

Consulta Asociación Gremial del Retail ante el TDLC respecto a condiciones comerciales de centros comerciales

Informe solicitado por Parque Arauco S.A.

14 de septiembre de 2022

Privilegiado y Confidencial

FERNAND
O JOSE
COLOMA
RIOS

Firmado
digitalmente por
FERNANDO JOSE
COLOMA RIOS
Fecha: 2022.09.14
20:38:56 -03'00'



Fernando Coloma R. y Juan-Pablo Montero

Índice

Sección 1	Introducción y resumen	1
	Credenciales	1
	<i>Fernando Coloma Ríos</i>	1
	<i>Juan-Pablo Montero</i>	1
	Alcances del estudio	2
	Resumen	3
	Descripción de la Consulta	3
	Existencia de posición dominante y relación entre poder de mercado y prácticas alegadas	4
	La economía de las plataformas de dos lados	6
	Razonabilidad de las prácticas y cláusulas referidas en la Consulta	7
	Consistencia del razonamiento anterior con literatura y jurisprudencia	9
Sección 2	Principales argumentos de la Consulta	10
	Descripción general de la Consulta	10
	Prácticas y cláusulas mencionadas en la Consulta	11
	Estructura tarifaria	11
	Reajustes del valor mínimo mensual	12
	Falta de transparencia en cobros adicionales	12
	Acceso a información financiera y comercial estratégica de los locatarios	13
	Restricciones verticales	13
	Cláusulas que vinculan contratos con centros comerciales de un mismo operador	14
	Cláusulas que obligan a realizar remodelaciones	15
	Horarios de atención diferenciados	15
	Inexistencia de cláusulas de salida	15
	Prácticas y cláusulas adicionales referidas por la FNE	16
	Efectos anticompetitivos que incidirían en el bienestar de los consumidores según AGR	17
Sección 3	Las prácticas descritas por AGR no parecen relacionarse con un abuso de posición dominante ya sea individual o colectivo	19
	No existen elementos para concluir la existencia de una posición de dominio por parte de Parque Arauco	20
	Definición de mercado relevante	20
	Participaciones de mercado	22
	Las cláusulas y porcentajes de cobros de Parque Arauco no dependen del grado de concentración del mercado en que se encuentre	28
	Los malls enfrentan fuerte y creciente competencia del <i>e-commerce</i> que reduce su poder de negociación respecto a los <i>retailers</i>	41

	Consistencia con una práctica de abuso de posición dominante conjunta o colectiva	44
	Conclusiones	46
Sección 4	Existen razones de eficiencia que explican el tipo de cláusulas y restricciones verticales descritas en la Consulta	48
	La economía de las plataformas de dos lados	49
	Características principales de las plataformas de dos lados	49
	Estructura de precios de las plataformas de dos lados	50
	Economía de los centros comerciales	51
	Racionalidad de las prácticas y cláusulas referidas en la Consulta	52
	Estructura tarifaria	53
	Cobros adicionales (gastos comunes y fondo de promoción)	56
	Cláusulas que dan acceso a información financiera y comercial de los locatarios	57
	Intervención en precio de venta al público	58
	Cross-default	60
	Obligación de realizar remodelaciones	61
	Horarios de atención diferenciados	62
	Cláusulas de salida	62
	Racionalidad de las prácticas y cláusulas adicionales referidas por la FNE	64
	Inclusión de venta <i>online</i>	64
	Multas y término anticipado del contrato	65
	La literatura económica y la jurisprudencia internacional son consistentes con las razones de eficiencia descritas	65
	Descripción de literatura en la materia	66
	Descripción de jurisprudencia en la materia	68
	Conclusiones	70

Sección 1

Introducción y resumen

Credenciales

Fernando Coloma Ríos

- 1.1 Fernando Coloma Ríos es Senior Vice President y Head de Compass Lexecon Chile, con base en Santiago. Obtuvo los títulos de Master of Science en Economía y Management de London School of Economics, Magíster en Economía con especialización en organización industrial de la Universidad Católica de Chile e Ingeniería Comercial con mención en economía en la misma universidad.
- 1.2 Antes de incorporarse a Compass Lexecon, Fernando se desempeñó por seis años en la Fiscalía Nacional Económica, donde fue Economista Jefe y Jefe de División Subrogante de la División de Fusiones, liderando el equipo económico durante la introducción del nuevo sistema de notificación obligatoria de fusiones en junio de 2017.
- 1.3 Durante los últimos años ha participado y liderado equipos en el análisis de numerosas operaciones de concentración en una diversidad de industrias, incluyendo casos de gran complejidad e investigaciones de Fase 2, donde ha debido representar a la Fiscalía Nacional Económica ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Adicionalmente, fue el autor del informe utilizado para definir los primeros umbrales de notificación de operaciones de concentración en el país. En la práctica privada, ha prestado asesoría a clientes en temas relacionados a política de competencia tanto en Chile como en el extranjero.
- 1.4 Ha sido profesor de economía y organización industrial en la Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile y Universidad de los Andes, siendo actualmente profesor del Diplomado de Libre Competencia de la Universidad Católica de Chile.

Juan-Pablo Montero

- 1.5 Juan-Pablo Montero es Senior Consultant de Compass Lexecon Chile y Profesor Titular del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile ("PUC") e Investigador Asociado al Instituto Sistemas Complejos de Ingeniería ("ISCI"). El Profesor Montero es Ingeniero Civil de la PUC y tiene grados de Máster y PhD en Economía del Massachusetts Institute of Technology ("MIT"). Ha sido además Profesor Visitante en el MIT Sloan School of Management, en el Harvard Kennedy School of Government, y en el Departamento de Economía y Centro de Estudios Latinoamericanos de Stanford. Su investigación se concentra en las áreas de organización industrial y economía de los recursos. Sus trabajos han sido publicados en las mejores revistas de economía, incluyendo el American Economic Review,

Journal of Political Economy, Review of Economic Studies, Economic Journal, Journal of Economic Theory y Rand Journal of Economics. El año 2007 fue distinguido por El Mercurio como Economista del Año y en 2020 como Fellow de la Econometric Society.

- 1.6 El Profesor Montero ha trabajado en un selecto número de casos de libre competencia en Chile, tanto por solicitud de la autoridad de competencia como de empresas nacionales e internacionales. Estos casos han incluido temas de colusión, fusiones y abuso de posición dominante, en industrias tan distintas como la alimentaria, pesca, telecomunicaciones, agencias de publicidad, carreteras, líneas aéreas, generación eléctrica, televisión abierta y por cable (tanto en la generación de contenido como en su distribución), aeropuertos, sanitaria, gas natural, y recursos mineros. El Profesor Montero ha testificado frente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile. Además, aparece citado como Thought Leader-Competition Economists según Who's Who Legal.

Alcances del estudio

- 1.7 Con fecha 2 de octubre de 2020 la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. ("AGR") presentó una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") cuyo fin era que la autoridad se pronunciara respecto a la posibilidad de que ciertas cláusulas contractuales y prácticas comerciales que caracterizan la relación entre los principales operadores de centros comerciales (*malls*) y los *retailers* o locatarios de dichos centros comerciales, pudieran resultar contrarias a la competencia.
- 1.8 También piden que el TDLC se pronuncie respecto a eventuales riesgos derivados de la integración vertical entre operadores de centros comerciales y algunos locatarios. Junto con esto, la consultante señala que, en caso de que el TDLC estime que existen riesgos o efectos anticompetitivos derivados de las prácticas comerciales que se describen, establezca medidas o condiciones encaminadas a corregirlas. El día 24 de mayo de 2021 el TDLC dio inicio al presente procedimiento de consulta, bajo el Rol NC N°478-2020 (la "Consulta").
- 1.9 En este contexto, Parque Arauco S.A. ("Parque Arauco") solicitó a Compass Lexecon Chile una asesoría económica para la revisión crítica de los argumentos presentados por AGR. En particular, se solicitó una evaluación de la racionalidad económica de las cláusulas que se describen en la Consulta, de su posible efecto sobre el bienestar de los consumidores y su consistencia con las prácticas de la industria en otras jurisdicciones. En resumidas cuentas, se estudia si las prácticas descritas por la AGR podrían derivarse de un abuso de posición dominante o si, por el contrario, pueden explicarse por razones de eficiencia dadas las características del mercado.
- 1.10 El informe se estructura de la siguiente manera:
- a. En el resto de esta sección se presenta un resumen que contiene las principales conclusiones del informe.
 - b. En la Sección 2 se describen los principales argumentos y temas planteados en la Consulta.

- c. En la Sección 3 se analiza si las prácticas y cláusulas descritas se relacionan con un abuso de posición dominante de Parque Arauco.
 - d. En la Sección 4 se describen explicaciones alternativas y más razonables para cada una de las prácticas y cláusulas que conciernen a Parque Arauco, recalcando las probables eficiencias detrás de estas dada la característica de dos lados del mercado.
- 1.11 Entendemos que nuestro deber consiste en aportar un análisis sobre materias de nuestro ámbito de experiencia, el que podría servir de apoyo al TDLC. Declaramos que las opiniones contenidas en este informe son objetivas y se desprenden del estudio imparcial de los antecedentes revisados y de los conocimientos y razonamientos de sus redactores. En este sentido, si bien Compass Lexecon Chile recibe un pago por este trabajo, nuestra remuneración no depende del resultado de este estudio, ni de las opiniones expresadas y, por lo tanto, actuamos con independencia de juicio.
- 1.12 Para la redacción del informe se ha utilizado fundamentalmente la información aportada por Parque Arauco que sirve para corroborar los hechos referidos en la Consulta, entre ella:
- a. Datos de facturación mensual de Parque Arauco entre enero de 2017 y mayo de 2021.
 - b. Datos de ventas reportadas a Parque Arauco por los locatarios entre enero 2017 y mayo de 2021
 - c. Contratos vigentes a junio de 2021, junto con ejemplos de contratos de ciertos locatarios.
 - d. Información sobre cantidad, ubicación y características de centros comerciales en Chile, elaborado por Georesearch.
 - e. Reportes demográficos elaborados por Georesearch para cada uno de los centros comerciales de Parque Arauco.
 - f. Información relativa a la aplicación de multas a los locatarios de los centros comerciales de Parque Arauco entre 2019 y 2021.
- 1.13 También se utilizó información pública de la industria, mayoritariamente contenida en las memorias anuales que publican los operadores regulados por la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”) y las páginas web de los locatarios que pertenecen a AGR.

Resumen

Descripción de la Consulta

- 1.14 AGR ha solicitado al TDLC que revise ciertas prácticas comerciales de las principales sociedades que operan centros comerciales en el país. AGR señala que existe falta de transparencia en la determinación de los valores de los arriendos y otros cobros, y que la renta de arrendamiento y demás ingresos no se fijarían siguiendo criterios objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios. Estos cobros, a juicio de AGR, constituyen

un potencial riesgo y/o efecto anticompetitivo, ya sea por la vía de la extracción de renta o por una potencial estrategia de estrangulamiento de márgenes hacia los locatarios. Por otra parte, AGR indica que los centros comerciales exigirían a los locatarios entregar información comercial sensible, lo que, a su juicio, les entregaría a los operadores de centros comerciales una posición negociadora aventajada.

- 1.15 Además, AGR solicita al TDLC que revise ciertas restricciones verticales que impondrían los operadores de centros comerciales, respecto a límites a los precios de venta al público y castigos en casos de disminución de las ventas. Finalmente, AGR señala la existencia de otras estipulaciones y actos que podrían conllevar riesgos para la competencia, tales como la posibilidad de poner término anticipado a todos los contratos de arrendamiento de un locatario en caso de incumplimiento en una sola locación (*cross-default*), condicionar el arriendo de un determinado local o la renovación de los contratos a la obligación de que también se arriende en otro centro comercial, la exigencia de remodelación periódica de los locales, diferencias en los horarios de atención entre locatarios y la inexistencia de cláusulas de salida.
- 1.16 De manera adicional, la FNE en su aporte de antecedentes se refiere a dos tipos de prácticas que no son señaladas por AGR. La primera se refiere a la incorporación en los contratos de arriendo de las ventas realizadas a través de canales digitales para efectos de medir las ventas de los locatarios y la segunda a la imposición de multas y terminación anticipada de contratos, con efectos inmediatos y sin necesidad de autorización o requerimiento judicial o arbitral.

Existencia de posición dominante y relación entre poder de mercado y prácticas alegadas

- 1.17 Este informe, en primer lugar, analiza si las prácticas y cláusulas descritas se relacionan con un abuso de posición dominante de Parque Arauco. Tal como se refleja en la jurisprudencia del TDLC, para evaluar la existencia de un abuso de posición dominante, un requisito fundamental es corroborar que la entidad acusada posea, en la práctica, esta posición dominante en el o los mercados en los que participa.
- 1.18 Siguiendo un enfoque geográfico nacional, Parque Arauco no tendría una posición dominante, ya que sus participaciones de mercado son siempre menores a un 20%. Estos valores están muy por debajo del umbral de dominancia de 50% o 70% sugeridos anteriormente por el TDLC. Tampoco se observa algún actor distinto a Parque Arauco que se acerque a una participación de mercado de ese nivel. Además, el índice de concentración HHI da cuenta de un mercado moderadamente concentrado si es que se incluyen solamente los *malls* dentro del mercado relevante y poco concentrado si es que se incluyen también los *power centers*.
- 1.19 En esta misma línea, la hipotética posibilidad de que el mercado fuera efectivamente nacional, a partir de ciertas cláusulas que permitirían a los centros comerciales actuar como conglomerado (como las cláusulas de *cross-default* o condicionar el arriendo de salas de venta o la renovación de contratos a la obligación de arrendar en otros centros comerciales del mismo operador), no serían preocupantes dada la participación de mercado de Parque Arauco y de otros actores a niveles más amplios. Este tipo de cláusulas, como se verá, obedecen, más bien, a razones de eficiencia.

