

NC 465-2020

RECURSO DE RECLAMACIÓN QUE INDICA

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Doña María Jimena Orrego Pastén y Gonzalo Cruzat Valdés, ambos abogados, en representación de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, en adelante también e indistintamente “CONADECUS”, en autos no contenciosos caratulados “Consulta de Cencosud sobre contrato de arrendamiento y resolución N°43/12”, Rol NC 465-2020, a este Honorable Tribunal respetuosamente decimos:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N° 211, deducimos ante este Honorable Tribunal y para ante la Excelentísima Corte Suprema, fundado recurso de reclamación contra la resolución definitiva N°65/2021 habida en autos, dictada el día 26 de mayo de 2021 y notificada a esta parte con fecha viernes 27 de mayo de 2021.

En efecto, nuestra representada considera que no le debiera haber sido indiferente, a este Honorable Tribunal, al minuto de haber dictado resolución de término en torno al proceso de Consulta, el negativo comportamiento de la consultante - respecto de este activo y la libre competencia - ubicado en la ciudad de Valdivia.

Es más, si bien, el análisis de la Consulta es eminentemente económico, obvia en ella el aspecto conductual por parte de Cencosud y su historial de incumplimientos. Algo que, esperamos, enmiende la Excelentísima Corte con motivo de este recurso de reclamación.

Por tanto, creemos que, si bien 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 l) en aquella parte que se refiere al supermercado de la comuna de Valdivia y sólo respecto de Cencosud, esta 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 ubicado en calle Catedral, de manera arbitraria e ilegal, esto es infringiendo sendas disposiciones dictadas por este Honorable Tribunal como la Exma Corte Suprema, por, al menos, 4 años, sin costo alguno para ella, salvo está, los propios de los recursos procesales o judiciales habidos con motivo de su reprochable conducta.

Luego, creemos la necesidad de establecer una medida conductual es, por una parte, un aliciente para que Cencosud arbitre y se comprometa con el ordenamiento jurídico en torno a los consumidores locales y con la libre competencia, en su acápite más prístino, sin infringir el entorno competitivo y, por otro lado, se hace responsable, beneficiando a los consumidores, de su actuar de más de 4 años a espaldas del derecho respecto de un activo que, en circunstancias normales, sólo podría haberse usado una vez resuelto y ejecutoriada el proceso de Consulta, cualquiera hubiera sido, respecto de la Resolución N°43. Para el caso de autos, definida la presenta consulta por parte de la Excelentísima Corte Suprema.

Lo anterior, por lo demás, en plena armonía con lo aseverado por nuestra representada en su *Se hace Parte*, primeramente.

" *Y porque Cencosud acoja sí, el llamado de consumidores, en general, no sólo a mercados más competitivos sino que a un clima más llano, cordial y receptivo con las comunidades locales de manera que estas vean en un supermercado un lugar que les provee de bienes a precios justos, razonables y accesibles a las necesidades del día a día. Porque dable es señalar y no olvidar, que la consultante lleva en uso del inmueble **por años**, habiéndose vulnerado la legislación vigente, como bien dijo el fallo de la Excm. Corte Suprema, causa N°44.266/2017, no habiendo remediado a la comunidad al respecto.*

Así también se explayó, en alusión a lo alegado en autos con motivo de la audiencia pública celebrada con fecha 10 de marzo de 2021 adonde nuestra representada expuso en el mismo tenor aseverando que:

" 11. Tal como lo manifestó Conadecus tanto en el juicio que ha dado lugar a este procedimiento, así como al hacerse parte, las cosas ya están hechas, lo que no significa que estén bien hechas. Y siguiendo la línea de la Corte Suprema y según lo planteado en el escrito en que Conadecus se hace parte, solicitamos al Honorable Tribunal que, junto con aprobar el contrato de arrendamiento, establezca algunas medidas de mitigación o medidas conductuales que favorezcan a los consumidores como podrían ser:

1.- Un día a la semana un porcentaje de descuento en la compra total a los consumidores adultos mayores.

