientación comercial, serían los supermercados Hiper Líder (Walmart) y Eltit (competidor local), pues ambos, al igual que Jumbo, tienen un tamaño superior a los 5.000 metros cuadrados y se enfocan en las compras de abastecimiento.

Refiere que no existen antecedentes que permitan concluir que la celebración del Contrato de Arrendamiento entre Inmobiliaria Catedral S.A. y Cencosud Shopping Centers S.A. que permitió la entrada de Jumbo a la comuna de Valdivia haya impedido, restringido o entorpecido la competencia o tendido a producir dichos efectos. Por el contrario, la evidencia tenida a la vista muestra que el ingreso del supermercado de Cencosud habría coincidido, e intensificado a la vez, la tendencia hacia la



desconcentración e ingreso de nuevos competidores que ha experimentado el mercado relevante desde el año 2012.

Así, Jumbo habría ejercido presión competitiva sobre las otras dos cadenas de supermercados presentes en Valdivia, captando clientes de los supermercados Líder Valdivia y Unimarc Arauco. Por último, según da cuenta la Fiscalía, no existe evidencia de que entre los años 2013 y 2019 se haya producido un deterioro en las condiciones de competencia en términos de variedad y precios de los productos ofrecidos en los supermercados de la ciudad.

Por lo anterior, se descarta que el Contrato de Arrendamiento consultado haya aumentado los potenciales riesgos de coordinación existentes en el mercado.

Concluye que los antecedentes descritos precedentemente dan cuenta de la evolución en las condiciones de competencia que ha tenido la industria supermercadista en general y la comuna de Valdivia en particular, y permiten inferir razonablemente que el Contrato de Arrendamiento no aumentó los riesgos de ocurrencia de efectos unilaterales ni coordinados. Por consiguiente, el Contrato de Arrendamiento celebrado entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A., con fecha 5 de agosto de 2016, no infringe las disposiciones del Decreto Ley N° 211, en los términos establecidos en su artículo 18 N° 2.



En cuanto a la necesidad de modificar la Medida n° 1 de la Resolución N° 43 para la comuna de Valdivia, refiere que el análisis del mercado y de las condiciones competitivas actuales demuestra que la Medida N° 1 no se justifica en el caso específico del local comercial aludido.

IV.- Reclamación.

Al fundar el arbitrio, CONADECUS sostiene que no debería haber sido indiferente para el TDLC, al resolver la Consulta, el negativo comportamiento de Cencosud respecto del activo ubicado en la ciudad de Valdivia y la libre competencia. Sostiene que si bien el análisis de la Consulta es eminentemente económico, y es correcto modificar la Resolución N°43/2012, en el sentido de eliminar parcialmente la medida de mitigación establecida en la Condición Primera, número 1 letra 1) en aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia y sólo respecto de Cencosud, ésta no debió haber sido pura y simple, en los términos planteados, sino que gravada, con una carga temporal, en particular en favor de la comunidad de Valdivia, habida consideración que Cencosud ha hecho uso y goce del inmueble de manera arbitraria e ilegal, infringiendo sendas disposiciones dictadas por el TDLC como la Corte Suprema, al menos por 4 años.



Luego, sostiene la necesidad de establecer una medida conductual, por una parte, como un aliciente para que Cencosud arbitre y se comprometa con el ordenamiento jurídico en torno a los consumidores locales y con la libre competencia, sin infringir el entorno competitivo y, por otro lado, se haga responsable, beneficiando a los consumidores, por su actuar por más de 4 años a espaldas del derecho respecto de un activo que, en circunstancias normales, sólo podría haberse usado una vez resuelto y ejecutoriado el proceso de esta Consulta.

Así, requiere se modifique la Resolución N° 65/2021 en el sentido de eliminar la medida de mitigación establecida en la Condición Primera, número 1 letra l) de la resolución N°43/2012 en aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia y sólo respecto de Cencosud, pero imponiéndole la medida conductual de ejecutar una obligación de hacer en beneficio de los consumidores de Valdivia.

Luego, refiere el contexto previo de la Consulta, sosteniendo que ésta no fue espontánea ni responde al genuino interés en modificar la Resolución N° 34. Muy por el contrario, Cencosud actuó ilegalmente, ejerciendo o haciendo uso de la autotutela, decidiendo por sí y ante sí que determinada condición no le afectaba.