- 1.20 A su vez, un análisis a nivel local –incluso considerando un alcance geográfico artificialmente estrecho y una definición de mercado relevante del producto acotada en cuanto a los canales de venta que podrían ser considerados como sustitutos, tal como propone AGR– permite descartar una posición de dominio de Parque Arauco en todos los mercados en que participa, salvo en dos localidades donde es el único operador de *malls*. En cualquier caso, en las situaciones en las que Parque Arauco podría tener una alta participación de mercado bajo una hipotética definición de mercado relevante estrecha (que no ha sido demostrada), existen elementos que permiten pensar que el tipo de cláusulas incluidas en los contratos no podrían relacionarse con la explotación de una posición dominante.
- 1.21 En efecto, las cláusulas alegadas existen tanto en mercados donde es claro que Parque Arauco no tiene posición dominante (e.g., participación menor a 50% en el mercado relevante estrecho definido por AGR) como en mercados donde su participación de mercado podría ser hipotéticamente mayor. El tipo de cláusulas y la estructura tarifaria no son sistemáticamente distintas en los lugares donde existe alta competencia, en comparación a aquellas zonas en las que se observa que Parque Arauco tiene una mayor participación de mercado o el nivel de concentración es mayor, según la definición de mercado relevante sugerida por AGR.
- 1.22 De manera consistente con lo anterior, llama la atención que AGR solicite al TDLC que analice las prácticas de seis grupos operadores de centros comerciales. Esto implica que las conductas que podrían, según AGR, eventualmente contradecir la libre competencia, serían generalizadas en la industria, sin que se observe una mayor intensidad de uso por parte de algún operador de centro comercial que posea un mayor poder de mercado. Si las prácticas expuestas en la Consulta obedeciesen a un uso de poder de mercado individual de algún operador, entonces debiesen ser aplicadas con mayor intensidad por parte de actores con un mayor poder de mercado, lo que no parece ocurrir.
- 1.23 De esta manera, al corroborar que las prácticas y cláusulas alegadas existen tanto en mercados locales más competitivos como en mercados más concentrados y, por parte de actores de mayor tamaño y actores menos relevantes, se puede deducir que probablemente existan explicaciones alternativas para dichas prácticas y cláusulas, no relacionadas con prácticas abusivas.
- 1.24 Una hipótesis alternativa planteada por AGR es la posibilidad de que las prácticas comerciales descritas se expliquen por una coordinación entre los operadores de centros comerciales, lo que denominan como un abuso de posición dominante conjunta¹. Lo anterior supone que existiría un entendimiento común entre los operadores de centros comerciales que les permitiría mantener condiciones comerciales con los *retailers* que no serían sostenibles para cada actor por sí solo.
- 1.25 En relación con lo anterior, la existencia de estándares comunes entre actores de una misma industria no sería un argumento suficiente para considerar que las empresas están actuando de manera coordinada. Por el contrario, muchas veces ciertas prácticas comerciales se

¹ Véase la Consulta, p. 32.

vuelven comunes porque son una forma eficiente de resolver un determinado problema que afecta a todos los actores. De hecho, las prácticas alegadas no son solamente comunes en Chile, sino que también en el extranjero. La existencia generalizada de cláusulas y estructuras tarifarias como las descritas no es una mera coincidencia, sino que se deriva de la estructura de incentivos de los operadores de centros comerciales dada la naturaleza de dos lados del mercado. Estas prácticas permiten incrementar el valor de las plataformas y administrar de la mejor manera las externalidades al interior de éstas, por lo que no es una extrañeza que estén tan difundidas en la industria (en Chile y en el extranjero).

- 1.26 Adicionalmente, incluso olvidando las razones de eficiencia subyacentes, no se observa que una coordinación como la sugerida por AGR sea probable o sostenible. Por ejemplo, existirían muchas variables de coordinación, lo que haría complejo alcanzar los términos y monitorear un acuerdo, no existe suficiente transparencia en el mercado para monitorear el cumplimiento de un hipotético acuerdo y las asimetrías existentes entre diversos actores de la industria generarían incentivos al desvío.
- 1.27 Un antecedente adicional a considerar por el TDLC es que los *malls* enfrentan una fuerte y creciente competencia del *e-commerce*, que reduce su poder de negociación frente a los *retailers*. Tal y como ha señalado la FNE en los informes para evaluar las operaciones de concentración Uber/Cornershop y Walmart/Cornershop, los intercambios a través de *e-commerce* obedecen a un fenómeno global, que se encuentra en expansión en Chile y en el mundo. A su vez, la crisis sanitaria ha tenido efectos considerables en el desarrollo de este canal de ventas, siendo probable que ciertos cambios en los patrones de consumo, que ya se venían desarrollando antes de las restricciones de movilidad, se mantengan. En efecto, internacionalmente se observa un declive de los resultados financieros de los centros comerciales, en especial de los de grandes extensiones, tipo *malls*, debido a la expansión del *e-commerce*. Esto lleva a concluir que la posición negociadora de los centros comerciales de cara a los arrendatarios se ha ido deteriorando y debería seguir haciéndolo en el futuro, lo que llama a ser precavidos para la imposición de medidas conductuales en una industria cada vez más desafiada competitivamente.

La economía de las plataformas de dos lados

- 1.28 En segundo lugar, en este informe se señala que existen razones de eficiencia que explican el esquema de cobros, el tipo de cláusulas y las restricciones verticales descritas en la Consulta. Los centros comerciales son plataformas en las que interactúan dos tipos de usuarios: los locatarios o *retailers* y los consumidores finales. Entre estos usuarios existen externalidades. Por un lado, un mayor número de consumidores dispuestos a comprar en el centro comercial aumenta el atractivo de la plataforma para los locatarios, ya que, mientras mayor es el número de éstos, mayores son las ventas de los locatarios. Por otro lado, un *mix* de *retailers* más completo y una mejor propuesta de valor de estos (en términos de precio, calidad de servicio, variedad, etcétera) incrementa el atractivo del centro comercial de cara a los consumidores.
- 1.29 Es usual que las plataformas de dos lados establezcan una estructura de precios “sesgada” por la que se instituyen transferencias desde un lado del mercado, para incentivar el consumo en el otro lado. Esa estructura de precios es óptima para la plataforma, ya que atrae a los

consumidores de cada lado del mercado, permitiendo que se internalicen las externalidades entre grupos, de modo que se genera una mayor participación y uso de la plataforma. Así, una característica principal de los mercados de dos lados es que, debido a las externalidades entre grupos y al interior de grupos de usuarios, un precio igual a costo marginal –que sería óptimo en mercados tradicionales (considerando únicamente los incentivos de corto plazo)– no suele ser óptimo en mercados de dos lados.

- 1.30 En este caso, la tarea del administrador del centro comercial es organizar adecuadamente la plataforma para maximizar su valor, aprovechando de la mejor manera posible las externalidades que genera cada usuario de la plataforma. Si es que el administrador del centro comercial no interviene, el resultado es subóptimo porque cada locatario considera en su toma de decisiones sus propios beneficios, pero no toma en consideración las externalidades que genera a los otros miembros de la plataforma. De esta manera, en sus decisiones sobre la calidad de servicio ofrecido, los precios, la limpieza de las instalaciones, la presentación del local, etcétera, los locatarios no toman en cuenta que una buena propuesta de valor de cara al cliente aumenta el atractivo del centro comercial y, con esto, repercute positivamente también sobre los resultados de otros *retailers*.
- 1.31 Sólo mediante la intervención de un administrador que busque maximizar el valor de la plataforma, es posible solucionar la falla de mercado que se deriva de estas “externalidades no internalizadas”. Lo anterior se logra mediante la imposición de ciertas normas generales y particulares que buscan alinear las operaciones de los arrendatarios con el interés de la plataforma. Es natural que estas normas sean consideradas como indeseables por un sujeto obligado en particular, pues lo llevan a actuar de una manera no alineada a su interés privado. Sin embargo, la intervención del operador está alineada con el interés general (y de los locatarios considerados como un todo).

Razonabilidad de las prácticas y cláusulas referidas en la Consulta

- 1.32 Por tanto, las prácticas y cláusulas referidas en la Consulta deben ser analizadas entendiendo la naturaleza del negocio de los centros comerciales y tomando en consideración que estos se tratan de mercados de dos lados.
- 1.33 Sobre la estructura tarifaria descrita por AGR, esto es, un componente fijo elevado y un componente variable de menor relevancia, se debe considerar que el negocio de los operadores de centros comerciales se basa en la realización de grandes inversiones iniciales y en la generación de flujos posteriores por muchos años para retribuir estas inversiones. En este contexto, la existencia de un monto de ingresos estable, derivado del componente fijo de los contratos con locatarios, reduce el riesgo del negocio, lo que permite acceder a financiamiento a menores costos y hacer viables las inversiones. Adicionalmente, dicho componente fijo significa un estímulo para que los locatarios se esfuercen para incrementar sus ventas y entregar un estándar de servicio adecuado, ya que, si no se ha alcanzado la parte variable de la renta de arrendamiento (lo que ocurre frecuentemente), una venta adicional no implica mayores pagos al centro comercial (i.e., hay un costo variable de cero asociado a la renta de arrendamiento).
- 1.34 Por su parte, el componente variable de los contratos actúa como un “*upside*” que alinea los incentivos de corto plazo de los operadores de los centros comerciales con los de los locatarios. En el largo plazo, los incentivos también se encuentran alineados, ya que el

desarrollo de un centro comercial atractivo acarrea mayores ventas para los locatarios y, por lo tanto, genera un mayor interés de estos por estar en el centro comercial.

- 1.35 Por el lado de los locatarios, la estructura tarifaria genera efectos beneficiosos para los consumidores al incentivarles a competir en precios, ya que cuando no se alcanza la parte variable de la estructura tarifaria, cualquier incremento en las ventas de un locatario no genera un aumento en el costo de arriendo, lo que conlleva una solución de problemas de doble marginalización y una política de *pricing* más agresiva.
- 1.36 En relación con las diferencias que se observan en el valor de los arriendos como porcentaje de las ventas entre los distintos tipos de locatarios, estas tienen una clara relación con los incentivos que se observan en plataformas de dos lados. La existencia de cobros diferenciados entre comercios no se trata de una discriminación arbitraria, sino que tiene como fundamento compensar a las tiendas que generan un mayor flujo de visitantes. Este tipo de tiendas generan una externalidad positiva al atraer clientes al centro comercial, lo que redundará por consiguiente en beneficios a todos los locatarios.
- 1.37 En el caso de algunas reglas generales de funcionamiento de los *malls*, la intervención del operador del centro comercial es necesaria para lograr el resultado óptimo para la plataforma en su conjunto. Aquí estamos frente a un problema de externalidades no internalizadas. Esto ocurre, por ejemplo, respecto a las actividades de remodelación de las tiendas, los horarios de funcionamiento de estas, las decisiones de salida de una tienda de un determinado centro comercial, o los precios que cobran los locatarios en centros comerciales tipo *outlet* (donde la propuesta de valor se asocia intrínsecamente a la existencia de descuentos). Dado que cada locatario sólo consideraría el beneficio propio derivado de sus acciones, las reglas con las que operan los centros comerciales pueden que no siempre sean privadamente rentables, aun cuando sean beneficiosas para el conjunto de los usuarios de la plataforma. De esta manera, sin mediar la intervención de un administrador central, el comportamiento deseado no se realizaría, a pesar de que los beneficios totales, considerando el bienestar de todos los usuarios, superen el costo de dichas acciones (i.e., sean socialmente deseables).
- 1.38 Respecto de las cláusulas sobre acceso a información financiera, es evidente que sin información es imposible determinar qué tiendas son las más atractivas para los consumidores, ni cuáles han empeorado o mejorado sus resultados. Solo con esta información será posible tomar decisiones adecuadas sobre la organización del *mix* de tiendas, coordinar remodelaciones, evaluar la efectividad de las propias decisiones tomadas por el administrador, etc. Consecuentemente, sin la información entregada por los locatarios al operador se haría más complejo administrar el centro comercial y probablemente la propuesta de valor ofrecida a consumidores y locatarios empeoraría.
- 1.39 Respecto de los cobros realizados por gastos comunes y fondo de promoción, no se observa que los criterios de asignación entre locatarios sean un intento de afectar la competencia, sino que, en el caso de Parque Arauco, existe una base en aspectos objetivos. Además, no se obtendría un margen por estos cobros.
- 1.40 En relación con la inclusión de la venta *online*, ya sea de tiendas como de restaurantes, para la contabilización de la parte variable de la renta de arrendamiento, esto parece razonable, ya que la infraestructura del centro comercial también es utilizada en este tipo de transacciones, ya sea como punto de retiro o punto de generación de la venta. La consideración de la *venta online* permite que los locatarios internalicen parte de las

externalidades que generan, por ejemplo, en término de mayores atochamientos o tiempos de espera, y evita que se creen mecanismos para que, utilizando los canales digitales disponibles, se diluyan artificialmente las ventas originadas en los locales de los centros comerciales.

- 1.41 Por último, las cláusulas de *cross-default*, multas y término anticipado del contrato serían herramientas que los operadores tienen a la mano para hacer cumplir los contratos con locatarios, y son un elemento deseable para favorecer el buen funcionamiento de cada uno de los centros comerciales, evitando incumplimientos que derivan en un mal funcionamiento de la plataforma. En este sentido, en mercados de dos lados, la capacidad del administrador para imponer restricciones orientadas a resolver las ineficiencias derivadas de externalidades no internalizadas es deseable y necesaria. Si no existe una suficiente capacidad de aplicar este *enforcement*, la plataforma se ve deteriorada.

Consistencia del razonamiento anterior con literatura y jurisprudencia

- 1.42 Finalmente, la literatura económica y la jurisprudencia internacional son consistentes con las razones de eficiencia descritas a lo largo del informe. Tanto la teoría como la evidencia empírica dan a entender por qué en este tipo de mercados es razonable observar, con mayor intensidad que en mercados tradicionales, restricciones verticales, estructuras tarifarias diferenciadas entre clientes y otro tipo de prácticas que permiten alinear los incentivos de los participantes con el interés general de la plataforma.
- 1.43 En conclusión, parece ser altamente riesgoso y no justificado restar flexibilidad al actuar de operadores de centros comerciales y/o disminuir su capacidad de hacer cumplir los contratos con locatarios. Esta flexibilidad y capacidad de *enforcement* es necesaria para administrar la plataforma de la mejor manera posible, incrementando con esto su valor para consumidores, operadores y también para los mismos locatarios.