2.- Incentivo a comprar y vender en sus góndolas bienes o servicios de producción local.

3- Otras medidas que eventualmente el Tribunal imponga. " (Subrayado es nuestro).

Por tanto, en armonía con los principios expresados, esta parte busca que la Excelentísima Corte Suprema conozca el presente recurso y enmiende y 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, por su parte, le imponga la obligación a Cencosud, adicionalmente, de ejecutar una obligación de hacer en beneficio de los consumidores de Valdivia, conforme señalaremos en el petitorio.

1.0.- Contexto previo de la Consulta.

La presente Consulta de Cencosud no obedece al arte de lo espontáneo o del genuino interés en modificar una resolución emanada del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que le imponía un determinado gravamen.

Muy por el contrario, Cencosud actuó ilegalmente, ejerciendo o haciendo uso de la autotutela, decidiendo por sí y para sí que determinada condición no le afectaba, así de simple, así de drástico.¹

¹ Al respecto, cabe señalar el considerando 17 de la sentencia de la Excma. Corte Suprema que señala:

"Que en este escenario lleva la razón el reclamante cuando señala que admitir el análisis que ha realizado el sentenciador, implica admitir que Cencosud pueda realizar 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 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 su pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas.

Por lo demás este fue el criterio sostenido por el TDLC en la sentencia N°117, en el que se acoge el requerimiento de la FNE en contra de Jhon Malone por infringir la prohibición contenida en la condición primera de la Resolución N° 1/2014, que dice: "(...)

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...."

El contexto, de forma y de fondo en torno a estos procesos, desde la Resolución N°43 de 2012 a la fecha, todo lo que ello significa, siempre estuvo en conocimiento de Cencosud. Y a pesar de aquello decidió, de mutuo propio, arrendar el inmueble ubicado en calle Errázuriz N°1040 el día 5 de agosto del año 2016, inaugurándose el local en enero de 2017.² Es decir, si consideramos a la fecha de hoy, ha estado más de 4 años y medio en uso irregular de el inmueble.

Ergo, y como consecuencia de su actuar, es que fue demandado el año 2016 por nuestra representada en autos caratulados "Demanda de Conadecus contra Cencosud S.A.", seguidos ante este Honorable Tribunal bajo el Rol N° C 315-2016.

Pero no sólo Cencosud obvió la norma prohibitiva al respecto, sino que también las entidades encargadas de velar por la libre competencia, léase, la misma FNE y el mismo Honorable Tribunal, conforme se expresa en lo dictaminado en dicha causa, no sólo avalando y justificando el actuar de Cencosud sino que también **reprochándole** a nuestra representada su actuar en autos condenándola en costas.

Afortunadamente, no fue sino que la misma Excma Corte Suprema la que remedió dicha sentencia en causa Rol N° 44.266–2017 con motivo de la presentación del Recurso de Reclamación respectivo de parte nuestra y resuelta en sentencia de fecha 24 de febrero de 2020.

Bajo este análisis, reiteramos lo ya aseverado tantas veces por Conadecus, en tanto esta parte no comparte la creencia de algunos actores y la misma FNE, para quienes "pequeñas operaciones de concentración" no afectan ni amenazan las condiciones de competencia de los mercados.

En conclusión, para nuestra representada este no es un tema de tamaño de mercado, exclusivamente, Honorable Tribunal, sino que es un tema de apego como irrestricto cumplimiento a la norma. O mejor dicho, una señal, una señal que haga la diferencia en la medida se exija cumplir la ley, **eso es todo**; una señal fuerte como potente al mercado en lo que medidas estructurales de operaciones de concentración se refiere. Porque caso contrario, accionistas exponen a su empresa al escrutinio en el Chile de 2021, un país donde entes intermedios están mucho más atentos a jugar como ejercer un rol de fiscalización, no excluyente, por cierto, de lo que pueda hacer la FNE. En otras palabras, emplear un especial deber de cuidado y obrar con un mínimo de diligencia.