Como consecuencia de su actuar, es que fue demandado el año 2016 por su representada, dictando la Corte



Suprema, en la causa Rol N° 44.266-2017, sentencia que obligaba a desinvertir o consultar, siguiendo Cencosud este último camino.

Agrega consideraciones referidas a la participación de Cencosud en el mercado, no sólo de los supermercados, sino que en la industria del retail, cuestión que determina que tenga ventajas competitivas. Así, el interés en la explotación del supermercado en Valdivia se vincula con que no es una unidad aislada o independiente de su estrategia de conglomerado; existen incentivos para maximizar de manera conjunta sus beneficios porque, la industria de supermercados es una industria de redes, donde el foco no va en explotar cada local por separado.

El que Cencosud sea arrendatario del centro comercial, como también del espacio destinado a la operación del supermercado conlleva una serie de eficiencias por la complementariedad que se da entre ambos negocios. Así, a Cencosud le beneficia que el centro comercial en el que está emplazado sea atractivo para los clientes para así aumentar el flujo en su supermercado.

Añade que se está frente a un mercado de tipo oligopólico y el equilibrio final siempre se va a dar en este contexto, refiriendo que las cifras son decidoras, pues aún en 2019, tres actores concentran el 83,5% de participación de mercado.



Los supermercados "Eltit", "El Trébol" y "Teja Market" no marcan la pauta en el mercado, sino que se "adaptan" a la estrategia de los grandes, Cencosud entre otras. Y si no se adaptan, no sobreviven.

Refiere que Cencosud debiera obligarse en un acto definido en favor de los consumidores, obligación de hacer en favor de la comunidad de Valdivia que mitigue, en parte, el comportamiento oligopólico en el que se está inmerso desde el año 2016.

Agrega que el hecho de que se citen los beneficios que los consumidores han tenido tras la llegada de Cencosud con el Jumbo de Valdivia o incluso que se cite que el índice de concentración no ha empeorado o que no han subido los precios, no debe confundir lo esencial: estamos frente a un mercado de tipo oligopólico y el equilibrio final siempre se va a dar en este contexto, no en el contexto de un mercado competitivo.

Requiere se enmiende la eliminación sugerida por el TDLC y se agregue respecto de Cencosud, que así como éste ha hecho uso del inmueble por 4 años y 10 meses, no estando autorizado a ello, se le obligue a beneficiar a la comunidad de Valdivia por 6 años, una vez ejecutoriado el presente equivalente jurisdiccional, y ofrecer descuentos de un 8% en todos los productos, a gente discapacitada y de la tercera edad, durante un día de la



semana, destinando para ello una caja especial para tales efectos y respecto de cualquier medio de pago.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, de manera previa a iniciar el análisis concreto del arbitrio impugnatorio, resulta relevante destacar, como se ha dicho en fallos anteriores, que el Decreto Ley N°211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales (SCS Roles N° 346-2013, N° 4.108-2018 y N°31.502-2018).

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, asociándose la libre competencia con el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al que se une la reserva legal en materia de regulación económica, la igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, la 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 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, que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía



de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución 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"* (Víctor Avilés Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998. Página 218).

Segundo: Que, conforme a lo expuesto, resulta que 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, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

En este contexto, la garantía consagrada en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto.



Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que 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 prerrogativa en estudio, 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, dado que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país 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 en *"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, 2015. Página 333), señalando los mismos autores que *"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"* (Ibidem. Página 276).



Tercero: Que, solamente teniendo en cuenta este contexto, donde se inserta la regulación contenida en el Decreto Ley N°211, es que se entiende la existencia y relevancia de la jurisdicción de carácter voluntario que se entrega al TDLC, respecto de la cual 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 Juez 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"* (Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, "Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación", Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010. Página 138).

Cuarto: Que, a continuación, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, labor para la cual es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N°211.



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 quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos"*.

Quinto: Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es, precisamente, de naturaleza no contenciosa, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquel previsto en los artículos 18 N°1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. 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.