Sección 2

Principales argumentos de la Consulta

Descripción general de la Consulta

- 2.1 A través de la Consulta, AGR solicita al TDLC que revise ciertas prácticas comerciales de las principales sociedades que operan centros comerciales en el país, estas son: Cencosud Shopping Centers S.A. (“Cencosud”), Plaza S.A. (“Mall Plaza”), Parque Arauco, Inmobiliaria Viña del Mar (“Grupo Marina”), Vivo Corp S.A. (“Vivo Corp”) y Pasmár S.A. (“Pasmár”). Se solicita también que el TDLC se pronuncie acerca de los efectos de la integración vertical entre grandes tiendas y algunos propietarios de *malls*². Todo lo anterior con el fin de establecer si los hechos, actos y contratos que describe AGR se ajustan a la normativa de libre competencia y, en caso de considerarse necesario, se establezcan las medidas correctivas que se estimen apropiadas.
- 2.2 AGR señala que existe una falta de transparencia en la determinación de los valores de los arriendos y otros cobros que los centros comerciales realizan a los locatarios y que la renta de arrendamiento y demás ingresos que los centros comerciales perciben de los locatarios, no se fijarían siguiendo criterios objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios³. Estos cobros, a juicio de la consultante, en muchos casos serían una extracción de renta abusiva derivada de una posición dominante individual o conjunta de los operadores de centros comerciales⁴ y, eventualmente, en los casos en que existe integración vertical entre el operador y algún locatario, señala que podría configurarse como una potencial estrategia de estrangulamiento de márgenes⁵.
- 2.3 Por otra parte, la Consulta indica que los centros comerciales exigirían a los locatarios entregar información comercial sensible, de manera periódica, en particular las ventas diarias de cada local. Lo anterior, a su juicio, les entregaría a los operadores de centros comerciales una posición negociadora aventajada respecto a los locatarios, por cuanto al conocer sus ingresos, podrían estimar su disposición a pagar, y, además, en el caso de los centros

² Parque Arauco y su grupo empresarial no participan en el segmento *retail*, por lo que los temas vinculados con la integración vertical con locatarios no son relevantes para este actor.

³ Consulta, p. 5.

⁴ Consulta, pp. 31-33.

⁵ Consulta, p. 5.

comerciales integrados con tiendas, implicaría un riesgo a la competencia derivado del traspaso de información estratégica a competidores⁶.

- 2.4 Además, se solicita al TDLC que revise ciertas restricciones verticales que impondrían los operadores de centros comerciales a los *retailers*, respecto a límites a los precios de venta al público⁷ y castigos en casos de disminución de las ventas⁸. Finalmente, se señala la existencia de otras estipulaciones y actos que conllevarían riesgos para la competencia, tales como la posibilidad de poner término anticipado a todos los contratos de arrendamiento de un locatario en caso de incumplimiento en una sola locación⁹, condicionar el arriendo de un determinado local o la renovación de los contratos a la obligación de que también se arriende en otro centro comercial¹⁰, la exigencia de remodelación periódica de los locales¹¹, diferencias en los horarios de atención al público establecidas entre locatarios¹² y la inexistencia de cláusulas de salida para los *retailers*¹³.

Prácticas y cláusulas mencionadas en la Consulta

- 2.5 La relación comercial entre los operadores de los centros comerciales y locatarios se fundamenta en dos instrumentos: (i) normas generales, que se refieren a aquellas condiciones de arrendamiento cuyos términos aplican de forma general a todos los locatarios, salvo por aquellas disposiciones que en cada caso se negocian con cada arrendatario (“Normas Generales”); y (ii) contratos particulares de arrendamiento, que contienen los aspectos específicos a cada relación comercial, que se negocian con cada locatario.
- 2.6 A continuación, se describen brevemente las cláusulas o prácticas comerciales que, de acuerdo con AGR, podrían atentar en contra de la competencia. Algunas de estas constan en las Normas Generales de los centros comerciales, mientras que otras pueden estar contenidas en las condiciones particulares de los contratos de arrendamiento.

Estructura tarifaria

- 2.7 La estructura tarifaria de arrendamiento se establece en las Normas Generales y se configura sobre la base de un valor mínimo mensual reajutable y un valor variable que se establece

⁶ Consulta, pp. 51-54.

⁷ Consulta, pp. 54-55.

⁸ Consulta, pp. 55-56.

⁹ Consulta, pp. 57-58.

¹⁰ Consulta, p. 58.

¹¹ Consulta, p. 59.

¹² Consulta, p. 60.

¹³ Consulta, pp. 60-64.

como un porcentaje de las ventas mensuales. El cobro que se realiza al locatario corresponde al máximo entre ambos valores.

- 2.8 Según señala AGR, en más del 80% de los casos los locatarios pagarían el valor mínimo mensual y no alcanzarían el nivel de ventas necesario para que el valor porcentual mensual resulte superior al valor mínimo¹⁴. Asimismo, indica que estos valores llegarían a representar en algunos casos entre el 40% y el 50% de los ingresos de los locatarios¹⁵.
- 2.9 La consultante cita las memorias anuales de los principales operadores de centros comerciales y señala que estos reconocen explícitamente que trasladan todo el riesgo de la operación de los *malls* a los locatarios, a través de la estructura tarifaria descrita¹⁶.

Reajustes del valor mínimo mensual

- 2.10 AGR describe que la práctica habitual de los operadores de centros comerciales sería aplicar reajustes al alza del valor de arrendamiento mínimo mensual cada 12, 18 o 24 meses, en porcentajes que superan la variación del IPC y, en muchos casos, superarían también el crecimiento de las ventas de los locatarios¹⁷.
- 2.11 Adicionalmente se señala que existe una cláusula común a los principales operadores de centros comerciales, consistente en aumentar al doble el valor del arriendo durante el mes de diciembre¹⁸.

Falta de transparencia en cobros adicionales

- 2.12 Se señala también que, además del valor del arriendo, existe un conjunto de otros cobros que forman parte de la gestión comercial del centro comercial (gastos comunes y los cobros por servicios de promoción y publicidad), que son traspasados a los locatarios, sin que existan criterios conocidos por estos respecto de la forma en que se establece su valor, ni –para la mayoría de ellos– un detalle de las partidas o contraprestaciones que involucran¹⁹.
- 2.13 AGR agrega que, atendida la integración vertical que existe entre algunos operadores y locatarios, sería fundamental que existiera transparencia para evitar cobros discriminatorios, con el fin de beneficiar a los locatarios relacionados.
- 2.14 Respecto de cobros que se realizan por el pago de contribuciones, se señala que estos no involucran ninguna contraprestación para los locatarios. Otros cobros incluidos normalmente dentro de gastos comunes, como la mantención de estacionamientos, significarían a juicio de

¹⁴ Consulta, p. 37.

¹⁵ Consulta, p. 40.

¹⁶ Consulta, p. 40.

¹⁷ Consulta, p. 37.

¹⁸ Consulta, p. 37 y pp. 41-43.

¹⁹ Consulta, pp. 43-51.

AGR, un doble cobro, por cuanto los operadores cobran también por este servicio a los consumidores finales.

Acceso a información financiera y comercial estratégica de los locatarios

- 2.15 La Consulta señala que la obligación de compartir información estratégica y comercialmente sensible de los locatarios (i.e., el valor de las ventas diarias) podría generar riesgos a la competencia, cuando es solicitada por operadores de centros comerciales integrados verticalmente con *retailers*²⁰.
- 2.16 Según se indica, la información solicitada no tendría justificación en una eventual distribución del riesgo del negocio, por cuanto en su gran mayoría, los contratos de arrendamiento transferirían todo el riesgo hacia los locatarios²¹. Por último, AGR señala que como habría un enorme costo de salida para los locatarios, el *mall* podría utilizar la información conseguida para extraer a los *retailers* todo su margen.

Restricciones verticales

Precios de venta al público

- 2.17 Se describen también en la Consulta, cláusulas establecidas en las Normas Generales que utilizan ciertos operadores de centros comerciales, las que tienen por objeto controlar los precios de venta al público cobrados por los locatarios²².
- 2.18 En el caso de Parque Arauco, la cláusula aplica a todos los centros comerciales tipo *outlet*, e indica lo siguiente:

“La Subarrendataria se obliga a que los productos a comercializar en el local arrendado serán de primera selección, es decir, productos que no posean fallas de fabricación, golpes, manchas, partes quebradas, entre otras. Así también, los precios de los productos a comercializar en su interior, deberán ser notoriamente inferiores a los precios que mantengan dichos productos en otros puntos de venta que no correspondan a Outlet.

Para estos efectos, se entenderá que los precios son notoriamente inferiores cuando posean una variación de al menos 20% (veinte por ciento) respecto del valor ofertado en otros puntos de venta. Finalmente se deja constancia que el porcentaje de productos que deben poseer esta rebaja en el precio debe ser el equivalente a un 80% (ochenta por ciento) del stock de productos disponibles en el local comercial subarrendado”.

- 2.19 Además, por razones históricas (i.e., herencia de relaciones jurídicas anteriores), Parque Arauco establece un techo a los precios aplicables a ciertos locatarios del Mall Arauco Coronel. Así se dispone en el Reglamento de Normas Generales del entonces Mall Costa Pacifico (ahora Arauco Coronel) de 29 de diciembre de 2014, sólo aplicable a ciertos locales de ese centro comercial, que aún se rigen por dichas normas:

²⁰ Consulta, pp. 51-53.

²¹ Consulta, p. 52.

²² Consulta, pp. 54-55.

“9.3 Los Subarrendatarios deberán cobrar al público y clientes del Centro Comercial por sus ventas o servicios los mismos precios que contemporáneamente rigieren o cobraren en otros establecimientos propios o de franquiciados suyos de similar naturaleza y en el mismo rubro. Por ende, si e Subarrendatario o alguno de sus franquiciados realizare ofertas o extendiere descuentos especiales en alguno de los otros establecimientos, deberá igualmente aplicarlos o cobrarlos a sus clientes en el Centro Comercial”

Sanciones por disminución de ventas

- 2.20 Otra restricción vertical descrita es el establecimiento de sanciones para los locales que disminuyan considerablemente su facturación. En efecto, la cláusula referida prescribiría que, si un locatario ve rebajada su facturación mensual a menos de un 25% del promedio de facturación de los últimos seis meses, por tres meses consecutivos, incurrirá en incumplimiento contractual²³.
- 2.21 Lo anterior significa que, de acuerdo con las Normas Generales de los operadores que incluyan esta cláusula, se podrían imponer multas al locatario en esas circunstancias y terminar el contrato de arrendamiento, considerando el cobro de indemnización de perjuicios y de las rentas de arrendamiento por todo el tiempo faltante. Parque Arauco no incorpora este tipo de cláusulas en sus contratos.

Cláusulas que vinculan contratos con centros comerciales de un mismo operador

Cláusulas de cross-default

- 2.22 Se trata de cláusulas que permiten poner término a dos o más contratos de arrendamiento que se mantienen con un locatario como sanción ante casos de incumplimiento de obligaciones de un solo contrato con un centro comercial particular.
- 2.23 La Consulta señala que este tipo de cláusulas implica que, mientras más centros comerciales administre una cadena, mayor poder de negociación tendrá el operador de cara a los *retailers*²⁴. Adicionalmente, se indica que el condicionamiento del arriendo de locales en determinados centros comerciales o de la renovación de un contrato a eventos ocurridos en otros centros comerciales sería abusivo²⁵.
- 2.24 En el caso de Parque Arauco, esta cláusula está presente en la Normas Generales y textualmente se refiere a lo siguiente: *“Si el arrendatario tuviese dos o más SUC²⁶ arrendados simultáneamente, por sí, sus controladores o personas relacionadas, y se encontrase en cualquier tipo de incumplimiento respecto de alguno de los SUC, la Arrendadora estará facultada para dar término anticipado, con efectos inmediatos o ipso facto, y sin necesidad de*

²³ Consulta, pp.55-56.

²⁴ Consulta, p. 58.

²⁵ Consulta, p. 58.

²⁶ SUC significa “Salón de uso comercial” y corresponde a un local dado en arriendo.

*declaración judicial o arbitral, a todos o algunos de los contratos vigentes de esa Arrendataria*²⁷.

Cláusulas que condicionan el arriendo de un determinado local o la renovación de los contratos a la obligación de que también se arriende en otro centro comercial

- 2.25 La Consulta señala que algunos operadores impondrían cláusulas que condicionan el arriendo o renovación de los contratos de los locatarios a la obligación de que también se arrienden otros locales comerciales en otros *malls* del operador. Este tipo de cláusula no es utilizada por Parque Arauco.

Cláusulas que obligan a realizar remodelaciones

- 2.26 Los centros comerciales impondrían a los locatarios la obligación de asumir todos aquellos gastos que pudiesen implicar las remodelaciones de sus locales, siendo los operadores los que determinan el momento en que se deben realizarse dichas inversiones y siendo los proyectos de remodelación aprobados o rechazados por ellos mismos²⁸.
- 2.27 En el caso de Parque Arauco, las Normas Generales incorporan la facultad de la arrendadora de pedir una completa remodelación del local cada cuatro años.

Horarios de atención diferenciados

- 2.28 Los operadores de centros comerciales establecerían horarios de atención de los locatarios que son diferidos para distintos tipos de negocios²⁹. Según se menciona, a los *retailers* menores se les impondría un horario de funcionamiento distinto al de las grandes tiendas. En algunos centros comerciales el horario de apertura de las tiendas de menor tamaño sería con una hora de anticipación y, por otro lado, este tipo de *retailers* estaría obligado a mantener sus locales abiertos por una hora más que las tiendas por departamento.

Inexistencia de cláusulas de salida

- 2.29 La Consulta señala que sería común en la relación comercial entre los propietarios de centros comerciales y los *retailers* que no exista ninguna cláusula que permita al locatario dar por terminada el contrato anticipadamente, dando aviso con antelación razonable y sin responsabilidad ulterior. Lo anterior significaría que, si un arrendatario quiere terminar su relación contractual, debería pagar todas las rentas de arrendamiento faltantes hasta el vencimiento del plazo del contrato³⁰.
- 2.30 En el caso de Parque Arauco, a petición de los locatarios se incorporan en algunos casos cláusulas que establecen condiciones en que los arrendatarios pueden poner término al contrato, generalmente asociadas a ventanas de días en los que se entrega esta posibilidad.

²⁷ Normas Generales Centros Comerciales de Parque Arauco 2018, pp. 74-75.

²⁸ Consulta, p. 59.

²⁹ Consulta, p. 60.

³⁰ Consulta, pp. 60-64.

Prácticas y cláusulas adicionales referidas por la FNE

2.31 La FNE, en su aporte de antecedentes al TDLC (“Aporte de antecedentes de la FNE”), centra su análisis en las cláusulas de las Normas Generales y ciertos aspectos de los contratos de arrendamiento que pudo revisar y que a su juicio pueden generar riesgos a la libre competencia. La autoridad no hace referencia a todas las cláusulas descritas en la Consulta de AGR y tampoco limita el análisis a las cláusulas referidas en la Consulta.

