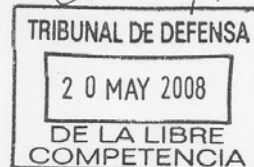


REPUBLICA DE CHILE  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
AGUSTINAS 853, PISO 12  
SANTIAGO



## RECLAMACION

### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**BORIS SANTANDER CEPEDA Y MARIO YBAR ABAD**, Abogados, por la Fiscalía Nacional Económica, en autos sobre "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S y Cencosud", Rol C N° 101 - 06, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, deducimos Recurso de Reclamación para ante la Exma. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N° 65, de ocho de mayo de 2008 que, según reza, acogió solo en parte el requerimiento de fojas 208, ordenando a Cencosud S.A., consultar a ese H. Tribunal, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, las operaciones de concentración en que intervenga, pero desestimando ordenarle que se sujete a un contrato marco previamente aprobado por ese H. Tribunal que, con un contenido mínimo, rija sus relaciones con sus proveedores.

El recurso tiene por objeto que la Exma. Corte Suprema enmiende, conforme a Derecho, la sentencia reclamada, acogiendo en todas sus partes el requerimiento de autos y, en consecuencia, ordenando a Cencosud S.A., que además de consultar en forma previa al H. Tribunal, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración en que intervenga, se sujete a un contrato marco previamente aprobado por ese H. Tribunal que, con un contenido mínimo, rija sus relaciones con sus proveedores.

Los siguientes son los fundamentos del recurso:

#### I. El Proceso

1. Desde mediados de 2003 Cencosud S.A., en adelante Cencosud, ha venido desarrollando una agresiva y publicitada estrategia de crecimiento que

que comprende, de manera sustancial, la toma de control de competidores y la adquisición de terrenos aptos para instalar supermercados.

1. En base a dicha estrategia, Cencosud incrementó su participación en la industria supermercadista desde un 8,74%, en 2003, a un 28,8% en 2006, erigiendo, de paso, una barrera estratégica a la entrada de la industria, y generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso respecto de proveedores y consumidores.
2. Distribución y Servicios D&S S.A., en adelante D&S, desarrolló análoga estrategia, de manera que la industria supermercadista ha ido paulatinamente concentrándose en estos dos actores, que crecientemente cierran el mercado en su favor, obteniendo poder de mercado.
3. Es pública y notoria la evidencia de ejercicio de ese poder de mercado, tanto respecto de los consumidores, que tienden a enfrentar mayores precios, como de los proveedores, que ven desmejoradas las condiciones de compra y hasta alteradas en forma unilateral y sorpresiva las acordadas.
4. Por estas razones, esta Fiscalía interpuso el requerimiento de autos, solicitando al H. Tribunal, a fin de precaver la comisión de abusos de poder de mercado, que Cencosud y D&S consultaran en forma previa a ese H. Tribunal, de conformidad con el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración en que interviniesen y que, desde ya, sujetasen sus relaciones con los proveedores a un contrato marco, con un determinado contenido mínimo, que debería ser previamente aprobado por ese H. Tribunal.
5. Cuidó esta Fiscalía de hacer reserva de acciones respecto de los hechos que fundan su requerimiento, pues algunos podrían dar lugar a acciones infraccionales.
6. Cencosud intentó paralizar esta acción alegando, como excepción dilatoria de ineptitud del libelo, la supuesta incorrección del requerimiento, pues a su juicio el mismo debería imputar hechos constitutivos de infracciones al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, lo que no haría, y solicitar algunas de las

medidas contempladas taxativamente en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, lo que tampoco ocurriría.