Sexto: Que, en concordancia con lo anterior, esta Corte ha señalado que, a través del artículo 18, numeral 2°, del Decreto Ley N°211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor, que es eminentemente preventiva, tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N°211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

Séptimo: Que, ahora bien, dado el tenor del recurso en estudio, es importante tener presente que no resulta procedente confundir las condiciones que puedan ser impuestas por el TDLC en el marco del ejercicio de la potestad contenida en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, con aquellas medidas de orden preventivo, correctivo o prohibitivo que se pueden establecer en una sentencia como complemento o en lugar de una sanción en



el marco del ejercicio de su potestad jurisdiccional. En este orden de ideas, aun cuando el artículo 26 señale como posibles medidas a adoptar en la sentencia definitiva, la de *"modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley"*, tal prerrogativa debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión (CS Rol N° 22.270-2021).

Así, la doctrina ha señalado al respecto que *"los asuntos relacionados con todo tipo de hechos, actos o contratos de agentes económicos que puedan afectar negativamente el proceso competitivo en los mercados pueden ser consultados. Esto comprende desde los que digan relación con los niveles de concentración que existan en determinadas industrias, hasta los relativos a actos materiales, como las diversas actuaciones de personas, asociaciones o empresas que puedan facilitar comportamientos anticompetitivos o generar efectos adversos para la libre competencia. Por cierto, toda la amplia gama de actos jurídicos que puedan incidir negativamente en el desempeño competitivo de los agentes que participan en un mercado pueden ser incluidos aquí"*.



(Javier Velozo A. y Daniela González D. Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile, 2011, pág. 33).

En este orden de ideas se debe ser enfático en señalar que el ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos hechos con la legislación que rige la materia, siempre y cuando éstos sean determinados de manera concreta y no exista una imputación formal y directa respecto de un ilícito competitivo como tampoco una pretensión sancionatoria relacionada con ellos.

Ha señalado esta Corte que bajo los parámetros descritos, no sería posible instrumentalizar la consulta, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad. El asunto sometido al conocimiento del tribunal no debe implicar la existencia de una



controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la posible disconformidad entre ciertos hechos singulares y la libre competencia, apreciada en un mercado relevante concreto.

Octavo: Que si bien la potestad que se viene analizando, en un estado ideal, se erige como una competencia consultiva-preventiva, 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, lo cierto es que, en ocasiones, es utilizada una vez materializados tales actos. Es en ese caso en que se debe diferenciar bien quién es el sujeto interesado que la promueve, toda vez que sólo puede mantener tal carácter en la medida que la inicia una parte directamente interesada en el hecho, acto o convención, pues de lo contrario, si la ejerce un tercero interesado, en la medida que estima que se está ante un acto contrario a la libre competencia, la acción debe encausarse a través del proceso contencioso respectivo. Lo anterior es así porque la consulta no tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las



que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia.

Así, la potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopolico 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 Antimonopolico"* (Domingo Valdés Prieto, *"Libre Competencia y Monopolio"*. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 612). Por otro lado, también se ha dicho que, por la vía de este procedimiento, es posible subsanar el daño que pueda causar una operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, en *"Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico"*. Abelardo Perrot, 2010. Página 315).

Noveno: Que, por otro lado, se debe tener presente que esta Corte ha señalado que aquellas medidas que se imponen a través de una consulta, sólo pueden dejarse sin efecto a través de un procedimiento no contencioso, en que se analice si las condiciones del mercado que determinaron su imposición han cambiado a tal punto que las mismas deban ser modificadas, toda vez que lo



contrario "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" (CS N°8313-2018).

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 es 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.

Décimo: Que los lineamientos descritos otorgan un contenido propio a la potestad consultiva del TDLC y es, dentro de su marco, que debe resolverse lo planteado en la reclamación de Conadecus.