2.32 Las prácticas adicionales a las de la Consulta que describe la FNE se refieren a la inclusión de las ventas digitales en el cálculo de la renta de arrendamiento variable y la imposición de multas, terminación anticipada y otras prerrogativas de los operadores de centros comerciales, las que se detallan a continuación:

Inclusión de la venta digital para efectos de calcular la renta de arrendamiento variable

2.33 Según el Aporte de antecedentes de la FNE, ciertos operadores estarían negociando e incorporando en los contratos de arriendo la inclusión de la venta realizada a través de canales digitales para efectos de medir las ventas de los locatarios³¹.

2.34 Según el punto 8.7 de las Normas Generales de Parque Arauco: “*se entenderá por ‘Venta Neta Mensual’ el valor de la totalidad de las ventas y/o servicios prestados por el Arrendatario, sus representantes, funcionarios o subarrendatarios legítimos del local arrendado a través de visitas o clientes, durante el periodo mensual respectivo. Asimismo, estarán considerados dentro del concepto de Venta Neta Mensual todos los negocios y/o transacciones iniciadas, encaminadas o realizadas en el SUC o fuera de éste con retiro en el Centro Comercial. Cualquiera sea la naturaleza o la forma en que dichas operaciones fueron ejecutadas, y sea cual fuere la modalidad de pago; incluidas las ventas en terminales del Arrendatario ubicados al interior del respectivo SUC, aún cuando la mercadería sea despachada desde un punto de distribución fuera del Centro Comercial. Quedan fuera del concepto de Venta Neta Mensual, el Impuesto al Valor Agregado y las ventas anuladas*”.

Imposición de multas, terminación anticipada y otras prerrogativas de los operadores de centros comerciales

2.35 El Aporte de antecedentes de la FNE se refiere a cláusulas incorporadas en las Normas Generales de los operadores que contemplan la facultad de poner término anticipado a los contratos de arrendamiento con efecto *ipso facto*, de pleno derecho, con efectos inmediatos y sin necesidad de declaración, autorización o requerimiento judicial o arbitral, frente a ciertos casos de incumplimiento.

2.36 En el caso particular de Parque Arauco, la FNE se refiere a cuatro cláusulas presentes en sus Normas Generales:

- a. Clausula 21.1 establece que el Grupo Parque Arauco podrá poner término anticipado al contrato de arrendamiento, en forma *ipso facto*, de pleno derecho, con efectos inmediatos

³¹ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 149.

y sin necesidad de declaración, autorización o requerimiento judicial o arbitral, en caso de que se produzcan incumplimientos catalogados como graves.

- b. Clausula 21.2 establece la renuncia de los locatarios a la interposición de cualquier recurso, derecho, acción o arbitrio destinado a cuestionar o entorpecer la eficacia de la terminación inmediata dispuesta por Parque Arauco.
- c. Clausula 21.3 niega el acceso al local comercial al locatario y/o a los clientes del centro comercial, durante el período en el cual el locatario se encuentre en una causal de incumplimiento grave.
- d. Clausula 21.4 establece que Parque Arauco “(...) *en caso de incumplimientos graves, estará facultado para imponer extrajudicialmente al Arrendatario, sin necesidad de requerimiento o interpelación judicial o arbitral, multas de hasta quinientas Unidades de Fomento, por cada día en que se verifique el incumplimiento. Tratándose de otros incumplimientos no sancionados con una multa especial, el Arrendador podrá imponer extrajudicialmente sin necesidad de requerimiento o interpelación judicial o arbitral, multas de hasta cien Unidades de Fomento, por cada día en que se verifique el incumplimiento (...)*”.

Efectos anticompetitivos que incidirían en el bienestar de los consumidores según AGR

- 2.37 La consultante señala que, a través de las cláusulas y prácticas descritas, los operadores se habrían desprendido de los riesgos asociados a la operación de *malls*, al obtener ingresos fijos y traspasar directamente los costos operacionales a los *retailers*. Esta estrategia, a su juicio, podría afectar los incentivos de los operadores quienes no necesariamente buscarían ser una plataforma eficiente para captar un mayor número de clientes³².
- 2.38 Siguiendo con este orden de ideas, la consultante concluye que lo anterior perjudicaría a los consumidores finales, por cuanto (i) los cobros a los locatarios incidirían en mayores precios por los bienes y servicios que se ofrecen en los centros comerciales; y, (ii) disminuiría la calidad de los servicios complementarios de los *malls* –tales como estacionamientos, seguridad, entre otros–, ya que, dada la estructura de ingresos fijos, los centros comerciales tendrían ganancias aseguradas con independencia del flujo de consumidores, lo que llevaría a descuidar dichos servicios³³.
- 2.39 Como se explicará en lo que sigue, los argumentos anteriores, a nuestro juicio, no toman en cuenta la naturaleza del negocio de los operadores de centros comerciales, ni la naturaleza

³² Consulta, p. 65.

³³ Consulta, p. 66.

del negocio de los *retailers*. La consultante no considera distintos aspectos claves de la industria, lo que lleva a obtener conclusiones erradas. A modo de resumen:

- a. No se toma en consideración que el negocio de los operadores de centros comerciales tiene un foco inmobiliario importante. Esto hace necesario asegurar un cierto nivel de flujos futuros estables para asegurar financiamiento para las grandes inversiones que preceden la generación de flujos. Sin cierto nivel de estabilidad en los flujos futuros esperados, más difícil se hace el desarrollo de nuevos proyectos.
- b. Lo anterior no implica una desalineación de incentivos en la etapa del funcionamiento del centro comercial. Por una parte, los contratos contemplan un componente variable que incentiva una operación eficiente del centro comercial. Además, una correcta operación del centro comercial incide en el flujo de clientes, lo que, a la vez, incrementa el atractivo de la plataforma para los locatarios y su disposición a pagar para estar en ella (y, por lo tanto, los ingresos del centro comercial). Así, el éxito de un centro comercial permite una mayor tasa de ocupación, un mayor valor de los arriendos y también puede hacer viable posibles proyectos de ampliación que se gatillen por el alto interés en la plataforma.
- c. En este contexto, es del interés del operador que la experiencia de compra de los clientes finales sea la mejor posible. Esto es deseable para la plataforma en conjunto, pero puede no serlo para *retailers* individuales. De hecho, la estructura de tarifas de dos partes cobrada a los *retailers* parece ser altamente eficiente e incentivar el cobro de menores precios por parte de estos a los consumidores finales, ya que el costo variable (que es el que incide en la fijación de precios) es frecuentemente igual a cero.
- d. Dado que en plataformas de dos lados existen externalidades entre grupos o entre actores de un mismo grupo, la coordinación de la plataforma por un actor interesado en maximizar el valor generado a través de ella es deseable. De hecho, las prácticas descritas por la AGR parecen ser deseables y beneficiosas para los consumidores finales y la eficiencia económica, pues muchas de ellas permiten resolver el problema de “externalidades no internalizadas”. Es natural que existan quejas por parte de los actores de uno de los lados de la plataforma, pues la intervención deseable del administrador de la plataforma les fuerza a actuar de una manera que no les es privadamente óptima, pero que sí es óptima desde el punto de vista de la plataforma en su conjunto.

Sección 3

Las prácticas descritas por AGR no parecen relacionarse con un abuso de posición dominante ya sea individual o colectivo

- 3.1 A continuación, se analiza si las prácticas y cláusulas descritas se relacionan con un abuso de posición dominante, ya sea individual o colectivo. En el siguiente capítulo se desarrollan explicaciones alternativas de eficiencia para cada una de las prácticas y cláusulas que conciernen a Parque Arauco.
- 3.2 Tal como se refleja en la jurisprudencia del TDLC, para evaluar la existencia de un abuso de posición dominante, un requisito fundamental es corroborar que la entidad acusada posea, en la práctica, esta posición dominante en el o los mercados en los que participa.
- 3.3 Lo anterior se debiese reflejar en elevadas participaciones de mercado y en la presencia de barreras a la entrada sustanciales, ya que en caso de existir opciones de sustitución suficientes o facilidad de entrada cualquier práctica comercial que sea perniciosa para un cliente debería gatillar la sustitución hacia proveedores alternativos, actuales o potenciales.
- 3.4 En esta sección se muestra que, incluso si adoptamos, de manera hipotética, una definición de mercado relevante conservadora que lleva a incrementar las participaciones de mercado de los operadores de centros comerciales (en línea con la definición de mercado relevante sugerida por AGR), se descarta que Parque Arauco posea una posición dominante en gran parte de los mercados locales donde opera. Lo mismo ocurre si se adopta un enfoque geográfico nacional.
- 3.5 Por su parte, se muestra que, si se asumen mercados geográficos locales, siguiendo a modo conservador la definición sugerida por AGR, la existencia de las cláusulas comerciales alegadas no tiene relación con la participación de mercado de Parque Arauco en los mercados geográficos en los que está presente ni con el grado de concentración en estos. De esta manera, se trataría de prácticas generalizadas observadas en mercados concentrados y en mercados poco concentrados e independiente de la posición competitiva de Parque Arauco en cada mercado local.
- 3.6 Respecto a la idea de que las prácticas alegadas correspondiesen a un abuso de posición dominante colectiva, derivado de una coordinación entre competidores, en esta sección se presentan razones que la descartan. Se explica que, producto de las eficiencias derivadas de las prácticas enunciadas por AGR, es razonable que estas se observen paralelamente y sin

necesidad de coordinación en todos los centros comerciales (tanto en Chile como en otros países). Además, resulta poco probable que una coordinación como la que se sugiere sea sostenible, debido, por ejemplo, a las dificultades de alcanzar un entendimiento entre los diferentes actores, las dificultades para monitorear el hipotético acuerdo y la existencia de incentivos al desvío por parte de ciertos operadores.

- 3.7 Todo lo anterior permite inferir que existen explicaciones alternativas –distintas al abuso de una posición dominante– a las prácticas comerciales alegadas. Como se verá en la Sección 4, estas explicaciones alternativas se basan en razones de eficiencia y dicen relación con el rol que debe cumplir el operador de una plataforma para maximizar el valor de esta en un contexto donde existen externalidades asociadas a las acciones de cada uno de sus miembros.

No existen elementos para concluir la existencia de una posición de dominio por parte de Parque Arauco

- 3.8 Un análisis basado en participaciones de mercado –incluso considerando un alcance geográfico estrecho y una definición de mercado relevante del producto acotada en cuanto a los canales de venta que podrían ser considerados como sustitutos– permite descartar una posición de dominio de Parque Arauco en todos los mercados en que participa, salvo en dos localidades donde es el único operador de *malls*. En cualquier caso, en estos eventuales mercados en los que Parque Arauco tendría una alta participación de mercado bajo una hipotética definición de mercado relevante estrecha, existen elementos que permiten pensar que el tipo de cláusulas incluidas en los contratos no se relacionan con la explotación de una posición dominante.

Definición de mercado relevante

Precedentes en Chile

- 3.9 La Resolución N°24/2008 del TDLC consideró como mercados diferenciados a *malls* y *power centers*³⁴, mientras que la FNE, en el análisis de la enajenación de Espacio Urbano, consideró que los centros comerciales tipo *strip center* pertenecen a un mercado relevante del producto distinto al de los centros comerciales tipo *power center* y *mall*³⁵.
- 3.10 Sin embargo, en decisiones más recientes, la FNE se ha abierto a la sustitución entre distintos tipos de centros comerciales de cara a arrendatarios³⁶ y, posteriormente, ha señalado que los distintos tipos de centros comerciales corresponden, de cara a consumidores y arrendatarios, a un continuo competitivo, generándose una cadena de sustitución cuyos límites son difíciles

³⁴ TDLC, Resolución N°24/2008, párrafo 188, disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso_0024_2008.pdf.

³⁵ FNE (2015) “Informe sobre operación de concentración relativa a la Enajenación de Espacio Urbano” (“Informe Espacio Urbano”), Rol F58-15, párrafo 32, disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/inpu_F58_2015.pdf.

³⁶ Véase FNE (2019), “Cesión de activos de Patio Comercial SpA a un fondo de inversión administrado por Larraín Vial S.A. Administradora General de Fondos” (“Informe Patio/LV”), Rol F181-19, párrafos 14-19, disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/04/inap_F181-2019.pdf.

de precisar³⁷. A la vez, en la misma Resolución N°24/2008, el TDLC estimó que los centros urbanos (el centro de cada ciudad, y lugares como Providencia y Patronato en Santiago), pueden ser sustitutos relevantes de los *malls*, especialmente en regiones, lo que disminuiría parcialmente el potencial de prácticas anticompetitivas³⁸.

- 3.11 En cuanto al mercado geográfico, la FNE ha definido como área geográfica de influencia –en el caso de centros comerciales que tienen como principal tienda ancla a un supermercado– isócronas de 10 minutos en la ciudad de Santiago y toda la ciudad en el resto de los centros urbanos del país³⁹. Posteriormente, la FNE ha indicado que la definición anterior se ajustaría a la perspectiva del consumidor, pero que es plausible que el ámbito de sustitución geográfico sea superior para los arrendatarios⁴⁰. Adicionalmente, como indica la FNE, “...en este mismo sentido, la Comisión Europea ha señalado que, para casos similares al analizado, la competencia puede ser de ámbito nacional o local dependiendo de las características de cada caso, así como igualmente ha utilizado como aproximación un radio máximo de 50 kilómetros, lo cual da nuevamente indicios de que el ámbito geográfico de competencia respecto del arrendatario puede ser mayor a una isócrona vinculada al tiempo de traslado de los consumidores”⁴¹⁻⁴².

La visión de AGR

- 3.12 Por su parte, la consultante señala que el mercado relevante desde el punto de vista del producto corresponde a “*aquel formado por centros comerciales denominados malls y solo excepcionalmente por centros comerciales intermedios, como lo son los llamados power center, solo en la medida que estos últimos (dadas sus características) pudieren ser vistos por los locatarios como sustitutos de determinados malls*”⁴³.
- 3.13 En cuanto al mercado geográfico, AGR utiliza –para todo el país– la definición propuesta por la FNE en el Informe Espacio Urbano para la ciudad de Santiago (isócrona de 10 minutos

³⁷ Véase FNE (2019), “Informe de análisis asociación entre Inmobiliaria Puente Limitada y Compañía de Seguros Confuturo S.A.” (“Informe Vivocorp/Confuturo”), Rol F199-19, párrafos 15 y 16, disponible en https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/09/inap_F199_2019.pdf.