7. La resolución de fojas 406 de ese H. Tribunal, que rechazó aquella excepción, fue particularmente clara al señalar que en el requerimiento *“se señalan con suficiente claridad los hechos y circunstancias que le sirven de fundamento, como asimismo las peticiones que se someten a consideración de este Tribunal”* (considerando cuarto), y que *“no se observa incompatibilidad entre las medidas solicitadas en el requerimiento y el procedimiento contencioso iniciado en autos”*, toda vez que *“las atribuciones correctivas y prohibitivas de este Tribunal no están circunscritas según se trate de procedimientos contenciosos o no contenciosos; siendo esa la única interpretación que resulta armónica con la función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia que asigna la ley a este Tribunal y coherente, además, con el criterio sustentado al adoptar medidas correctivas y prohibitivas tanto en el marco de procedimientos contenciosos como no contenciosos”* (considerandos sexto y séptimo).
8. Cencosud entonces debió contestar derechamente el requerimiento, ocasión en la cual, y esto es particularmente relevante ahora, se allanó a la petición de consultar, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, las operaciones de concentración en que intervenga. En efecto, Cencosud expresó, respecto a esta petición que *“esta parte no la controvertirá, toda vez que Cencosud S.A. igualmente tenía contemplado someter a consulta a este H. Tribunal sus eventuales futuras operaciones significativas de adquisiciones o toma de control de supermercados”*.
9. Lo anterior conlleva, necesariamente, el reconocimiento, por parte de Cencosud, de que es procedente solicitar en el requerimiento, no tan sólo ni necesariamente sanciones de multas, sino también medidas preventivas, como lo es la consulta previa de operaciones de concentración, y como lo es también la sujeción a un contenido mínimo en sus relaciones contractuales con los proveedores.
10. D&S fue aún más claro y directo que Cencosud, proponiendo a esta Fiscalía la suscripción de un avenimiento, en el cual se obligó a plasmar los

contenidos mínimos exigidos en el requerimiento de autos para sus relaciones con los proveedores, en un compromiso marco, denominado “Términos y Condiciones Generales de Aprovisionamiento”, así como en cada uno de los “Acuerdos Particulares Complementarios” que se suscriban al efecto con sus proveedores.

11. Ese H. Tribunal, como consta en su resolución de fojas 466, que aprobó el avenimiento, no vio nada extraño en él, considerándolo incluso un “avance”, toda vez que “conforme a sus términos, busca prevenir los riesgos para la competencia existen en las relaciones entre D&S y sus proveedores, mediante el establecimiento por parte de aquella, de condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas, que introducirán mayor certeza respecto de las condiciones de compra y de los cobros que efectúa a todos sus proveedores” (considerando tercero).
12. En este estado de cosas, esto es, pendiente sólo la contienda con Cencosud y aún esta misma acotada únicamente a la procedencia de la medida de limitación del poder de compra en los contratos con los proveedores, ese H. Tribunal recibió la causa a prueba, fijando como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes: “Estructura y características de los mercados de aprovisionamiento y de distribución minorista en los que participa Cencosud S.A. Nivel y evolución de la concentración en ambos mercados y de la participación de Cencosud S.A. en éstos” y “Condiciones comerciales de las relaciones de aprovisionamiento entre Cencosud S.A. y sus proveedores. Evolución de las mismas y hechos y circunstancias que las justificarían”.
13. Como se aprecia, ese H. Tribunal, llamado a resolver únicamente sobre la procedencia de la medida de limitación del poder de compra de Cencosud sujetándose al efecto a un contenido mínimo en sus contratos con los proveedores, estimó que, para evaluar la petición, sería necesario conocer el mercado en cuestión y el estado de las relaciones entre Cencosud y sus proveedores. Es decir, ese H. Tribunal, lejos de estimar improcedente la medida, consideró necesario evaluar esos aspectos de hecho, antes de resolver.

14. Pues bien, habiéndose rendido profusa prueba conforme lo solicitado por ese H. Tribunal y estando próxima la fecha de la vista de la causa, Cencosud, en total armonía con la procedencia de la medida solicitada por esta Fiscalía, ofreció, inspirado, según señaló, en “la permanente búsqueda por mantener las mejores relaciones con sus proveedores, promover un trato equitativo y conveniente para ambas partes contratantes y dar certeza de las condiciones comerciales, jurídicas y operativas vigentes en ella”, un nuevo texto de contrato para sus proveedores.
15. Finalmente, en la sentencia reclamada, ese H. Tribunal constató que los hechos, actos y convenciones que fundan el requerimiento, esto es, las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento de la requerida, no amparadas en la eficiencia, sino en la adquisición de competidores, con los consiguientes riesgos que para la competencia esto conlleva, se habían acreditado plenamente.

Por esa razón, ese H. Tribunal “acogió” la medida preventiva de consulta previa de esas adquisiciones de competidores, a la cual ya se había allanado Cencosud, pero no hizo lo mismo con aquella medida respecto de la cual había disputa, la limitación del poder de compra.

En efecto, ese H. Tribunal, en total desconexión con el proceso, negó esta medida, en atención a que, según señala, la misma debía fundarse en conductas abusivas específicas, afectando, por lo demás, en caso de acogerse, relaciones contractuales con terceros.