En el caso específico, si bien es cierto que la presente consulta efectivamente tiene su origen en lo resuelto por esta Corte en los autos Rol CS N° 44.266-17, proceso contencioso en que se constata que Cencosud incurrió en un ilícito anticompetitivo por incumplir la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 al celebrar el contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A, recaído en el local comercial ubicado en calle Errázuriz N° 1040, de la comuna de Valdivia y le ordenó la desinversión del Local Comercial Supermercado y/o alternativamente dispuso que Cencosud podía formular una Consulta respecto de tal acto ante el TDLC, lo relevante es que una vez iniciada la presente Consulta, su análisis debe encausarse en los términos estrictos de su objeto, cuestión que no cambia por las pretensiones y/o aspiraciones de quienes aportan antecedentes, pues el



objetivo de este procedimiento es específico, esto es, emitir pronunciamiento respecto de un hecho, acto o contrato sometido a consulta (contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016) y, en el caso concreto, verificar, además, si las condiciones del mercado relevante vinculado a la actividad supermercadista en Valdivia ha tenido variaciones que permitan dejar sin efecto la Medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012 que resolviendo una consulta previa, aprobó una serie de actos que implicaron la fusión entre SMU y SDS bajo determinadas medidas o condiciones.

Lo anterior es trascendente, porque ese análisis es realizado íntegramente por la sentencia reclamada, que concluye que el acto sometido a consulta, esto es, el contrato de arrendamiento suscrito el 5 de agosto de 2016 entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A, recaído en el local comercial ubicado en calle Errázuriz N° 1040, de la comuna de Valdivia, no reviste peligros para la libre competencia y no infringe las disposiciones del Decreto Ley N° 211, en los términos establecidos en su artículo 18 N° 2. Asimismo, luego del análisis de las condiciones del mercado, concluye que es procedente alzar la Medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012, sólo en lo que concierne a la comuna de Valdivia y respecto de Cencosud S.A. Tal análisis no es cuestionado por la reclamante, por el



contrario, reconoce que es correcto y que la entrada de Jumbo al mercado relevante de Valdivia es positivo desde el punto de vista de la competencia; empero, su desacuerdo, según plantea, se relaciona con la decisión de aprobar pura y simplemente el contrato de arrendamiento, pues a su juicio debió aprobarse bajo condiciones.

Entonces surge la necesidad de analizar la medida de mitigación a la que aspiraba CONADECUS, que consiste en imponer a Cencosud la obligación de "beneficiar a la comunidad de Valdivia por 6 años una vez ejecutoriado el presente equivalente jurisdiccional ofreciendo descuentos de un 8% en todos los productos, a gente discapacitada y de la tercera edad, durante un día de la semana, destinando para ello una caja especial para tales efectos y respecto de cualquier medio de pago". Como se observa, la medida propuesta no se vincula de modo alguno con el objeto de la consulta, sino que se aviene con una pretensión relacionada con un proceso jurisdiccional en la medida que es el propio reclamante el que propone la medida como una suerte de sanción por una conducta anticompetitiva previa, planteándola, además, como un resarcimiento derivado del funcionamiento anticipado del Supermercado de que se trata, sin que se hubiera dejado sin efecto la medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012. Como se observa, tal pretensión no se vincula en



lo absoluto con el objeto de la Consulta, sin que aquello sea una materia que deba ser analizada en esta sede no contenciosa.

Undécimo: Que lo expuesto permite rechazar la reclamación, porque en definitiva, el reclamante carece de agravio, requisito indispensable para que el recurso pueda prosperar, puesto que expresamente ha señalado que el examen económico realizado por el tribunal es adecuado, así, no existe para CONADECUS un perjuicio cierto y concreto a los intereses que representa, en términos tales que se vincule directamente con el objeto de este procedimiento, en la medida que está conforme con la circunstancia de que el contrato de arrendamiento celebrado entre Cencosud Shopping Centers S.A. e Inmobiliaria Catedral S.A., con fecha 5 de agosto de 2016, no es contrario a la libre competencia y, en consecuencia, debe ser aprobado, encontrándose conforme, además, con el alzamiento de la Medida N° 1 de la resolución N° 43, pretendiendo, únicamente, introducir una medida ajena al presente procedimiento, compatible con un procedimiento jurisdiccional, en tanto implica una sanción o una especie de indemnización de perjuicios, cuestión que, en caso alguno, debe analizarse en un procedimiento regido por el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211.



Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se rechaza** el recurso de reclamación deducido por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, en contra de la Resolución N° 65 de veintiséis de mayo de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 40.775-21.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sra. María Teresa Letelier R. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, las Ministras Sra. Vivanco por estar con feriado legal y Sra. Letelier por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Adelita Inés Ravanales A., Jean Pierre Matus A. Santiago, veinticinco de julio de dos mil veintidós.

En Santiago, a veinticinco de julio de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