² Consulta, p. 2.

2.0.- Consideraciones para un entorno realmente competitivo.

Ahora bien, el análisis de mercado que hace el Honorable Tribunal en torno al proceso de Consulta relevante dista un tanto del que observa nuestra representada.

Si consideramos los argumentos expuestos durante más de 4 años en los diversos procesos en torno al inmueble de calle Errázuriz N°1040, podríamos concluir con cierta premura que Supermercados Bigger mantuvo la operación del local ubicado en la ciudad de Valdivia con pérdidas económicas, en particular entre agosto de 2014 a agosto de 2015. Dichos pasivos se habrían originado por los altos costos que generaba la operación de dicho local, y que habrían sido en orden a 30 millones de pesos mensuales.³

Cencosud, por su parte, apenas arrendó el inmueble, logró implementar una serie de inversiones y mejoras al inmueble.

De acuerdo a lo señalado por la propia empresa, Cencosud tuvo primero que gestionar ante la I. Municipalidad de Valdivia un permiso de edificación para la ampliación, remodelación y habilitación del local de calle Errázuriz N° 1040.

Según el documento que da cuenta de las especificaciones técnicas para la ejecución del proyecto, las obras habrían incluido la demolición de muros, losas, vigas y retiro de revestimiento; instalaciones sanitarias, eléctricas, de climatización, instalaciones contra incendio, de señalización y sistemas de seguridad. También se habrían incluido obras de terminaciones; nuevas estructuras para el cielo; pavimentos; revestimientos interiores y pintura; nuevas puertas y ventanas, entre otros.⁴ Es decir, el inmueble fue habilitado y equipado por Cencosud a altos estándares de calidad. De eso no cabe duda alguna.

De forma adicional a las inversiones materiales realizadas por Cencosud, hubo una importante inversión en recursos humanos para efectos de poner en funcionamiento Jumbo Valdivia, ya que se hizo necesario contratar a una cantidad relevante de trabajadores, como equipo humano que pondría finalmente en marcha el supermercado. En efecto, actualmente en Jumbo Valdivia trabajarían más de 400 colaboradores, tanto internos como externos.

³ Consulta, p. 25.

⁴ Consulta, p. 30.

Cabría preguntarse, Honorable Tribunal, cuánto es el monto de inversión de todo lo anterior.

Ciertamente, creemos, debió ser importante. Y el retorno de dicha inversión habría sido positivo. Un supermercado que con Bigger SpA perdía \$30 millones mensuales, “transformado”, ahora tiene utilidades durante estos años de operación en las manos de Cencosud, producto de su “exitosa gestión” que permite solventar, entre otros gastos, a más de 400 personas.⁵

Indudablemente se trataría de cifras relevantes, que muy probablemente ni Supermercado Bigger o cualquier otro supermercado independiente hubiera podido alcanzar.

Pero, ¿qué es lo que, desde el punto de vista económico, explicaría la “exitosa gestión” de Cencosud en Valdivia que potencia las estrategias de marketing aplicadas?

Y acá, el análisis del Tribunal como de la FNE son similares. El propio Honorable Tribunal ha identificado que son relevantes las economías de escala, ámbito y densidad que presentan los competidores del mercado, con la posibilidad que tienen los mismos de dificultar la entrada de potenciales competidores por medio de distintas estrategias y con la falta de terrenos en zonas de mayor densidad.

Hemos dicho reiterada como consistentemente que el hecho de que Cencosud haya instalado un supermercado en Valdivia tiene que ver, precisamente, que no se trata de una unidad aislada o independiente de su estrategia de conglomerado; existen incentivos para maximizar de manera conjunta sus beneficios porque, reiteramos, la industria de supermercados es una industria de redes, donde el foco no va en explotar cada local por separado.