## **I. La Acción Preventiva**

16. Tan solo con enunciar lo resuelto por ese H. Tribunal, se aprecia la petición de principios en que incurre, por cuanto el requerimiento de autos se ha fundado, y así lo establece la propia sentencia, en conductas concretas y sus consecuencias, esto es, en el desarrollo de estrategias de crecimiento no basadas en la eficiencia, sino en la adquisición de competidores y de terrenos aptos para que se instalen otros, con la consiguiente generación de poder de mercado y riesgo de abuso de ese poder, invocándose estos

otros hechos, las conductas presumiblemente abusivas en contra de proveedores, como prueba del riesgo que funda el requerimiento.

17. En efecto, a contrapelo de las confusas alegaciones iniciales de la contraria, desestimadas categóricamente por el mismo H. Tribunal, tanto en la resolución que rechazó la excepción dilatoria opuesta por Cencosud, como en la sentencia definitiva, la acción ejercida por la Fiscalía Nacional Económica tuvo por objeto activar la denominada justicia preventiva que, integrando, en general, la jurisdicción –las sentencias de mera certeza, por ejemplo, ya no son una curiosidad entre nosotros-, es característica de la justicia de libre competencia, como queda de manifiesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 26, 31 y 39 del Decreto Ley N° 211.
18. La procedencia de esta acción, en los términos en que fue interpuesta, fue establecida, como se señaló, por ese H. Tribunal a fojas 406, y en la sentencia reclamada (considerando tercero y siguientes) pero además resulta de toda lógica frente a la inminencia, como en el caso, de operaciones de concentración, que en sí mismas pueden no ameritar la imposición de multas u otras sanciones, pero que sin duda pueden impedir, restringir o entorpecer la competencia, o tender a producir dichos efectos, como prescribe el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, siendo al menos dudoso que esta Fiscalía pueda iniciar el procedimiento preventivo o de certeza, mal llamado “no contencioso”, del artículo 31 de dicho cuerpo legal –el H. Tribunal estima que ello no es procedente, considerando vigésimo tercero-, y pudiendo, por lo demás, establecerse a su respecto las medidas de la letra a) del artículo 26, las restantes de dicho artículo y las que procedan según las reglas generales (artículos 1°, 2°, 3° y 5°).
19. Sostener lo contrario implicaría obligar a la comunidad toda, que esta Fiscalía representa en estos asuntos, a esperar la comisión de infracciones por parte de la empresa nacida de una fusión, eventualmente un monopolio, para accionar en su contra persiguiendo multas.
20. Así, frente a determinados hechos que amenazaban la competencia, se ha ejercido una acción de naturaleza preventiva, destinada a impedir o al

menos mitigar la comisión de abusos de poder de mercado, y no ya una acción infraccional, propia de abusos ya ejecutados.

21. En estos casos corresponde, conforme a Derecho, que se acredite el hecho generador de la amenaza y la probabilidad de que ésta se haga efectiva mediante abusos concretos, debiendo luego las medidas preventivas vincularse directamente a esos abusos probables y guardar proporción con ellos.
22. La prueba del hecho generador de la amenaza no presenta dificultades conceptuales, pues se trata de hechos pasados o presentes y, por ende, acreditables conforme a las reglas generales, esto es, mediante indicios o antecedentes que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, la reglas de la lógica y las máximas de experiencia, permitan establecer su existencia.
23. No ocurre lo mismo con la probabilidad de que la amenaza se haga efectiva mediante abusos concretos, pues no se trata de hechos pasados o presentes, sino de hechos futuros, si se quiere. Sin embargo, la aplicación de las reglas generales nos entrega respuestas, pudiendo entonces afirmarse que la prueba aquí ha de consistir en indicios o antecedentes que, conforme a la lógica y la experiencia, permitan dar por establecida la probable ocurrencia, en el futuro, de abusos concretos. Esto es, la prueba ha de recaer en hechos pasados o presentes, a partir de los cuales puedan pronosticarse, razonablemente, hechos futuros.
24. En nuestra sede, para establecer la probabilidad de ocurrencia de abusos de poder de mercado, ha de probarse, primero, la existencia de ese poder, lo que se deduce de un alto nivel de concentración de la industria y de condiciones de entrada desfavorables, y luego la existencia de presuntos abusos pasados o coetáneos, o de incentivos al abuso, lo que se deduce de abultadas rentabilidades, de conductas presumiblemente abusivas, de la fortaleza económica o financiera de la empresa, de la adquisición de rivales, de las características del producto ofrecido y la preferencia que le otorgan los consumidores, u otros elementos.

