



19⁰⁰ hrs

19

EN LO PRINCIPAL: INFORMA.

EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTO, Y SOLICITA RESERVA Y CUSTODIA.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: PERSONERÍA.

2006

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZUA, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), con domicilio en Agustinas N° 853, piso 12, en los autos caratulados "Demanda de Constructora y Administradora Uno S.A. en contra de Cencosud S.A.", Rol C N° 116-06, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha solicitado a esta Fiscalía, mediante resolución de fojas 115, que informe sobre el escrito de desistimiento de la demanda y aceptación, presentado por las partes, Constructora y Administradora Uno S.A., y Cencosud S.A.

Al efecto, cumplo con informar lo siguiente:

I.- Obligaciones de no competir.

Las obligaciones de no competir han recibido en doctrina un trato similar al de las prohibiciones de enajenar, en cuanto ambas constituyen formas de excepción al principio general de la libre circulación de la riqueza.

En consecuencia, este tipo de cláusulas han sido aceptadas sólo en la medida que estén razonablemente limitadas en los ámbitos espacial, material y temporal, entendiéndose que la trasgresión de aquellos límites genera un vicio de nulidad por objeto ilícito, por contrariar al orden público.¹

¹ León Hurtado, A., "El Objeto en los Actos Jurídicos", 2da Ed. Actualizada, Ed. Jurídica, 1983, pág. 39; Streeter Prieto, J., "Libre Competencia y contratación", publicación de la Fiscalía Nacional Económica. "Día de la Competencia". 30 de octubre de 2003 Casa Piedra, Santiago-Chile", págs. 41 y 42.

Los límites que la doctrina ha establecido para dichas cláusulas, de acuerdo a sus ámbitos de aplicación, pueden explicarse así:

- a) Limitación espacial: La aplicación de la cláusula no debe exceder el ámbito geográfico en que produce efectos la convención principal.
- b) Limitación material: Debe tratarse de una convención meramente accesoria a una transacción principal, esto es, no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la efectividad de esta última. Por lo mismo, el obstáculo a la competencia generado por la estipulación de no competir debe guardar proporción con los objetivos del contrato. Y,
- c) Limitación temporal: La estipulación no debe extenderse más allá del tiempo necesario para permitir a ésta producir sus efectos. A modo de ejemplo, la duración máxima admitida por la Comisión Europea es de hasta 5 años.²

Entre nosotros, la limitación temporal de las cláusulas de no competir fue especialmente analizada con motivo de la cesión de los negocios de operación de tarjetas de crédito de Bancard y Fincard a Transbank, en 1991, época en que la Comisión Preventiva Central, por medios de sus Dictámenes Nos. 757/1991 y 787/1991, no consideró razonable extender aquella carga por un lapso mayor a los cinco años.

En otra perspectiva, las cláusulas que impongan cargas absolutas de no competir resultan ser incompatibles con la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantizados por los Nos. 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política.

En definitiva, las cláusulas de no competir que vulneren los límites arriba referidos, han de considerarse anticompetitivas.

II.- La cláusula impugnada en la demanda.

Con fecha 31 de enero de 1997, la demandante, Constructora y Administradora Uno S.A., celebró un contrato de compraventa con Inmobiliaria Las Verbenas S.A. (hoy Cencosud Shopping Centers), en cuya cláusula séptima se estipuló que:

"Constructora y Administradora Uno S.A. se obliga a no destinar espacio alguno del centro comercial, a la explotación de establecimientos comerciales cuyas superficies excedan de quinientos metros cuadrados, ya sea de forma directa o por parte de terceros y en forma muy especial respecto de establecimientos que comercialicen sus productos bajo la forma de un supermercado o autoservicio de mercaderías, cuyos productos se entiendan formar parte de un surtido de almacén" (el destacado es nuestro)

Como puede apreciarse, la cláusula que motivó la demanda de autos es contraria a la libre competencia, toda vez que, siendo accesoria al contrato de compraventa, no reconoce límites materiales ni tampoco temporales, por lo que resulta excesiva en relación con la efectividad de las inversiones realizadas por Cencosud en las instalaciones adquiridas.

En efecto, además de extenderse el contenido de dicha cláusula a rubros distintos de aquellos explotados por Cencosud en el Arauco Outlet Mall de Maipú (supermercado y homecenter), no se establece ningún tipo de limitación temporal para la restricción en ella establecida, esto es, es de duración indefinida.

Con esto se imposibilita, por ejemplo, la transformación del centro comercial en uno con las características propias de un mall, atendido que no podrá instalarse una tienda por departamento, existiendo una estrecha vinculación entre la presencia de grandes superficies (tiendas anclas) y el éxito de un centro comercial del tipo referido.

² El Reglamento CE N° 2790/99, de la Comisión Europea, prohíbe, entre otras, "Cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años..." (Art.

Por lo demás, la cláusula no solo perjudica del actor, sino que a los consumidores emplazados en la comuna de Maipú y sus alrededores, pues se les priva de los beneficios aparejados a la cercanía de un mall y del acceso a una mayor oferta de tiendas de gran superficie.

III.- El desistimiento de la demanda.