Baste señalar, Honorable Tribunal, solo, un par de ejemplos. Es reconocido por Cencosud que deben considerarse muy relevantes las eficiencias que se producen al ser Cencosud el que opera tanto el supermercado como el centro comercial adyacente. 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 conviene que el centro comercial en el que está emplazado sea atractivo para los clientes para así aumentar el flujo en su supermercado, lo que también se da viceversa, ya que al centro comercial también le favorece que Jumbo genere alto tráfico.

⁵ Consulta, p. 3, 30.

De esta manera, la propia consultante reconoce que de generarse una desintegración entre el operador del centro comercial y el supermercado, es altamente probable que se pierdan dichas sinergias.

Otro ejemplo: la complementariedad del negocio de supermercado con el negocio financiero.

Entonces, la pregunta de fondo es: ¿podría Supermercado Bigger haber hecho esto? Creemos en la negativa, así de simple. Es más, en autos se reconoce, incluso, que ni siquiera Tottus lo podría hacer. Parece ser poco viable desde el punto de vista económico que Tottus opere un local de Valdivia en las circunstancias actuales, ya que debería desarrollar una logística única para este punto, lo que lo haría mucho menos eficiente que otros actores de la zona.⁶

De esta manera, entonces, la disponibilidad de un local en una zona específica en Valdivia no garantizaría la entrada de un nuevo actor, ya que no permite que un potencial entrante adquiera todas las cualidades necesarias para operar eficientemente en el mercado.

Así, la estrategia de Cencosud ha resultado, entre otros aspectos, en que se hayan ampliado las zonas de cobertura, con mejores tiempos de entrega y calidad de servicio y potenciar el e-commerce en la zona.

Creemos, y a no confundirse 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.**

Las cifras son decidoras: aún en 2019, tres actores concentran el 83,5% de participación de mercado. ¿Ha “mejorado” la relación de competencia en relación al año 2011? Sí, pero a no engañarse: es un oligopolio. Los supermercados “Eltit”, “El Trébol” y “Teja Market” no marcan la pauta en el mercado S.S., sino que se “adaptan” a la estrategia de los grandes, Cencosud entre otras. Y si no se adaptan, no sobreviven.

Por su parte, los principales actores de un oligopolio también se sirven de esta presunta competencia; "*mejora la presentación*", por así decirlo.

⁶ Resolución, p. 40.

Entonces, de una vez, S.S., habrá que afirmar que no hay que confundir, competencia, del punto de vista económico, con eficientes políticas de marketing que apuntan a generar “presión competitiva”. El informe acompañado en autos de los profesores Coloma y Montero presume de una competencia que no es tal. Idéntico error es frecuente verlo en otros mercados oligopólicos, donde también existen guerras de precios: en la banca, que se presume de ser competitiva; en el mercado de las AFP, e Isapres. Pero ninguno de estos es competitivo desde el punto de vista de la eficiencia económica, ninguno.

A título de conclusión, puede que la entrada de Cencosud haya contrarrestado el poder que antes tenía Walmart o SMU en la ciudad de Valdivia, pero el mercado supermercadista en dicha ciudad sigue siendo un oligopolio puro, el cual es muy difícil de desafiar por parte de un pequeño operador independiente de supermercados, sin negocio financiero y sin la capacidad de explotar las “sinergias” del negocio conjunto.

El equilibrio del oligopolio se da dentro de su propio contexto, y siempre es peor que el escenario de mayor competencia. La realidad es que, sea Jumbo, u otro operador independiente sin presencia previa en la comuna, el escenario se mantiene y mantendrá.

Entonces, la pregunta relevante es, ¿cómo enfrentar un oligopolio? O, ¿cómo transferir “algo más” de los excedentes oligopólicos de los productores hacia los consumidores?

3.0.- Un poco de Historia.

"No se puede devolver equilibrio a un mercado que no tiene equilibrio."