25. Como se aprecia, algunos de los hechos con que es posible establecer la probabilidad de ocurrencia de abusos de poder de mercado podrían constituir en sí mismos infracciones, pero esto no empece al ejercicio de la acción preventiva, no hay razón alguna para ello, sin perjuicio de la prudencia de precaver el eventual ejercicio, en conjunto o separado, de la acción infraccional.
26. Acreditada que sea la amenaza y la probabilidad cierta de hacerse efectiva mediante abusos concretos, han de establecerse medidas preventivas directamente vinculadas y proporcionales a esos abusos. Así se hizo, por ejemplo, en la Sentencia N° 45/2006 de ese H. Tribunal, que fuera confirmada por la Exma. Corte Suprema (sentencia de 4 de julio de 2007, rol 6236-06), que prohibió a la empresa poseedora de instalaciones esenciales imponer en los contratos referidos a su uso restricciones destinadas a impedir que su contraparte le compitiese en otro mercado, y así se falló también en la Sentencia N° 55/2007, de ese H. Tribunal, también confirmada por la Exma. Corte Suprema (sentencia de 10 de octubre de 2007, rol 3732-07), que ordenó al dominante en un mercado reestructurar sus tarifas, pues las establecidas tenían por objeto impedir la competencia en otro mercado.
27. En este caso, frente a hechos de Cencosud que amenazan la competencia, esta Fiscalía ha ejercido una acción preventiva, destinada a precaver la comisión de abusos de poder de mercado con la imposición de medidas preventivas, debiendo esta Fiscalía probar el hecho generador de la amenaza y la probabilidad de que ésta se haga efectiva mediante abusos concretos, y acceder el H. Tribunal a las medidas preventivas si éstas se vinculan directamente y guardan proporción con esos abusos probables.
28. Lo resuelto por el H. Tribunal al rechazar la excepción opuesta por Cencosud al requerimiento, al aprobar el avenimiento con D&S y al fijar los puntos de prueba, así como el allanamiento de Cencosud a la consulta previa de sus operaciones de concentración y el ofrecimiento de nuevo contrato con sus proveedores, demuestran esos aciertos.

## II. El Poder de Compra de Cencosud

29. En el proceso se acreditó que Cencosud desarrolla agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento que, en lugar de fundarse en la eficiencia, batallando con esa herramienta frente a los supermercados que le compiten, se basan en la adquisición de esos competidores y en la de terrenos aptos para que se instalen otros, esto es, se ha probado el hecho o conjunto de hechos generadores de la amenaza a la competencia.
30. En efecto, consta en el proceso que Cencosud ha cuadruplicado su participación de mercado a través de la compra de Supermercados Santa Isabel, Las Brisas, Montecarlo, Economax e Infante, así como su frustrado intento de compra de Unimarc. Todavía más, las adquisiciones de Montecarlo, Economax e Infante incluyeron cláusulas de no competencia que inhabilitaron a sus dueños para participar en el mercado supermercadista por períodos que oscilaron entre los cinco y los veinte años, con posibilidad de renovación, lo que deja de manifiesto que Cencosud no solo asignó valor económico a la adquisición de los activos de dichas supermercados, sino que también a la eliminación de la competencia que aquéllos representaban.
31. Asimismo se encuentra acreditada la superficie de terrenos ociosa de que dispone Cencosud a nivel nacional, distribuidos en 19 comunas, además de su tenencia de otros 143 terrenos, distribuidos en 26 comunas del país, lo que le permitiría incrementar significativamente la superficie disponible de salas de venta bloqueando el ingreso de eventuales competidores. En esta misma línea, quedó confirmada en el proceso la mayor disposición de Cencosud a pagar por paños territoriales aptos para el retail –entre otras probanzas, Cencosud se adjudicó los últimos tres concursos de terrenos comercialmente atractivos, pertenecientes a los colegios Craighouse, Saint George y Nuestra Señora del Pilar-.
32. Acreditadas las agresivas y publicitadas estrategias de crecimiento inorgánico de la requerida, se dejó, asimismo, constancia de que aquella fue desplegada en el marco de un mercado altamente concentrado que, por

lo demás, exhibe desfavorables condiciones de entrada y características que lo hacen insustituible de cara a consumidores y a proveedores.