Las partes han solicitado al H. Tribunal que tenga presente el desistimiento de la demanda, aceptado por la demandada, y motivado en un acuerdo extrajudicial.

A objeto de evacuar el informe solicitado al efecto por el H. Tribunal, esta Fiscalía ha requerido el acuerdo extrajudicial en cuestión y ha podido constatar que el mismo contiene una limitación de los efectos de la cláusula de no competir impugnada en autos, cuyo tenor ahora sería el siguiente:

"Constructora y Administradora Uno S.A. estará afecta a la limitación de no poder destinar espacio alguno del centro comercial, a la explotación de establecimientos comerciales cuyas superficies excedan de 500 m², ya sea en forma directa o indirecta o por parte de terceros, para la operación de un supermercado o similar (se entiende por "supermercado" aquel local en que más del 20% de su superficie esté destinado a la venta de productos consideradas como alimentos y/o abarrotes), ni tampoco de un local tipo homecenter, sin limitación de plazo".

Esa cláusula se pacta en el contexto de un acuerdo mayor, conforme al cual:

"El Vendedor, declara que tiene la intención de ampliar dicho centro comercial, incorporando un boulevard, destinado a locales de comida y dos tiendas por departamento, según plano adjunto, que forma parte del presente contrato como Anexo 1, en adelante "el Proyecto". El vendedor declara, que por el plazo de 5 años, y por razones de rentabilidad dicho Proyecto sólo comprenderá

5, letra a).

dos tiendas por departamento en el lote Uno A. Además, declara, que también por razones de rentabilidad del centro comercial, no destinará espacio comercial alguno a la operación de un supermercado o similar (se entiende por "supermercado" aquel local cuya superficie exceda de 500 m², y en que más del 20% de su superficie esté destinado a la venta de productos consideradas como alimentos y/o abarrotes), ni tampoco de un local tipo homecenter, sin limitación de plazo.

Una de las dos Tiendas por Departamento, será destinada a la operación de una Tienda París, según se indica en el artículo quinto, y la segunda podrá ser arrendada a Ripley o Falabella u otra similar. La limitación de dos tiendas, será por 5 años contados desde que ambas tiendas hubieren inaugurado a público, salvo que con anterioridad, la tienda París hubiere obtenido durante seis meses consecutivos, sin considerar el mes de diciembre, por concepto de ventas netas promedio mensual, UF 9,5 por m² de la superficie total arrendada."

Como se aprecia, a la obligación de no competir se le ha introducido una limitación material, esto es, se le ha restringido al objeto de las inversiones iniciales de Cencosud, los rubros de supermercado y homecenter, con lo cual el centro comercial queda en libertad para destinar sus superficies a otro tipo de negocios, como serían las tiendas por departamento, tercer formato de gran superficie utilizado por los centros comerciales y que le darían características de mall.

Ahora bien, la obligación de no competir, limitada materialmente, como se ha señalado, continúa siendo indefinida en el tiempo, cuestión que merece reparos conforme a las normas de defensa de la competencia.

Por otro lado, la libertad que, en general, ha ganado el centro comercial, se vuelve a limitar en consideración a la inversión que realizaría Cencosud en una tienda por departamento, Almacenes París, aunque esta vez con una obligación de no competir limitada material y temporalmente³.

³ "La limitación de dos tiendas, será por 5 años contados desde que ambas tiendas hubieren inaugurado a público, salvo que con anterioridad, la tienda París hubiere obtenido durante seis meses consecutivos, sin considerar el mes de diciembre, por concepto de ventas netas promedio mensual, UF 9,5 por m² de la superficie total arrendada", reza el acuerdo extrajudicial.

IV.- Conclusiones.

A juicio de esta Fiscalía, las obligaciones absolutas de no competir, del tipo de la que motivó la demanda de autos, han de ser estimadas anticompetitivas.

La modificación de la cláusula de no competir que motiva el desistimiento y aceptación de las partes, ha acotado materialmente aquella cláusula a los rubros de supermercado y homecenter, permitiendo, desde luego, la instalación de tiendas por departamento, lo que a su vez posibilita que el centro comercial en cuestión adquiera características de mall. No obstante, esa limitación material se ha dado en el marco de una proyectada instalación de una tienda por departamentos del mismo Cencosud, Almacenes París.

Por otra parte, la obligación de no competir en los rubros de supermercado y homecenter, mantiene su duración indefinida en el tiempo.

En consecuencia, los acuerdos ventilados en autos merecen aún reparos a la luz de las normas de defensa de la libre competencia.

POR LO TANTO,

En consideración a lo expuesto y a lo dispuesto en el artículo 39º, letra e), del Decreto Ley N° 211, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicito tener por evacuado el informe requerido a esta Fiscalía Nacional Económica.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal tener por acompañada, bajo apercibimiento, copia simple del acuerdo extrajudicial referido en lo principal, disponiendo la reserva del mismo respecto de terceros ajenos al proceso y su custodia por el Sr. Secretario.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica emana de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y de la Resolución N°

49, de 31 de octubre de 2006, que dispone mi nombramiento en el cargo y que se custodia en la Secretaría del Tribunal.