³⁸ TDLC, Resolución N°24/2008, párrafo 186.

³⁹ Véase Informe Espacio Urbano, párrafo 43.

⁴⁰ Véase Informe Vivocorp/Confuturo, párrafo 21. En este mismo sentido, Informe Patio/LV, párrafos 14-18, y minuta de archivo por competencia desleal contra Mall Plaza de Los Ríos, Rol N°2558-2019 de la FNE, de septiembre de 2019, párrafo 12, disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/10/inpu_017_2019.pdf.

⁴¹ Ver Informe Patio/LV, párrafo 18. En este mismo sentido, Informe Vivocorp/Confuturo, párrafo 22.

⁴² Esta postura es reafirmada en el Aporte de antecedentes de la FNE, donde se señala que: “*Tal grado de sustitución [de los arrendatarios] también aplica respecto a la dimensión geográfica, el cual es algo mayor que el de los consumidores finales, atendido principalmente a que los arrendatarios de los locales comerciales tienen como principal finalidad acceder a su público objetivo para así comercializar sus bienes o servicios. En este mismo sentido, la Comisión Europea ha utilizado como aproximación un radio máximo de 50 kilómetros, siendo superior al utilizado respecto de consumidores finales*” (párrafo 45).

⁴³ Consulta, p. 14.

centrada en el centro comercial)⁴⁴. Esto a pesar de que en este mismo informe la autoridad propone como mercado relevante geográfico a toda la ciudad en el caso de centros comerciales fuera de Santiago y de que, posteriormente, la FNE ha indicado que de cara a los arrendatarios el ámbito de competencia geográfico es más amplio (ver párrafo 3.11). Señala, además, que la mayoría de las conductas analizadas se replican en los distintos centros comerciales, por lo que debe tenerse en cuenta los efectos que se producen por su presencia a nivel nacional⁴⁵.

- 3.14 De esta manera, en comparación a los precedentes nacionales –sin perjuicio de que también sugiere llevar a cabo un análisis a nivel nacional– AGR propone una definición más bien estrecha del mercado relevante, incluso más estrecha de la que ha sido propuesta en casos previos por la FNE cuando se analizan las opciones de sustitución de cara a los arrendatarios.
- 3.15 Como se verá en lo que sigue, no parece ser necesario extenderse en un análisis más profundo acerca de la definición de mercado relevante apropiada, ya que, en cualquier caso, –incluso adoptando la postura de AGR– no se ve que exista un actor dominante en la mayoría de las zonas del país. Además, los datos muestran que existen motivaciones alternativas claras a las prácticas alegadas por AGR, debido a la amplia difusión de las conductas que son motivo de la Consulta, con independencia del nivel de concentración de cada mercado relevante geográfico.

Participaciones de mercado

- 3.16 A continuación, se presentan las participaciones de mercado basándonos en las definiciones de mercado relevante propuestas por AGR (*malls* y en algunos casos *power centers* en isócronas de 10 minutos de tiempo de manejo, aunque considerando también la presencia nacional de los operadores de centros comerciales).
- 3.17 Este es un análisis que consideramos conservador (i.e., que maximiza la participación de mercado de Parque Arauco) porque no toma en cuenta la influencia competitiva de centros comerciales pequeños, locales a pie de calle o *e-commerce*, los que también son opciones disponibles para que los *retailers* comercialicen sus productos.
- 3.18 Además, AGR considera un mercado relevante geográfico estrecho, lo que incrementa las posibilidades de observar actores con participaciones de mercado muy elevadas –incluso iguales a un 100%– en ciertas zonas.
- 3.19 Como se muestra en la Tabla 1, si se toman en cuenta las participaciones de mercado a nivel nacional, Parque Arauco representaría sólo el 10,1% de la superficie arrendable de *malls* (17,8% si se considera en conjunto con Grupo Marina, del que Parque Arauco tiene un 50% de propiedad). Si se incorporan los *power centers* como parte del mercado relevante del

⁴⁴ Consulta, p. 23.

⁴⁵ Consulta, p. 16.

producto, la participación de mercado de Parque Arauco se reduciría a un 8,6% (y a 14,9% en conjunto con Grupo Marina)⁴⁶⁻⁴⁷.

3.20 Estos valores están muy por debajo de los umbrales de dominancia de 50% o 70% sugeridos anteriormente por el TDLC⁴⁸. Tampoco se observa algún actor distinto a Parque Arauco que se acerque a una participación de mercado de ese nivel. Además, el índice de concentración HHI da cuenta de un mercado moderadamente concentrado si es que se incluyen solamente a *malls* dentro del mercado relevante –tanto si se considera o no a Grupo Marina como parte de la misma entidad que Parque Arauco– y poco concentrado si es que se incluyen también a *power centers*⁴⁹.

Tabla 1: Participación de mercado de malls en el país, año 2021

Operador	Mall		Mall – Power Center	
	Superficie arrendable (m ²)	% Superficie arrendable	Superficie arrendable (m ²)	% Superficie arrendable
Mall Plaza	1.377.250	32,2%	1.377.250	25,5%
Cencosud	833.470	19,5%	971.370	18,0%
Parque Arauco	433.300	10,1%	462.710	8,6%
Grupo Marina	328.440	7,7%	341.800	6,3%
Confuturo	271.960	6,4%	358.930	6,7%
Pasmar	154.490	3,6%	222.250	4,1%
Open Plaza	146.740	3,4%	239.170	4,4%
Vivocorp	105.680	2,5%	175.420	3,3%
Neo Rentas	64.000	1,5%	77.000	1,4%
Otros operadores	567.970	13,3%	1.035.755	19,2%
Grupo Patio			45.600	0,9%
City Point			30.850	0,6%
Multicentro			27.120	0,5%
Casa Costanera			19.900	0,4%
ISJ			9.280	0,2%

⁴⁶ Basándonos en el Informe Espacio Urbano (pp. 7-8), definimos a un *mall* como un centro comercial con una superficie arrendable de 20.000 m² o más y a un *power center* como un centro comercial con una superficie arrendable de entre 6.000 m² y 20.000 m². No distinguimos entre *outlets* que comercializan productos con descuento y centros comerciales tradicionales, ya que ambas son opciones válidas disponibles para que los *retailers* comercialicen sus productos.

⁴⁷ Calculado a partir de información de Georesearch aportada por Parque Arauco, tomando en cuenta solamente los centros comerciales en funcionamiento.

⁴⁸ Tal y como señala el TDLC en la Sentencia N°151/2016, página 22 y en la Sentencia N°153/2016, página 16, en el derecho norteamericano, una participación inferior al 70% del mercado no sería, en general, suficiente para determinar que dicho actor se encuentra en condiciones para realizar una conducta de “monopolización”, mientras que el derecho europeo descarta posición de dominio, en general, si es que las cuotas de mercado son inferiores a un 50%, debiendo considerarse, además, otros aspectos estructurales del mercado, como las condiciones de entrada.

⁴⁹ De acuerdo con los parámetros expuestos en la “Guía para el análisis de operaciones de concentración” de la FNE de octubre de 2012 (p. 13).

Operador	Mall		Mall – Power Center	
	Superficie arrendable (m ²)	% Superficie arrendable	Superficie arrendable (m ²)	% Superficie arrendable
Total	4.289.300	100.0%	5.394.405	100.0%
HHI		1658		1194
HHI (agrupando PA y Grupo Marina)		1813		1303

Notas: Se define a un mall como un centro comercial con superficie arrendable de 20.000 m² o más y a un power center como un centro comercial de entre 6.000 m² y 20.000 m² arrendables.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch de julio de 2021 aportados por Parque Arauco.

3.21 Como se mencionó, el enfoque de AGR, que se refleja en las participaciones de la Tabla 1, tiende a amplificar la participación de mercado de Parque Arauco, por cuanto deja de lado la presión competitiva que pueden ejercer de cara a los arrendatarios otros canales de venta, tales como los centros urbanos de las ciudades y la venta de productos a través de internet. De hecho, de acuerdo con la encuesta aplicada por la FNE a locatarios en el marco del proceso ante el TDLC, un 49% de los locatarios encuestados indicó que la presencia en *malls* era deseable, pero no esencial, por existir otros tipos de locales que podrían operar como sustitutos y un 6% indicó que la presencia en *malls* resultaba innecesaria por existir otros tipos de locales y/o canales de venta para comercializar sus bienes y/o servicios⁵⁰. De esta manera, un 55% de los locatarios encuestados considera a los *malls* como no esenciales para competir, lo que consideramos como un porcentaje elevado⁵¹⁻⁵².

⁵⁰ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 50.

⁵¹ Conviene tener presente que los actores que respondieron la encuesta son partes interesadas en el proceso de consulta y algunos de ellos probablemente miembros de AGR. Esto debe llevar a interpretar con cautela las respuestas a preguntas que están sujetas a algún grado de subjetividad, ya que algunos encuestados podrían tender a sobredimensionar el poder de los centros comerciales de cara a los *retailers*.

⁵² Se debe recordar que para que dos bienes o servicios sean parte del mismo mercado relevante no se requiere que la totalidad de los consumidores los perciban como alternativas factibles. Puede bastar un porcentaje relativamente bajo de consumidores que los consideren como sustitutos cercanos para que los bienes o servicios sean parte del mismo mercado relevante. Esto se puede entender aplicando la lógica del test del monopolista hipotético mediante un análisis que se basa en calcular la pérdida de volumen que lleva a que un alza en el precio de un monopolista hipotético no sea rentable. Bajo un análisis de pérdida crítica de este tipo, si ante un alza en el precio de un 5% de un monopolista hipotético en un mercado relevante candidato, existe un 10% de reducción de la cantidad vendida (esto es, la elasticidad de demanda del mercado candidato es igual a -2) y el margen en este mercado candidato es de un 50%, entonces el mercado relevante candidato no constituye un mercado relevante en sí mismo, sino que deben ser incorporados a él bienes o servicios adicionales. Recordemos que, bajo un análisis de este tipo, un mercado relevante candidato es un mercado relevante en sí mismo si es que, al aplicar un “SSNIP” (del inglés, “*small but significant nontransitory increase in prices*”), por ejemplo, de un 5%, la pérdida predicha (en el caso del ejemplo igual a 10%) es menor a la pérdida crítica calculada como $SSNIP/(SSNIP+m)$, donde m equivale al margen porcentual en el mercado relevante candidato. En el ejemplo presentado la pérdida crítica es igual a 9,1%. Ver Davis & Garces (2010) *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press. Capítulo 4.

3.22 En la siguiente tabla se muestra que un 35,5% de las tiendas que poseen los *retailers* asociados a AGR se ubican fuera de *malls* y un 20,1% fuera de *malls* y *power centers*. Los locales ubicados “a pie de calle” representan por sí solos un 16,4% de las tiendas de dichos *retailers*, lo que significa que son una alternativa para los comercios.

Tabla 2: Porcentaje de tiendas según ubicación para cada asociado a AGR, año 2021

Ubicación	%
<i>Malls</i>	64,5%
Pie de calle	16,4%
<i>Power centers</i>	15,4%
<i>Stripcenters</i>	1,7%
Supermercados	1,7%
Aeropuertos	0,2%
Estaciones de Metro	0,2%
Terminales de buses	0,1%
Clínicas	0,1%
Total (N° de tiendas)	1.994

Fuente: *Compass Lexecon a partir de información pública obtenida de las páginas web y redes sociales de los retailers pertenecientes a AGR en agosto 2021.*

3.23 En cuanto a la presión que ejercen las ventas por el canal *e-commerce*, como se desarrolla a partir del párrafo 3.58, los centros comerciales enfrentan una creciente competencia por parte de este canal, lo que tampoco es considerado en las participaciones expuestas en la Tabla 1.

3.24 En cuanto al nivel de concentración ante un análisis geográfico local, siguiendo el enfoque restringido –más estrecho que el criterio sugerido por la FNE en informes previos– que propone la consultante (*malls* y en algunos casos *power centers* en isócronas de 10 minutos de tiempo de manejo centradas en cada centro comercial), Parque Arauco tendría participaciones de mercado mayores al 50%, según superficie arrendable, sólo en cuatro mercados locales.

3.25 En la Tabla 3 se presentan algunos indicadores que resultan al seguir este enfoque, incluyendo el número de centros comerciales activos en los mercados geográficos donde participa Parque Arauco, la participación de mercado de este y la participación del mayor actor de cada mercado. Los cálculos se muestran en el escenario en el que se incluyen a los *power centers* como parte del mercado relevante del producto y en el escenario en que se excluyen.

Tabla 3: Participaciones de mercado en las zonas en las que participa Parque Arauco bajo definición de AGR, julio 2021

Isócrona 10 minutos	Mall	Mall			Mall– Power Center		
		% Parque Arauco	% Mayor actor	N° Malls	% Parque Arauco	% Mayor actor	N° Malls y Power Centers
Región Metropolitana	Arauco Kennedy	23,9%	59,1%	5	22,7%	56,1%	7
	Arauco Maipú	31,1%	68,9%	2	25,2%	55,9%	9
	Arauco Estación	38,1%	49,7%	3	30,5%	39,7%	7
	Arauco Quilicura	32,5%	67,5%	3	26,9%	55,8%	6
	Arauco El Bosque	100%	100%	1	84,6%	84,6%	2
	Outlet Buenaventura	17,5%	82,6%	2	13,3%	62,8%	6
Chillán	Arauco Chillán	100%	100%	1	69,1%	69,1%	2
Coronel	Arauco Coronel	100%	100%	1	64,2%	64,2%	2
San Antonio	Arauco San Antonio	100%	100%	1	64,0%	64,0%	2
Coquimbo	Outlet Coquimbo				11,7%	88,3%	3
Antofagasta	Parque Angamos				12,4%	76,4%	4
	Puerto Nuevo				5,3%	61,0%	4

Notas: No se consideran en el análisis los outlets de Curauma y San Pedro de la Paz de Parque Arauco, ya que no cumplen la definición de mall o power center de acuerdo a superficie arrendable (5.600 m² y 4.990 m² arrendables, respectivamente). Participaciones de Parque Arauco en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de sus centros comerciales. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS. ArcGIS utiliza velocidades estáticas basadas en velocidades promedio históricas o límites publicados de velocidad cuando la información histórica del tráfico no está disponible. Para más información revisar la documentación disponible en: <https://developers.arcgis.com/rest/network/api-reference/origin-destination-cost-matrix-service.htm>.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch de julio de 2021 aportados por Parque Arauco.