33. Así, mientras Cencosud exhibe una participación de mercado, a nivel nacional, ya cercana al 30%, existiendo una enorme cantidad de mercados locales donde sólo D&S le disputa clientes y muchos otros en que no tiene contrapeso, ese H. Tribunal constató que es un hecho público y notorio que *“Carrefour fue –hace más de ocho años- la última cadena supermercadista internacional que intentó ingresar a Chile”* y que desde entonces *“no se ha observado ingreso orgánico de nuevos actores a la industria supermercadista, pues tanto Falabella como el Grupo Saieh optaron por ingresar al negocio vía adquisición o toma de control de cadenas preexistentes”* (considerando nonagésimo quinto).
34. La sentencia recurrida es aún más explícita respecto a la concurrencia de los elementos que confieren poder de mercado a Cencosud respecto de los proveedores, al dar por establecidos los *“volúmenes de compra que representan las cadenas de supermercados para los proveedores, que permiten a éstos alcanzar economías de escala y de ámbito; segundo, el conjunto distintivo de servicios y facilidades (estacionamientos, promoción y publicidad) ofrecidas al proveedor para la distribución minorista de sus productos, que facilita la venta de un mayor número de unidades; tercero, las inversiones específicas del proveedor derivadas de las condiciones particulares de exhibición y comercialización de los productos en el canal supermercadista; y, cuarto, el contar con financiamiento propio a través de sus tarjetas de crédito relacionadas”*.
35. Evidenciado el poder de mercado de Cencosud se acreditó, luego, el riesgo cierto de abuso de ese poder, ya sea mediante la imposición de precios abusivos a los consumidores o de condiciones de compras también abusivas a sus proveedores.
36. El riesgo de fijación de precios abusivos a los consumidores se probó del modo más directo posible, esto es, constatándose que *“la disminución en el número de competidores en el ámbito local de competencia producirá, en*

*términos esperados y estadísticamente significativos, un aumento en los precios a consumidor” (considerando centésimo decimooctavo).*

37. La medida apropiada para precaver este riesgo es, así se ha establecido, o derechamente la prohibición de la operación o bien alguna otra de menor entidad, pero suficiente, según el caso, porque en realidad estas medidas han de evaluarse en el caso concreto, en atención a que, de cara a los consumidores, el mercado es de carácter local. De esta manera, la medida de mitigación de este riesgo de abuso no ha de ser otra que la consulta previa a ese H. Tribunal de las operaciones de concentración en que intervenga Cencosud, posibilitando la adopción de los resguardos que el caso en particular amerite. Tan acertado es este razonamiento, que con independencia de lo que ahora sostenga Cencosud ante la Excma. Corte Suprema, no podrá legítimamente negar que al contestar el requerimiento se allanó en esta parte.
38. Por su parte, el riesgo de imposición de condiciones abusivas de compra a los proveedores también fue plenamente acreditado, y también del modo más directo posible, esto es, constatándose que, a medida que aumenta la concentración de la industria en favor de las grandes cadenas de supermercados, empeoran las condiciones de compra a los proveedores y se incrementa la ya habitual ocurrencia de conductas presumiblemente abusivas.
39. Así, en el informe económico de fojas 1715, consta que durante el año 2005, ocurridas ya las adquisiciones de Supermercados Santa Isabel, Las Brisas y Montecarlo y consolidado Cencosud como el segundo actor de importancia en la industria, ésta incrementó sus ingresos por concepto de cobros a proveedores en más de un 60% en relación con el año 2004, no obstante mantener una participación de mercado relativamente estable.
40. Más todavía, la probabilidad de ocurrencia del abuso contra proveedores encuentra antecedente directo en la condena a Cencosud por abuso en contra de los proveedores de Santa Isabel, plasmada en la Resolución N° 720/2003, que Cencosud ni siquiera reclamó, así como en la Sentencia N° 09/2005 de ese H. Tribunal, que estimando acreditada la habitual

ocurrencia de conductas abusivas en contra de los proveedores por parte de Cencosud, no las sancionó en particular, sino que previno acerca de la realización de prácticas que pudieren dar lugar a ellas, lo que ahora ese mismo H. Tribunal estima improcedente. Nótese que esta sentencia fue reclamada por Cencosud ante la Exma. Corte Suprema, pero no en la parte que estableció prevenciones respecto a sus relaciones con los proveedores.