Algo de esto ya observaba el voto de minoría de la Excelentísima Corte Suprema, don Sergio Muñoz, con ocasión del conocimiento del Recurso de Reclamación a la resolución N° 43, sentencia de 30 de septiembre de 2013, en una postura, digámoslo, contraria a lo que la doctrina y jurisprudencia local del ramo ha generalmente aceptado, en materia de concentración, pero que esta parte comparte.

Y cabe analizar en profundidad el raciocinio de este voto, porque es atinente a la causa de autos, 8 años después de su redacción.

Es, en el fondo una crítica al sistema en virtud del cual se implementan y han implementado las operaciones de concentración en nuestro país, donde priman - ex ante - los supuestos aspectos positivos en torno al modelo y se esconden o ignoran los elementos nocivos - ex post - que ello pueda traer aparejado.

Describiendo las normas en torno al Orden Público Económico, y luego de mencionar brevemente la evolución histórica de la normativa de libre competencia desde fines de los años 50's y realizar algunas definiciones fundamentales habidas en torno al funcionamiento del mercado el referido ministro afirma que *“la integración formal, completa y definitiva de empresas independientes y competidoras en el mismo mercado, al disminuir la competencia, debiera llevar a prohibirse en todo caso, puesto que inevitablemente afectan el mercado y eliminan definitivamente la competencia entre las empresas que se fusionan. Lo anterior deriva de la coherencia entre la prohibición de los acuerdos temporales entre tales empresas para fijar producciones o precios, por lo que con mayor razón deben prohibirse los acuerdos definitivos que pretenden tratar como una sola empresa lo que antes eran dos”*.⁷ (énfasis es nuestro).

En opinión del ministro disidente, los criterios para evaluar una operación de concentración son el rubro, autonomía estratégica, competitividad, creatividad, concentración, condiciones de entrada, integración vertical, vulnerabilidad de los consumidores, elasticidad de la oferta, eficiencias, viabilidad económica.

Luego, se pregunta, cuáles son los beneficios de la competencia, qué productos o empresas están disponibles para los compradores y, **finalmente, si existen efectos sociales, políticos u otros.**

Para él, *“La prohibición per se de las fusiones permite definir las bases de la mirada de quienes analizan las repercusiones en el mercado. De esta forma, quienes se fusionan deben destacar que tales aprehensiones no se producirán, que no se afectará el mercado y que, todo lo contrario, los consumidores serán favorecidos por un mejor servicio, por un mejor producto o/y por un mejor precio (...) La carga de la prueba del beneficio para el mercado queda radicada en quienes se fusionan”*.⁸ (Énfasis es nuestro).

La disidencia del ministro Muñoz parece relacionarse también con cuál es el bien jurídico que, a su juicio, protege la legislación de libre competencia. *“(…) En este punto es interesante destacar que aún cuando se reconoce el avance logrado con el uso de herramientas de carácter netamente económicas para determinar los efectos de la fusión, lo cierto es que el estudio no se puede sustentar en el uso exclusivo de ellas, pues lo deseable es que se equilibren las perspectivas sociopolíticas con aquellas puramente económicas para lograr la correcta ponderación de los efectos favorables y contrarios a la libre competencia teniendo en consideración que, si bien este corresponde a un bien jurídico protegido, lo es en*

⁷ P. 81

⁸ P. 84.

*la medida que a través de éste se satisfacen otros bienes, cuestión que finalmente redundará en el bienestar general de la sociedad”.*⁹

Luego de todo este razonamiento general, el ministro Muñoz da cuenta de la legislación norteamericana en comento, del Depto. de Justicia y Comisión Federal, y cómo se plantea ella frente a una fusión frente a determinadas interrogantes. En primer lugar se pregunta, “¿Provoca la fusión un incremento significativo en la concentración y produce un mercado concentrado?. La segunda pregunta que se hace el ministro es si pareciera probable que la fusión tenga efectos adversos en la competencia; luego, que si hubiera barreras de entradas y que éstas fueran oportunas y suficientes para frustrar la conducta perjudicial para la competencia? En cuarto lugar se pregunta en torno a las supuestas eficiencias que no puedan lograrse por otros medios, para finalmente, en quinto y último lugar, se pregunta el ministro disidente respecto al eventual fracaso de las empresas en caso de no fusionarse.