- 3.26 De los cálculos anteriores, se puede deducir que, si se toma la definición de mercado conservadora propuesta por el consultante, tanto desde el punto de vista del producto como geográfico, se puede descartar una posición dominante de Parque Arauco en ocho de sus 12 centros comerciales tipo *mall* o *power center*⁵³. En este análisis se excluye la presión competitiva ejercida por *strip centers*, locales a pie de calle y de la venta por canales *online*.
- 3.27 Con este enfoque, solo podrían existir participaciones de mercado superiores al 50% en el Mall Arauco El Bosque y en los centros comerciales que Parque Arauco opera en tres comunas fuera de Santiago: Chillán, Coronel y San Antonio.
- 3.28 De esta lista, es razonable descartar el mall de la comuna de El Bosque dado que enfrenta competencia cercana. En una isócrona de 15 minutos, este centro comercial tiene ocho *malls*

⁵³ Los *outlets* de Curauma y San Pedro de la Paz no se consideran en el análisis ya que no cumplen la definición de *mall* o *power center* de acuerdo a superficie. El primero de estos centros comerciales tiene 5.600 m² arrendables, mientras que el segundo 4.990 m². En isócronas de 10 minutos de tiempo de manejo ambos centros comerciales tendrían un 100% de participación de mercado considerando todos los *malls* y *power centers* de sus alrededores. Ahora bien, si es que el mercado geográfico se expande levemente a isócronas de 15 minutos, estas participaciones de mercado se diluyen considerablemente: la del *outlet* de Curauma se reduce a 7,5%, mientras que la del *outlet* de San Pedro de la Paz a 5,7%.

competidores y la participación de mercado de Parque Arauco en la superficie arrendable baja a un 20,1%. Si se considera la misma isócrona de 15 minutos y a los *power center* como sustitutos, en ese caso el centro comercial de El Bosque competiría con 13 centros comerciales y Parque Arauco tendría una participación de mercado de 18%.

- 3.29 Asimismo, en nuestra opinión, tampoco podría considerarse que la participación de mercado del centro comercial de la comuna de Coronel sea indicativa de una posición dominante, ya que este centro comercial se encuentra en la conurbación del Gran Concepción, con numerosos centros comerciales en áreas cercanas. La misma FNE incluyó en el Informe Patio/LV un análisis de los efectos de la operación considerando un mercado geográfico que incluía todo el Gran Concepción aun cuando se trataba en aquel caso de *power centers* y *strip centers*, los que debiesen tener un área de influencia más acotada que los *malls*⁵⁴.
- 3.30 Si es que se toman en cuenta todos los *malls* del Gran Concepción, la participación de mercado de Parque Arauco se reduce a 8,1%. Incluyendo, además, *power centers*, la participación de mercado equivale a 7,4%. Estos valores permiten descartar la existencia de una posición dominante de Parque Arauco en Coronel.
- 3.31 De esta manera, los centros comerciales candidatos a tener una posición dominante, considerando la definición de mercado relevante estrecha sugerida por AGR, se reducirían a dos: San Antonio y Chillán. Estos representaron en 2019 el 4,1% y el 5,8% de los ingresos de Parque Arauco en Chile, respectivamente, y aproximadamente el 3,3% y 5,6% de sus ingresos operacionales derivados de los arriendos y servicios anexos netos de costos directos de arrendamiento (“NOI”) en el país durante este mismo año, respectivamente⁵⁵.
- 3.32 Como se verá a continuación, ambos *malls* no parecen mostrar cobros más elevados o cláusulas más estrictas a los arrendatarios que centros comerciales en zonas donde Parque Arauco tiene menores participaciones de mercado. Esto muestra que las prácticas y cláusulas contractuales descritas en la Consulta que Parque Arauco incorpora en sus contratos no tienen relación con la participación de mercado de los centros comerciales en cada zona, según la definición de mercado de AGR, sino que son generalizadas a toda la industria e independiente de las condiciones de competencia. Esto permite inferir la existencia de otras motivaciones –distintas a la de una explotación de una posición de dominio– detrás de las cláusulas alegadas.
- 3.33 Según se describe en la Sección 4, creemos que existen razones de eficiencia importantes detrás de la estructura de los contratos de Parque Arauco, que son consistentes con la maximización del valor de la plataforma, en un contexto en el que existen externalidades entre sus distintos miembros. Esto es coherente con la experiencia comparada revisada.
- 3.34 De otra manera no se justifica la presencia de cláusulas calificadas como abusivas en lugares donde Parque Arauco no tiene posición dominante. Menos aún si es que estas zonas de mayor competencia representan gran parte de sus ingresos, y, por lo tanto, debiesen ser las

⁵⁴ Informe Patio/LV Rol F181-2019, p. 9.

⁵⁵ Información financiera de Parque Arauco disponible en: <https://www.paraucocom/parque-araucocom/corporativo/inversionistas/informacion-financiera>.

más importantes para el establecimiento de las Normas Generales extendidas a todos los centros comerciales⁵⁶.

- 3.35 Por último, en relación con las cláusulas de *cross-default* como hipotético mecanismo para extender poder de mercado entre distintas zonas, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que si, como se ha sugerido, este tipo de cláusulas significara una ampliación del ámbito geográfico relevante de competencia, la participación de mercado de Parque Arauco y de otros actores tendería a reducirse, hasta llegar, en el caso de Parque Arauco, a una participación a nivel nacional menor a 20%. De esta manera, bajo una definición de mercado relevante geográfico más amplia tampoco podría existir una posición dominante por parte de Parque Arauco.
- 3.36 Adicionalmente, resulta poco plausible considerar que una hipotética (aunque no demostrada) elevada participación de mercado de Parque Arauco en Chillán y San Antonio pudiera permitirle conseguir mejores términos con los *retailers* en otros lugares donde enfrentaría mayor competencia. Los dos mercados locales en los que Parque Arauco pudiese tener una mayor participación son muy poco importantes en términos del negocio total de los *retailers*, por lo que la necesidad de mantener tiendas en esas localidades no es una coerción suficiente para obligar a los locatarios a aceptar condiciones comerciales que consideren poco ventajosas en zonas donde existe competencia de otros centros comerciales.

Las cláusulas y porcentajes de cobros de Parque Arauco no dependen del grado de concentración del mercado en que se encuentre

- 3.37 Las cláusulas alegadas existen tanto en mercados donde es claro que Parque Arauco no tiene posición dominante (e.g., participación menor a 50% en el mercado relevante estrecho definido por AGR) como en mercados donde su participación es mayor. En efecto, el tipo de cláusulas y la estructura tarifaria no son sistemáticamente distintas en los lugares donde existe alta competencia, en comparación a aquellas zonas en las que se observa que Parque Arauco compite con menos rivales.
- 3.38 Si es que el enfoque geográfico adoptado fuese a nivel nacional, tampoco es razonable que existan motivaciones anticompetitivas detrás de las prácticas comerciales alegadas, ya que, a este nivel geográfico, la participación de mercado de Parque Arauco es de alrededor de un 10% sin considerar Grupo Marina y menor al 20% si es que se incluyen también los centros comerciales de este operador (ver Tabla 1).
- 3.39 De manera consistente con lo anterior, llama la atención que AGR solicite al TDLC que analice las prácticas de seis grupos operadores de centros comerciales. Esto implica que las conductas que podrían, según AGR, eventualmente contradecir la libre competencia, serían

⁵⁶ Dicho de otro modo, no se podría argumentar que en lugares con un alto grado de competencia existen cláusulas abusivas debido a que estas cláusulas se establecen en base a las condiciones de competencia –mucho más desfavorables– existentes a nivel nacional.

generalizadas en la industria⁵⁷, sin que se observe una mayor intensidad de uso por parte de algún operador de centro comercial que posea un mayor poder de mercado⁵⁸. La lógica económica indica que, si las prácticas expuestas en la Consulta obedeciesen a un uso del poder de mercado, entonces probablemente debiesen ser aplicadas con mayor intensidad por parte de estos, lo que no parece ocurrir.

- 3.40 Parece razonable, por lo tanto, descartar la hipótesis de que las prácticas cuestionadas se deriven de un abuso de posición dominante de Parque Arauco o de otro operador. Si es que este fuese el caso, debiesen observarse con mayor intensidad en zonas donde existe un mayor grado de concentración o por parte de operadores de mayor importancia.
- 3.41 En esta línea, la FNE señala que *“la imposición de cláusulas contractuales abusivas es una conducta explotativa referida a aquellas situaciones en que un actor dominante en el mercado utiliza su poder de mercado para imponer términos que no habrían podido ser establecidos por una empresa no dominante”*⁵⁹. Este es el mismo punto que pretendemos ilustrar, dicho de otra manera. De la sola cita anterior se puede deducir que ‘términos que pueden ser establecidos por una empresa no dominante no pueden referirse a una conducta explotativa de imposición de cláusulas contractuales abusivas’.
- 3.42 La tabla siguiente muestra el listado de cláusulas o conductas cuestionadas en la Consulta, indicando en qué tipo de documento están estipuladas (i.e., Normas Generales o contratos de arrendamiento particulares a cada locatario):

⁵⁷ Esto mismo se desprende del Aporte de antecedentes de la FNE (párrafo 119), donde se indica que la autoridad detectó la presencia de cláusulas comunes, o de muy similar naturaleza, que se encuentran presentes en las Normas Generales de los distintos operadores de *malls*.

⁵⁸ A modo ilustrativo, a nivel nacional, Mall Plaza tiene un 32,2% de la superficie arrendable en Chile de *malls*, según se muestra en la Tabla 1, en comparación a grupos relativamente menos importantes como VivoCorp o Grupo Pasmarr (2,5% y 3,6%, respectivamente, de la superficie arrendable en Chile de *malls*, según se muestra en la Tabla 1).

⁵⁹ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 118.

Tabla 4: Prácticas y cláusulas alegadas en la consulta de AGR

Cláusula o práctica alegada por AGR	Documento en el que constan
Estructura tarifaria en base a un valor mínimo mensual y un valor porcentual mensual, aunque en la práctica se trataría fundamentalmente de un cobro fijo.	Normas Generales.
Reajustes del valor mínimo mensual mayor al IPC y mayores en el mes de diciembre.	Los ajustes en el valor mínimo mensual se establecen en contratos de arrendamiento. Se indican las fechas a reajustar y se pueden indicar valores mayores durante diciembre.
Falta de transparencia en cobros adicionales (gastos comunes y los cobros por servicios de promoción y publicidad).	Contratos de arrendamiento. Se establece el porcentaje de gastos comunes pagado por cada locatario y los topes máximos, así como el fondo de promoción a pagar por el locatario, el cual usualmente corresponde a un porcentaje del arriendo mensual.
Acceso a información financiera y comercial estratégica de los locatarios.	Normas Generales (ventas netas mensuales y número de boletas).
Cláusulas que controlan el precio de venta a público	Contratos de arrendamiento. En el caso de Parque Arauco aplica para todos los locatarios en centros comerciales tipo outlet (precio al menos 20% más bajo que otros puntos de venta en al menos un 80% de los productos) y en algunos locales de Arauco Coronel.
Sanciones por disminución de ventas	No se aplican en ningún centro comercial de Parque Arauco.
Cláusulas <i>cross-default</i> (permiten poner término a todos los contratos de arrendamiento en caso de incumplimiento en un centro comercial particular)	Normas Generales.
Obligación de realizar remodelaciones	En Normas Generales se incorpora la facultad de pedir una completa remodelación del local cada cuatro años.
Horarios de atención diferenciado	En las Normas Generales se establece que los arrendatarios deben cumplir con los horarios establecidos por Parque Arauco. Estos horarios son posteriormente establecidos por Parque Arauco para cada centro comercial y tipo de tienda.
Inexistencia de cláusulas de salida	Las cláusulas de salida se establecen en el contrato de arrendamiento para algunos locales.

Nota: AGR también menciona la obligación contractual para los proveedores de incorporarse en más de un centro comercial. Esta cláusula no consta ni en las Normas Generales ni en los contratos particulares vigentes de Parque Arauco para ningún local, véase párrafo 2.25.

Fuente: Compass Lexecon en base a información de Parque Arauco.

- 3.43 Por definición, las prácticas contenidas en las Normas Generales aplican a todos los centros comerciales, por lo que no dependen del grado de poder de mercado a nivel local de Parque Arauco. De esta manera, el hecho de que la estructura tarifaria, y cláusulas como las de remodelación, *cross-default* y acceso a información financiera, existan en centros comerciales con bajas participaciones de mercado las hace incompatible con una teoría de abuso de posición dominante. Tampoco son compatibles con una teoría de abuso de posición dominante a nivel nacional, ya que la participación de mercado de Parque Arauco es siempre menor al 20% con un enfoque geográfico de este tipo.
- 3.44 Algo similar ocurre respecto a las cláusulas que buscan influir sobre el precio de venta a los consumidores. En el caso de Parque Arauco, estas aplican generalizadamente a todos los centros comerciales tipo *outlet*, sin distinguir entre la intensidad de la competencia que estos enfrentan. Es evidente que la naturaleza misma de este tipo de centros comerciales hace necesaria la imposición de cláusulas verticales para hacer sustentable un modelo de negocios que se basa en el ofrecimiento de precios que sean menores a los observados en otras ubicaciones. Este tema será tratado posteriormente, en el párrafo 4.61 y siguientes.
- 3.45 Respecto a las prácticas cuya aplicación varía entre centros comerciales, los datos tampoco muestran una relación sistemática entre su nivel de aplicación y la participación de mercado de Parque Arauco o el grado de concentración en el mercado local (siguiendo la definición de mercado relevante de AGR).
- 3.46 En el caso de las cláusulas de salida, en la Tabla 5 se puede observar que la inexistencia de cláusulas de salida en un importante porcentaje de los contratos es una práctica común en todos los centros comerciales de Parque Arauco, con independencia de la participación de mercado de este actor o del grado de concentración del mercado.
- 3.47 Por ejemplo, Parque Arauco tiene un 12,4% de participación en una isócrona de 10 minutos alrededor del *power center* Parque Angamos y, a pesar de esto, ningún contrato en este centro comercial incluye cláusula de salida. En contraste, Mall Arauco Coronel es el centro comercial de la lista en el que existe el mayor porcentaje de contratos con cláusula de salida, pero en la isócrona de 10 minutos alrededor de éste, Parque Arauco posee un 100% de participación si es que se incluyen solo *malls* y un 64,2% si es que se incluyen también *power centers*. Respecto a los centros comerciales de Parque Arauco “candidatos a posición de dominio”, San Antonio muestra un menor porcentaje de contratos sin cláusula de salida que el promedio (87,5% vs. 91,75%), mientras que Chillán muestra un valor levemente mayor al promedio (92,4% vs. 91,75%).