41. En estricto rigor, con la evidencia señalada basta y sobra para dar por acreditada la probabilidad de ocurrencia de abusos en contra de los proveedores. De hecho, la sentencia reclamada reconoce esta probanza al dar por establecido que *“la política de crecimiento de Cencosud basada en la compra de competidores, en el contexto de una industria crecientemente concentrada ... tiene el efecto esperado de acrecentar el número de proveedores que no tiene poder de negociación en su relación con la requerida; y, con ello, los riesgos de que esta última abuse de su posición dominante, favoreciendo condiciones de contratación que podrían incidir, en forma no transitoria, en la oferta agregada de productos”*.
42. Pero esta Fiscalía, lejos de herrar el camino, como podría deducirse de la sentencia reclamada, ha ido aún más allá de la prueba necesaria y suficiente de la probabilidad de ocurrencia del riesgo, probando fehacientemente, aunque la sentencia no de cuenta de ello - encuestas de percepción, declaraciones de testigos y expertos y contratos entre Cencosud y sus proveedores-, la habitualidad de ocurrencia de conductas presumiblemente abusivas. Podrá ese H. Tribunal negarse a sancionar, aunque esto no le fue requerido, esas conductas en particular, pero resulta un contrasentido que castigue a esta parte por haber aportado este “exceso de prueba”.
43. Acreditado el riesgo de abuso del poder de compra, la única medida de mitigación que está vinculada de manera directa a ese riesgo específico, es la limitación del mismo, a través de la formalización de las relaciones de Cencosud con sus proveedores, mediante un contrato marco con un contenido mínimo que desterrase las más habituales conductas abusivas.

44. No cabe aquí la menor duda respecto de la procedencia de la medida, toda vez que, a diferencia de la relación con los consumidores, que es eminentemente local, la relación del supermercado con los proveedores es de carácter nacional, de manera que el riesgo y, por ende, su remedio, concurrirán siempre.
45. En definitiva, ese H. Tribunal, conforme a Derecho, declaró acreditados los hechos constitutivos de la amenaza a la competencia, la probabilidad cierta de abusos concretos, contra consumidores y proveedores, y hasta la procedencia de los remedios solicitados, pero en definitiva dio lugar tan sólo a aquel remedio respecto del cual la contraria se allanó, y no al que en parte controvirtió, arguyendo que algunos de los hechos con que se contribuyó a probar la necesidad de este remedio deberían haber dado origen a un proceso infraccional.

### III. La Medida Denegada

46. Como se desprende de lo expuesto, las medidas solicitadas por esta Fiscalía en su requerimiento son de similar naturaleza, esto es, preventivas, correspondiendo su aplicación en este proceso en virtud de las reglas generales de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º del Decreto Ley N° 211, pero también por aplicación del texto expreso de la letra a) del artículo 26 de dicho cuerpo legal, que permite... *“Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley...”*.
47. En particular, la Excm. Corte Suprema ha tenido ocasión de confirmar que medidas como las solicitadas se encuadran en la letra a) del artículo 26. Así, a propósito de la reclamación interpuesta en contra de la ya referida Sentencia N° 9/2004, de ese H. Tribunal, la Exma. Corte resolvió que la medida preventiva adoptada – la consulta obligatoria de las operaciones de concentración – correspondía a aquellas a que se refiere la norma aludida, *“desde que se puso término a la posibilidad de adoptar, sin previa consulta, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas”*

(considerando cuarto, sentencia de 26 de mayo de 2005, Rol N° 4927/2004).

48. Ahora bien, Cencosud ha referido que la medida relativa a su poder de compra resulta excesiva, constituyendo una intromisión en su libertad contractual, pero la verdad es que la medida solicitada por esta Fiscalía dista mucho de merecer estos calificativos, siendo más bien la explicitación de normas de orden público, destinadas a precaver abusos en contratos que en la actualidad podrían incluso adolecer de nulidad, pues lo único que hacen es establecer derechos en favor de Cencosud, que a cambio adquiere obligaciones cuyo contenido y alcance suele depender de su voluntad. En efecto, el contrato actualmente vigente entre Cencosud y sus proveedores establece, por ejemplo, plazos de pago y porcentajes de descuentos “*mínimos*”, o sea, podría Cencosud aplazar más aún el pago o descontar una cifra mayor del precio, lo que se une a cláusulas evidentemente abusivas, como la que señala que *“el incumplimiento de las obligaciones expresa o implícitamente asumidas al tenor de las presentes facultará a Cencosud Supermercados S.A. a aplicar una penalidad de hasta la mitad del importe de las órdenes de compra correspondiente a los tres meses anteriores al hecho que dio origen a la multa o, en caso de gravedad manifiesta, resolver de pleno derecho la relación comercial, más daños y perjuicios”*.
49. La verdad es que lo solicitado por la Fiscalía a este respecto no es más que la exigencia de estipular todos los descuentos que sobre el precio de las mercaderías adquiridas a los proveedores podría efectuar Cencosud, descartándose, desde luego:
- a) Los cobros por servicios sin contraprestación clara y verificable;
  - b) Los servicios y cobros vinculados a riesgos propios del supermercado; y
  - c) Los cobros relativos a inversiones y costos asociados a la expansión o crecimiento de la cadena de supermercados, como renovación o inauguración de locales.