Como el Honorable Tribunal estableció en su resolución N°43 que la fusión no era adversa a la libre competencia y la condicionó a determinadas variables, se pregunta el disidente acaso esto era viable.

Respondiendo lo anterior, considera el Sr. ministro que “no se avizora de qué forma las medidas de mitigación ordenadas o cualquier otra que se pudiere decretar, pueden devolver el equilibrio a un mercado que básicamente no tiene equilibrio. En este aspecto, no resulta efectiva la afirmación respecto que no es un objetivo del pronunciamiento del tribunal imprimir competencia en los mercados, sino que sólo velar porque ella se conserve; tal afirmación encierra un sofisma dado que es evidente que velar por la libre competencia implica velar porque se imprima competencia al sector de que se trate. En efecto, la legislación de la libre competencia es una poderosa herramienta que da el legislador para efectos de velar siempre y en todo caso, porque se materialice la misma, con el claro objetivo de beneficiar el interés general de la sociedad, controlando el poder de los grandes conglomerados industriales sin perder de vista el beneficio concreto de los consumidores.”¹⁰

¿Cuál es el bien jurídico tutelado, a juicio del señor Muñoz? Todo indica que el sr. juez considera que se trata de la libre competencia per se, vale decir, y que en este contexto, existan mercados desconcentrados.

⁹ P.90.

¹⁰ P.99

Lo interesante de este raciocinio es que el mismo engloba aspectos que van más allá de lo tradicional y convencional en la materia, colocando un punto que es no menor. ¿Vale la pena concentrarse, si este proceso conlleva a eliminar competencia; adónde quedan aspectos sociales en torno al proceso, y los consumidores, se benefician o no de ella; puede llevarse un proceso de concentración en un mercado de por sí, falta de equilibrio?

Pues bien, al amparo del comportamiento habido de parte de Cencosud en torno a este proceso, desde 2015 a la fecha y, en particular, una vez celebrado el contrato de arrendamiento que significó la primera demanda de mi representada, el tiempo, al parecer, le dio la razón al ministro disidenteHan cambiado las condiciones de competencia, es cierto, debe ser modificada y que Cencosud logre hacerse del activo, pero el mercado sigue falto de dinamismo competitivo, o de equilibrio, como dice Muñoz, y sigue comportándose de manera oligopólica.

4.0.- De las mitigaciones en particular.

El voto disidente llama a una reflexión profunda en torno al actuar en este caso. En particular porque le atañe directamente a Cencosud. Habla de que este mercado no está en equilibrio, habla de un rechazo per sé a la fusiones y que el peso de la prueba recaiga en tanto cuanto se acredite que los procesos de concentración no traerán efectos nocivos; habla de respecto a consideraciones políticas sociales por sobre las meramente económicas, en fin, habla de respeto a los consumidores.

Tan solo 3 años después de este dictamen, Cencosud actuó a título de autotutela. Y eso es lo que uno lamenta cuando lee el dictamen del voto disidente. Porque la responsabilidad de Cencosud era mayúscula, porque en tanto Ordenado Empresario que es,¹¹ debió cumplir un estándar que iba más allá del buen padre de familia, (más, cuando hablamos de un actor relevante del mercado,) y por tanto debió haber obrado, consecuentemente, con el deber de cuidado y prudencia, cosa que no hizo.

Por lo tanto, el mismo deber de prudencia es el que **se exige hoy en respeto a los consumidores**, pero no en su versión económica, a título de bienestar de los consumidores, sino que en un aspecto en concreto. Y esto significa, que Cencosud debiera obligarse en un acto definido en favor de estos, una

¹¹ Ramos Herranz Isabel. "El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario", disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_EI_est%1ndar_mercantil_de_diligencia:_el_ordenado_empresa

obligación de hacer en favor de la comunidad de Valdivia que mitigue, en parte, el comportamiento oligopólico en el que se está inmerso con motivo de esta Consulta y lo que ha rodeado ella desde el año 2016, fecha en que nuestra representada alertó de este incumplimiento con la presentación de la Medida Prejudicial respectiva de exhibición de documentos, autos rol C313-2016.