Tabla 5: Tiendas (%) de cada mall y power center de Parque Arauco con cláusulas de salida, 2021

Mall	Participación P. Arauco sólo malls (%)	HHI solo malls	Participación P. Arauco incluyendo power centers (%)	HHI incluyendo power centers	Sin cláusula de salida
Arauco Kennedy	23,9%	4251	22,7%	3835	96,0%
Arauco Maipú	31,1%	5717	25,2%	3813	95,3%
Arauco Estación	38,1%	4072	30,5%	2892	98,4%
Arauco Chillán	100%	10000	69,1%	5733	93,7%
Arauco Quilicura	32,5%	5611	26,9%	3953	100%
Arauco Coronel	100%	10000	64,2%	5404	74,0%
Arauco San Antonio	100%	10000	64,0%	5395	88,9%
Outlet Buenaventura	17,5%	7119	13,3%	4289	91,7%
Outlet Coquimbo	-	-	11,7%	7927	80,0%
Arauco El Bosque	100%	10000	84,6%	7395	100%
Parque Angamos	-	-	12,4%	6114	100%
Puerto Nuevo	-	-	5,3%	4445	-

Notas: (1) Para el cálculo de tiendas sin cláusula de salida no se consideran como tiendas las antenas, los cajeros automáticos, las oficinas y otras áreas, tales como servicios de telecomunicaciones, terminales de buses y bancos.

(2) No se cuenta con información sobre el porcentaje de contratos con cláusula de salida para el Power Center Puerto Nuevo.

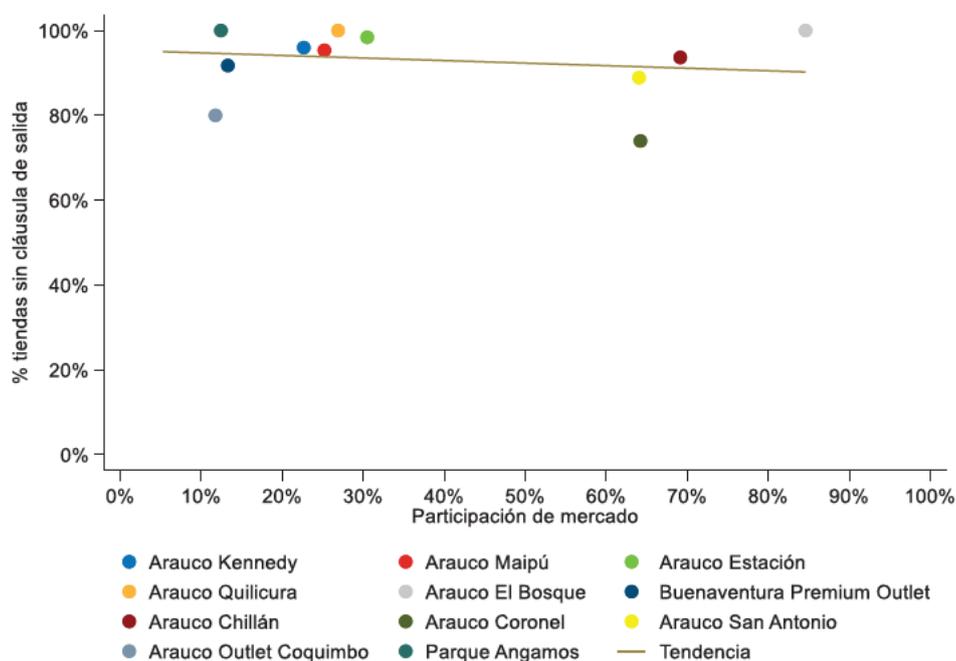
Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de información de Parque Arauco.

3.48 Si es que se muestran los datos anteriores de manera gráfica, se puede observar que no hay una correlación positiva entre la participación de mercado de Parque Arauco (incluyendo tanto *malls* como *power centers* dentro de cada mercado geográfico⁶⁰) y el porcentaje de contratos de cada centro comercial sin cláusulas de salida. Tampoco se observa esto cuando el gráfico se construye en base al nivel del índice HHI⁶¹.

⁶⁰ Las conclusiones se mantienen si solo se consideran *malls* y se excluyen *power centers*.

⁶¹ Las relaciones mostradas en estos gráficos no deben interpretarse como causales. Se presentan, más bien, para ilustrar la inconsistencia de los argumentos esgrimidos por AGR, ya que, cuando una práctica se observa en un mercado en el que existe competencia efectiva, tiene que existir una explicación a esta práctica distinta a la de un abuso de posición dominante.

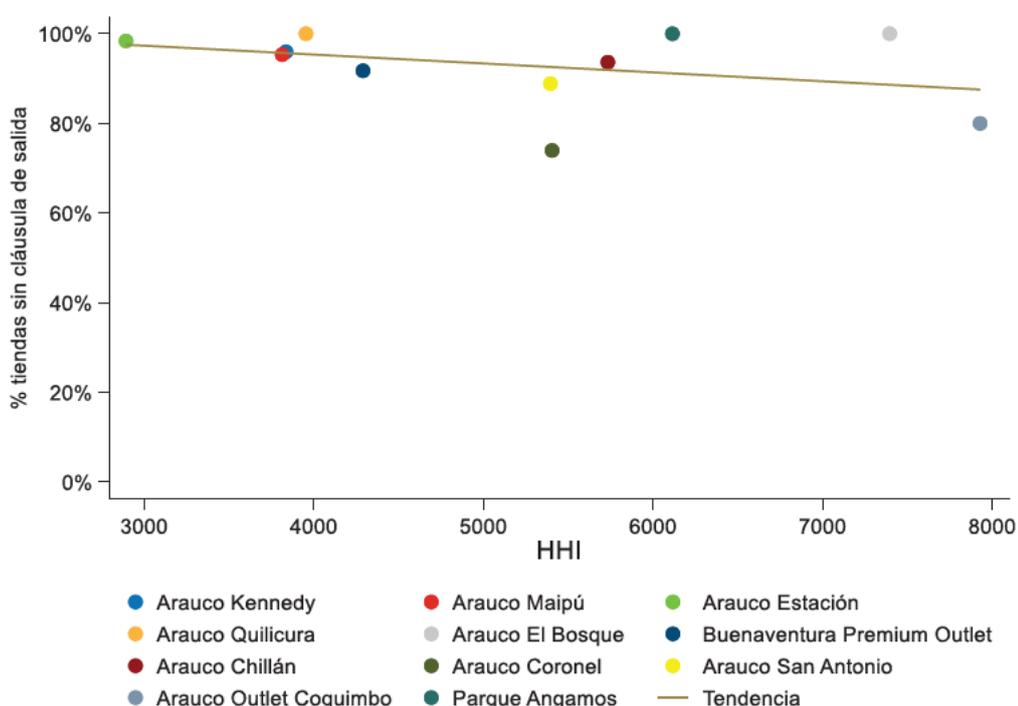
Figura 1: Participación de mercado de Parque Arauco vs. cláusulas de salida para malls y power centers de Parque Arauco, 2021



Notas: (1) En el eje vertical se muestra el porcentaje de tiendas que no tienen la cláusula de salida sobre el total de tiendas del centro comercial.
 (2) Participaciones de mercado de Parque Arauco incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de sus centros comerciales. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

Figura 2: HHI vs cláusulas de salida para malls y power centers de Parque Arauco, 2021



Notas: (1) En el eje vertical se muestra el porcentaje de tiendas que no tienen la cláusula de salida sobre el total de tiendas del centro comercial.
 (2) HHI calculado en base a participaciones de mercado incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de los centros comerciales de Parque Arauco. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.
 Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

- 3.49 En cuanto a las supuestas conductas abusivas relacionadas con las tarifas de arrendamiento, el cobro de gastos comunes y los cobros por servicios de promoción y publicidad, tampoco se observa algún patrón que permita inferir que la estructura tarifaria esté vinculada a la participación de mercado de Parque Arauco o al grado de concentración del mercado.
- 3.50 Por ejemplo, en relación con una posible discriminación arbitraria entre locatarios y falta de transparencia en los cobros, se observa que la dispersión de tarifas no está correlacionada con el poder de mercado que pudiese poseer Parque Arauco u otro operador en el mercado, sino que parece ser generalizada e independiente de estos factores.
- 3.51 En la Tabla 6 se muestra, para cada uno de los *malls* y *power centers* de Parque Arauco, el coeficiente de Gini calculado a partir del valor de los diferentes cobros del centro comercial a sus locatarios (arriendo, gastos comunes, fondo de promoción y contribuciones) como porcentaje de las ventas de cada uno de estos durante el año 2019⁶².

⁶² Se utiliza información del año 2019 para aislar el efecto de las restricciones sanitarias para el funcionamiento de centros comerciales impuestas durante los años 2020 y 2021.

- 3.52 El coeficiente de Gini es una medida de desigualdad que va entre 0 y 1, donde 0 corresponde a la perfecta igualdad y 1 a la perfecta desigualdad. En este caso, un coeficiente de Gini igual a 0 implica que el porcentaje de las ventas acumuladas en un centro comercial que representan ciertos locatarios equivale al porcentaje acumulado de los cobros efectuados por el centro comercial a estos mismos locatarios (e.g., los locatarios que representan el 50% de las ventas en un *mall* pagan el 50% del valor de los arriendos totales recibidos por dicho mall).
- 3.53 Es esperable que –de derivarse la posibilidad de discriminar entre locatarios de una posición dominante en el mercado– este coeficiente debería tender a disminuir en zonas donde Parque Arauco enfrenta más competencia. En estas zonas, los arrendatarios afectados negativamente por la discriminación tendrían la posibilidad de emigrar a otro centro comercial en caso de cobros abusivos, lo que debiese terminar por suavizar las diferencias entre locatarios dentro de los centros comerciales sujetos a mayor competencia. En el extremo, con competencia perfecta entre centros comerciales, la discriminación sería impracticable.

Tabla 6: Coeficiente de Gini de los distintos cobros de centros comerciales, 2019

Mall	Arriendo	Gasto Común	Fondo de Promoción	Pago Total
Arauco Kennedy	0.523	0.673	0.543	0.593
Arauco Maipú	0.554	0.569	0.546	0.578
Arauco Estación	0.610	0.529	0.407	0.595
Arauco Chillán	0.392	0.443	0.612	0.397
Arauco Quilicura	0.445	0.434	0.390	0.438
Arauco Coronel	0.425	0.433	0.424	0.427
Arauco San Antonio	0.484	0.458	0.528	0.491
Outlet Buenaventura	0.380	0.463	0.322	0.385
Outlet Coquimbo	0.333	0.353	0.333	0.341
Arauco El Bosque	0.271	0.254	0.455	0.274
Parque Angamos	0.243	0.130	0.285	0.226

Notas: Se calcula el coeficiente de Gini utilizando el monto pagado por cada locatario en cada ítem en relación a sus ventas en el centro comercial. Para este cálculo no se consideran como tiendas las antenas, los cajeros automáticos, las oficinas y otras áreas, tales como servicios de telecomunicaciones, terminales de buses y bancos.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de información de Parque Arauco.

- 3.54 La Tabla 7 muestra, por su parte, la desviación estándar del pago de los locatarios como porcentaje de sus ventas⁶³ para cada centro comercial de Parque Arauco según información de 2019. Esta es una medida adicional del grado de variabilidad en los cobros, medidos como porcentaje de las ventas de cada locatario, al interior de los centros comerciales de Parque Arauco.

⁶³ Se eliminan aquellas observaciones de la base de datos para las que el pago total en relación a las ventas de los locatarios es mayor a 1, ya que se consideran situaciones particulares que están fuera de un equilibrio razonable.

Tabla 7: Desviaciones estándar para pagos por locatario como porcentaje de las ventas, 2019

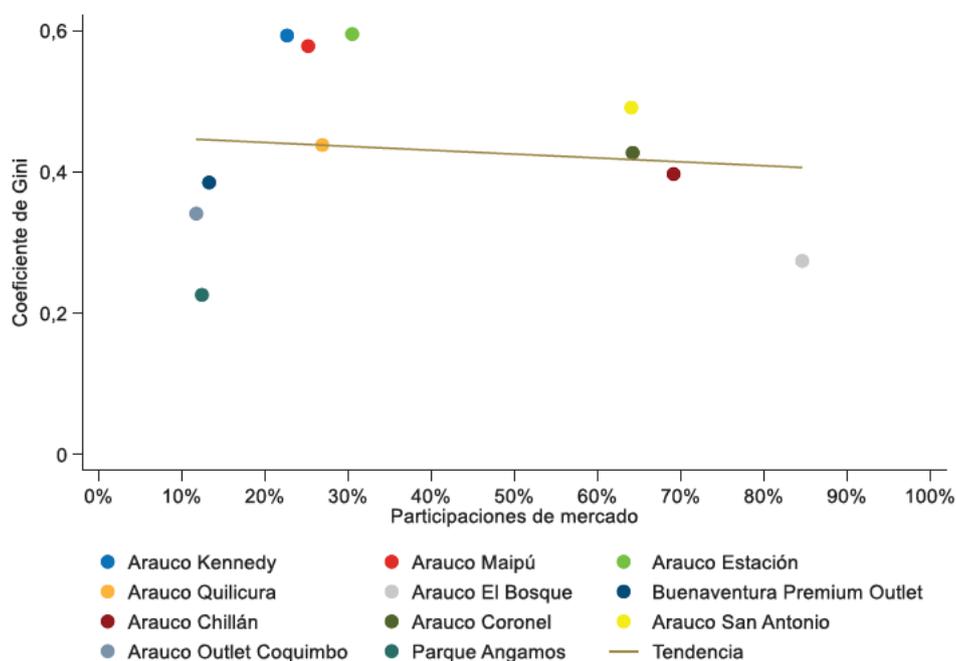
Mall	Arriendo	Gasto Común	Fondo de Promoción	Pago Total
Arauco Kennedy	0.133	0.028	0.010	0.148
Arauco Maipú	0.087	0.038	0.006	0.111
Arauco Estación	0.145	0.075	0.007	0.195
Arauco Chillán	0.112	0.028	0.006	0.124
Arauco Quilicura	0.060	0.027	0.006	0.083
Arauco Coronel	0.136	0.132	0.012	0.124
Arauco San Antonio	0.080	0.045	0.004	0.101
Outlet Buenaventura	0.085	0.018	0.007	0.103
Outlet Coquimbo	0.036	0.015	0.004	0.042
Arauco El Bosque	0.153	0.022	0.007	0.165
Parque Angamos	0.136	0.060	0.013	0.205
Puerto Nuevo	0.127	0.113	0.000	0.239

Notas: Se calcula la desviación estándar del pago de cada ítem como porcentaje de las ventas del locatario. Para este cálculo no se consideran como tiendas las antenas, los cajeros automáticos, las oficinas y otras áreas, tales como servicios de telecomunicaciones, terminales de buses y bancos. Se eliminan aquellas observaciones donde el pago total respecto a las ventas de los locatarios es mayor a 1.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de información de Parque Arauco.