50. Para dotarlo de seriedad, se solicitó que el acuerdo entre Cencosud y sus proveedores fuese inmutable, al menos por un lapso de tiempo, debiendo su renegociación realizarse en períodos preestablecidos y acotados.
51. Con el mismo objeto, el acuerdo debía contemplar un mecanismo de solución de controversias que garantizara la imparcialidad en la resolución del conflicto y la celeridad del procedimiento.
52. Por último, esta Fiscalía solicitó el establecimiento del compromiso de pago del precio de las mercancías en un plazo máximo de treinta días, y la natural aplicación del mismo plazo de pago a las obligaciones que Cencosud impone al proveedor (por servicios que supuestamente le presta).
53. Esta petición ha sido la más resistida por Cencosud, que al efecto ha alegado supuestas cuestiones de principios. Sin embargo, D&S, en el avenimiento que alcanzó con esta Fiscalía, y que fuera aprobado por ese H. Tribunal, accedió a esta petición respecto de los proveedores de menor tamaño, pues resulta evidente que no hay voluntad de su parte cuando la gran cadena de supermercados les aplaza los pagos, financiando el negocio supermercadista a su costa y, en definitiva, apropiándose de su capital de trabajo, resultando entonces aplicable, no ya un principio, ni una norma de justicia, sino la Ley N° 19.983, de 2004, que ante la ausencia de mención expresa –y, según se acreditó, la que pudiere existir entre Cencosud y los proveedores ha de entenderse impuesta por aquella– dispone que las facturas han de pagarse dentro de los treinta días siguientes a su recepción.
54. En consecuencia, el contenido mínimo que esta Fiscalía requiere para los contratos de Cencosud con sus proveedores se limita a impedir el desconocimiento de lo acordado, la imposición de cobros sorpresivos y sin causa y el aplazamiento de los pagos más allá de lo establecido en la ley.

#### IV. Las Contradicciones de la Sentencia

55. La sentencia reclamada, que reconoce la naturaleza preventiva y no infraccional de la acción, que al efecto da por establecidos los hechos y las consecuencias que fundan el requerimiento, esto es, los hechos generados de amenazas a la competencia, que luego también tiene por cierta la probabilidad de que la amenaza se haga efectiva mediante abusos de poder de mercado, y hasta la vinculación directa entre estos probables abusos y los remedios solicitados, resuelve acceder sólo a uno de estos remedios, aquel al que Cencosud ya se había allanado, negando lugar al otro, al único controvertido, por estimar que para su ocurrencia las conductas que demuestran el riesgo debieran *“haber sido denunciados como infracciones autónomas y concretas, mas no como ejemplos de riesgos que podría llevar aparejada una mayor concentración en la industria supermercadista”* (considerando vigésimo sexto).
56. Al así resolver, la sentencia, en definitiva, desconoce la naturaleza preventiva de la acción deducida. En efecto, como quedó establecido, los hechos a que alude la sentencia se alegan y, además, se prueban, con el fin de establecer la probabilidad de comisión de abusos de poder de mercado de Cencosud en el futuro y la subsecuente necesidad de precaver esos abusos.
57. Por lo demás, la probabilidad de ocurrencia de abusos de poder de compra de Cencosud fue establecida con otros antecedentes, que por sí solo bastan al efecto, con lo que la sentencia, en esta parte, constituye un paradójal castigo al “exceso de prueba” rendida por esta Fiscalía.
58. La sentencia que se reclama resulta así contradictoria consigo misma, por cuanto inicia su razonamiento reconociendo la naturaleza preventiva de la acción deducida, la existencia del riesgo de abuso de poder de mercado (considerandos duodécimo y centésimo decimoctavo) y hasta la procedencia de los remedios solicitados, para luego negarse a decretar uno de ellos, que no el otro, en atención a que algunos hechos que en concreto demuestran el riesgo deberían haber dado origen a un juicio infraccional.