Reiteramos, y, a no confundirse 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.**

Luego, creemos la necesidad de establecer una medida conductual es, por una parte, un aliciente para que Cencosud arbitre y se comprometa con el ordenamiento jurídico en torno a los consumidores locales y con la libre competencia, en su acápite más prístino, sin infringir el entorno competitivo y, por otro lado, se hace responsable, beneficiando a los consumidores, de su actuar de más de 4 años (casi 5) a espaldas del derecho respecto de un activo que, en circunstancias normales, sólo podría haberse usado una vez resuelto y ejecutoriada el proceso de Consulta respectivo.

Al respecto, Conadecus, en tanto asociación de consumidores y por tanto, bregando por su entero beneficio, requiere de la Excelentísima Corte que enmiende la eliminación sugerida por el Honorable Tribunal y 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 en consecuencia a beneficiar a la comunidad de Valdivia por 6 años una vez ejecutoriada 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.

Creemos que esta medida conductual, acotada en cuanto a su duración como mercado objetivo, redundará en una medida que beneficiará directamente a gente en concreto, no dañará la libre competencia e incluye un aspecto social de impacto positivo que, si bien no restablece el efecto competitivo en un mercado que como creemos es oligopólico por sé, o bien, como dice el Juez Muñoz, no es equilibrado, si contribuye en un aspecto social que va mucho más allá del incremento de la oferta, algo de lo que por lo demás Conadecus se enorgullece en representar.

Finalmente, es un absurdo haber creído siquiera que Conadecus no quiere un supermercado Jumbo para la ciudad de Valdivia. Es más, un Jumbo ofrece a la ciudad una oferta que antes no existía, rodeado de un abanico de tiendas que, según la tendencia de la industria, es la manera de generar contenido como competencia. Pero eso no es lo que está en discusión. Lo que acá se discutía es si Cencosud cumplió con el Orden Público Económico.

No lo hizo en su minuto; ahora puede remediar dicha situación. Algo, un remedio, infinitamente inferior, a si calculamos cuánto es el beneficio económico que para Cencosud ha reportado el presente local de Errázuriz 1040 tras casi 5 años de uso proyectable por otros 25, como mínimo (que es el plazo del contrato de arrendamiento), no estando autorizado a ello, o bien, cuánto le hubiera costado a Cencosud desinvertir el activo si hubiera sido obligado a ello por parte de la máxima autoridad, todo lo anterior, frente a cuál es el costo de la medida estructural que por este acto se solicita.

POR TANTO, en consideración a lo expuesto,

ROGAMOS a este **HONORABLE TRIBUNAL** que, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 y 31 del Decreto Ley N°211, tenga por interpuesto fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución de término N°65/2021, concederlo y elevar los autos a la Excelentísima Corte Suprema con el objeto que ésta de trámite a ella, enmiende la resolución N° 65, i) alzando la Medida N° 1 establecida en la Resolución N° 43/2012, solo en lo que concierne a la comuna de Valdivia y respecto de Cencosud S.A y, ii) obligando a este último a 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.

**GONZA
LO
CRUZAT
VALDES**

Digitally signed by
GONZALO CRUZAT
VALDES
DN: c=CL, title=NO
APLICA, cn=GONZALO
CRUZAT VALDES,
email=cruzat.gonzalo
@gmail.com,
serialNumber=126279
15-9
Date: 2021.06.06
18:17:34 -04'00'

13

**Maria
Jimena
Orrego
Pasten**

Firmado
digitalmente
por Maria
Jimena Orrego
Pasten
Fecha:
2021.06.06[®]
18:14:13 -04'00'