59. A esa contradicción ha de sumarse otra igualmente grave, pues la medida preventiva a que sí dio lugar la sentencia, la de consulta previa de operaciones de concentración, aparece avalada por antecedentes de similar naturaleza y entidad que ésta otra, que permiten establecer meridianamente la probabilidad de abusos de poder de mercado, habiéndose agregado, respecto de la necesidad de limitar el poder de compra, ejemplos concretos de abusos.
60. A las contradicciones que contiene la sentencia han de sumarse, aún, las que se develan al contrastarla con aquella que denegó la excepción interpuesta por Cencosud al requerimiento y con aquella que fijó los puntos de prueba.
61. Al interponer su excepción Cencosud preguntaba “¿*Cuáles son los abusos concretos que han sufrido los proveedores, o sea, cuál es el hecho ilícito concreto que se imputa?*”, a lo que ese H. Tribunal respondía “... *se señalan con suficiente claridad los hechos y circunstancias que le sirven de fundamento, como asimismo las peticiones que se someten a consideración de este Tribunal...*”, para más tarde pedir prueba respecto de las condiciones comerciales de las relaciones de aprovisionamiento entre Cencosud y sus proveedores, su evolución y justificación.
62. Más todavía, al aprobar el avenimiento entre esta parte y D&S, ese H. Tribunal calificó el acuerdo como un “avance”, toda vez que “conforme a sus términos, busca prevenir los riesgos para la competencia existen en las relaciones entre D&S y sus proveedores, mediante el establecimiento por parte de aquella, de condiciones de contratación transparentes, generales y objetivas, que introducirán mayor certeza respecto de las condiciones de compra y de los cobros que efectúa a todos sus proveedores” (considerando tercero, resolución de 17 de enero de 2007).
63. A esas graves contradicciones han de sumarse las que surgen de constatar las concesiones que las contrarias hicieron en el proceso, pues D&S convino con la Fiscalía la limitación del poder de compra de un modo similar al solicitado y Cencosud, que se allanó a la medida de consulta previa de sus operaciones de concentración, de similar naturaleza a la denegada,

durante el proceso también ofreció limitar su poder de compra mediante un contrato marco con sus proveedores. No obstante el contenido vago e impreciso de la propuesta contractual de Cencosud - la que, incluso, podría generar vicios de nulidad- resulta paradójal que el H. Tribunal haya concedido a esta parte menos de lo que la requerida evidenció en el proceso estar dispuesta a ceder en beneficio de sus proveedores.

64. Pero no sólo lo resuelto en cuanto al poder de compra es contradictorio con el presente proceso, sino que además con la jurisprudencia generada por ese mismo H. Tribunal, pues la Sentencia N° 09/2005 decretó prevenciones a Cencosud y D&S respecto de sus relaciones con los proveedores, sin sancionar las conductas presuntamente abusivas que allí se ventilaron de manera genérica, pero que permitieron establecer la probabilidad cierta de abuso. Y nótese que en esa ocasión Cencosud no reclamó de esta sentencia, no en esta parte.
65. Finalmente, la sentencia pretende justificar la errónea denegación de limitación del poder de compra de Cencosud introduciendo un argumento que ni siquiera ésta enarboló jamás, señalando que con tal medida se afectarían relaciones contractuales de terceros ajenos al proceso.
66. Al respecto, habrá de recordarse que el interés que aquí está en juego no es el de los particulares, sino el público, que el conflicto no es, por ende, de derecho subjetivo, sino objetivo, y que entonces lo que se ha buscado es compatibilizar los contratos de Cencosud con el orden público, sin que resulte imaginable, por lo demás, modo alguno en que los proveedores resulten perjudicados con la prohibición a Cencosud de imponer a ellos contratos o cláusulas abusivas.

**POR LO TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL SOLICITAMOS,** en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, tener por interpuesto, para ante la Exma. Corte Suprema, el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Alto Tribunal con el fin que, en

virtud de los mismos antecedentes y normas y, además, de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5° y 26 del Decreto Ley N° 211, enmiende conforme a Derecho la Sentencia N° 65, de 8 de mayo de 2008, de ese H. Tribunal, declarando que, además de consultar, en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, en forma previa a su materialización, las operaciones de concentración en la industria supermercadista en que intervenga, Cencosud deberá sujetarse a un contrato marco previamente aprobado por ese H. Tribunal que, con el contenido mínimo solicitado, rija sus relaciones con sus proveedores, y todo ello con expresa condena en costas.