3.55 Las dos tablas anteriores evidencian que la existencia de cobros porcentuales diferenciados entre locatarios es una práctica común y generalizada dentro de los centros comerciales. Ahora bien, como se muestra en los dos gráficos siguientes, la magnitud de las diferencias en los pagos entre locatarios no está correlacionada positivamente con la participación de mercado de Parque Arauco ni con el nivel de concentración en isócronas de 10 minutos alrededor de cada uno de sus centros comerciales.

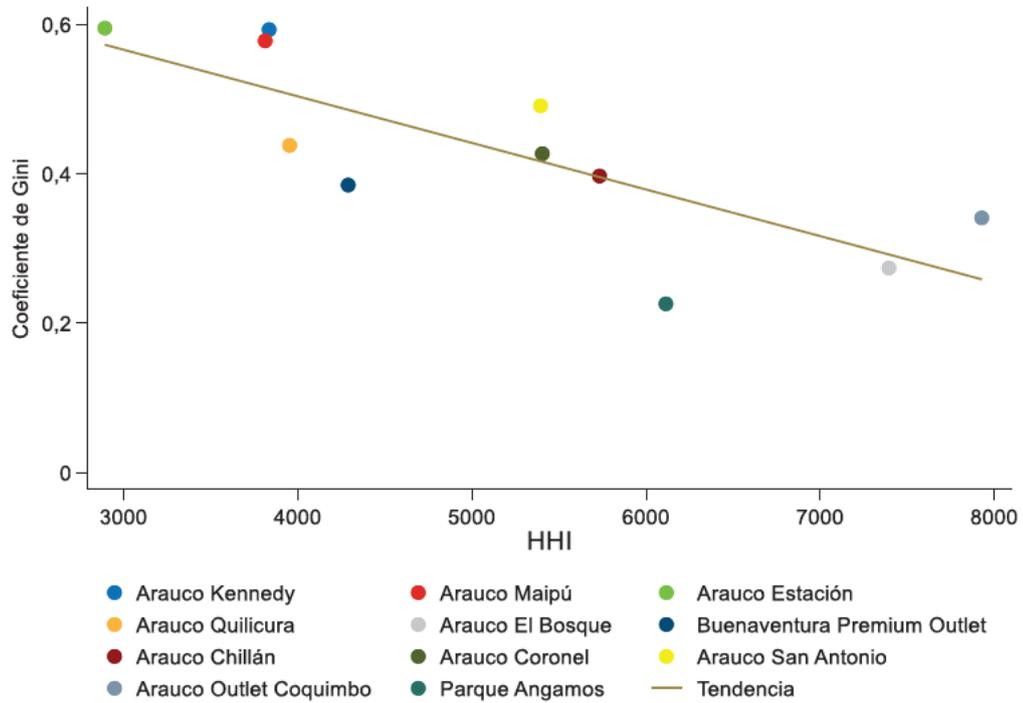
Figura 3: Participación de mercado de Parque Arauco vs. coeficiente de Gini del pago total de locatarios en malls y power centers de Parque Arauco, 2019



Notas: (1) En el eje vertical se muestra el coeficiente de Gini de cada mall calculado según los pagos totales como porcentaje de las ventas de los locatarios en cada centro comercial.
 (2) Participaciones de mercado de Parque Arauco incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de sus centros comerciales. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

Figura 4: HHI vs coeficiente de Gini del pago total de locatarios en malls y power centers de Parque Arauco, 2019

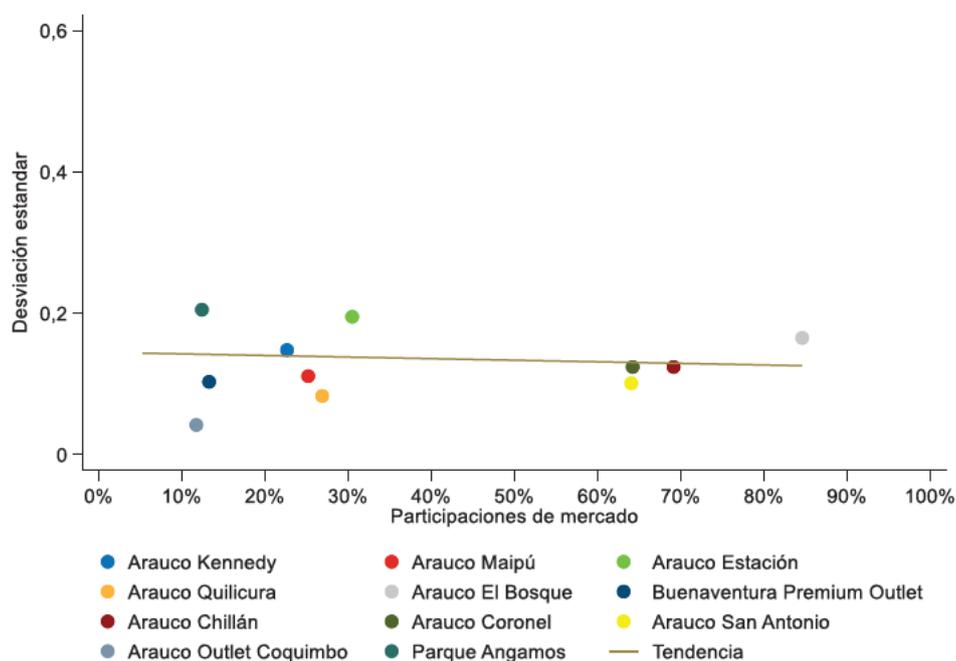


Notas: (1) En el eje vertical se muestra el coeficiente de Gini de cada mall calculado según los pagos totales como porcentaje de las ventas de los locatarios en cada centro comercial.

(2) HHI calculado a partir de participaciones de mercado incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de los centros comerciales de Parque Arauco. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

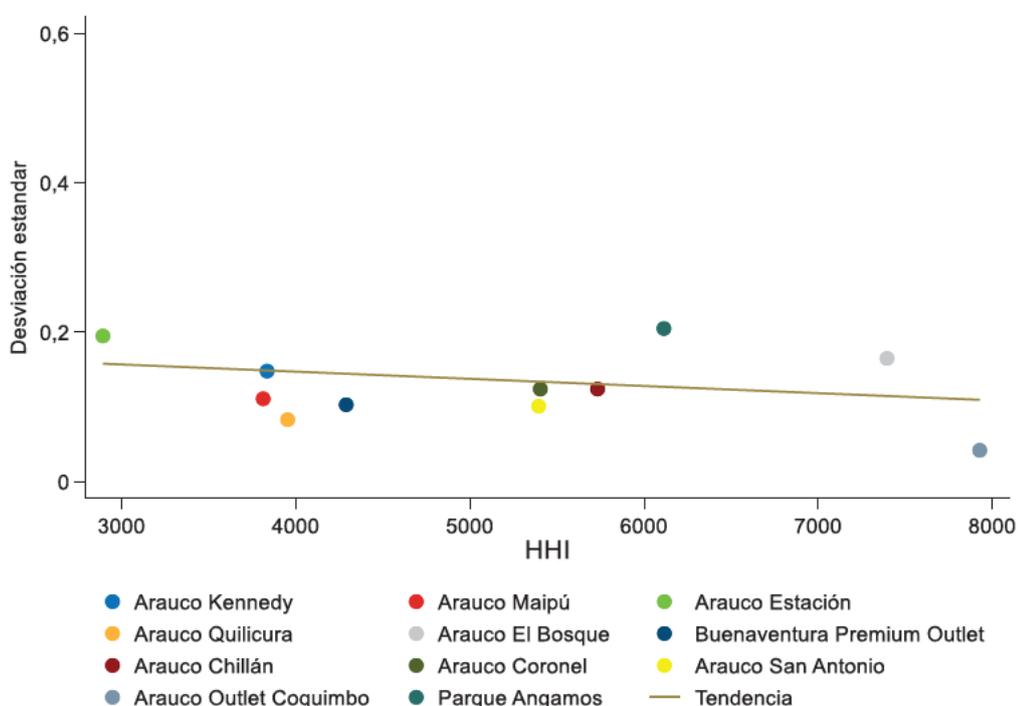
Figura 5: Participación de mercado de Parque Arauco vs. desviación estándar del pago total de locatarios en malls y power centers de Parque Arauco, 2019



Notas: (1) En el eje vertical se muestra la desviación estándar de cada mall en el pago total de los locatarios como porcentaje de sus ventas.
 (2) Participaciones de mercado de Parque Arauco incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de sus centros comerciales. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

Figura 6: HHI vs desviación estándar del pago total de locatarios en malls y power centers de Parque Arauco, 2019



Notas: (1) En el eje vertical se muestra la desviación estándar de cada mall en el pago total de los locatarios como porcentaje de sus ventas.

(2) HHI calculado a partir de participaciones de mercado incluyendo malls y power centers en base a superficie arrendable (en m²) en una isócrona de 10 minutos centrada en cada uno de los centros comerciales de Parque Arauco. Los tiempos de manejo fueron calculados en dirección al mall de Parque Arauco utilizando ArcGIS.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de datos de Georesearch aportados por Parque Arauco.

- 3.56 De esta manera, el hecho de que se observe una diferenciación importante en los cobros entre locatarios al interior de un mismo centro comercial, a lo que se suma la ausencia de correlación entre esta diferenciación en los precios y la participación de mercado de Parque Arauco y la concentración del mercado, da cuenta de que esta práctica, así como las demás que se alegan, no se explicarían por un abuso de posición dominante.
- 3.57 Como se describirá con más detalle, resulta más razonable concluir que las conductas descritas en la Consulta tienen como objetivo maximizar el valor de los centros comerciales en un contexto en el que existen numerosas externalidades entre los actores que interactúan en estas plataformas, las que no son adecuadamente internalizadas. En situaciones como estas –con externalidades no internalizadas– el valor de la plataforma es subóptimo si es que no media la intervención de un operador que fuerce a los miembros de la plataforma a actuar en el interés de todos, aunque estas acciones consideradas aisladamente vayan en contra de su interés particular.

Los malls enfrentan fuerte y creciente competencia del *e-commerce* que reduce su poder de negociación respecto a los *retailers*

- 3.58 Tal y como ha señalado la FNE en los informes para evaluar las operaciones de concentración entre Uber/Cornershop⁶⁴ y Walmart/Cornershop⁶⁵, los intercambios a través de *e-commerce* obedecen a un fenómeno global, que se encuentra en expansión en Chile y en el mundo, lo que queda de manifiesto si se observa que en el año 2015 las ventas de comercio electrónico en Chile ascendieron a USD 2.480 millones, mientras que en el año 2019, antes de la pandemia del Covid-19, las mismas alcanzaron los USD 6.079 millones.
- 3.59 De acuerdo a datos y análisis de la Cámara de Comercio de Santiago (“CCS”), las ventas *online* aumentaron de manera muy relevante debido al confinamiento ocasionado por la pandemia de COVID-19, alcanzando durante el año 2020 un monto de USD 9.423 millones y en 2021 de USD 11.967 millones. De acuerdo con las proyecciones de la CCS, el nivel de ventas de comercio electrónico se mantendría creciendo durante los próximos años, considerando valores proyectados de USD 12.566 millones en 2022 y de más de USD 15.000 millones en 2023⁶⁶.
- 3.60 Por otra parte, la crisis sanitaria ha tenido efectos considerables en el desarrollo de este canal de ventas, siendo probable que ciertos cambios en los patrones de consumo, que ya se venían desarrollando con anterioridad a las restricciones de movilidad, se mantengan. Lo anterior ha significado un empeoramiento de la posición negociadora de los centros comerciales frente a los *retailers*, quienes disponen ahora de otros canales de comercialización efectivos. Existe, por lo tanto, una tendencia a que el poder de negociación de los operadores de centros comerciales de cara a los locatarios se vaya reduciendo, por el desarrollo natural de canales alternativos.
- 3.61 En efecto, internacionalmente se observa un declive de los resultados de los centros comerciales, en especial los de grandes extensiones, tipo *malls*, debido a la expansión del *e-commerce*. Existe numerosa evidencia internacional que da cuenta de qué manera ha cambiado el panorama de los centros comerciales, con el aumento de las ventas a través de internet⁶⁷.

⁶⁴ FNE (2020), Informe de aprobación Uber/Cornershop Rol F217-2019, p. 12

⁶⁵ FNE (2019), Informe de aprobación Walmart/Cornershop, Rol F161-2018, p. 3.

⁶⁶ Presentación de George Lever, gerente de Estudios de la CCS, realizada en el marco de la Conferencia de eCommerce Day Chile 2022 de abril de 2022, p. 34. Disponible en: <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2022/04/ECD2022-GLever.pdf>.

⁶⁷ A modo de ejemplo:

- i. En agosto de 2020, Coresight Research estimó que el 25% de los aproximadamente 1.000 centros comerciales de Estados Unidos cerrarán en los próximos tres a cinco años. Explican que la pandemia acelerará esta desaparición pero que de todas formas dicho proceso ya estaba en marcha antes de la aparición del coronavirus. Fuente: <https://www.cnbc.com/2020/08/27/25percent-of-us-malls-are-set-to-shut-within-5-years-what-comes-next.html>.
- ii. Un informe de Credit Suisse en 2017 proyectó que entre el 20% y el 25% de los *malls* en Estados Unidos cerrarían en 2022. Esto, principalmente, debido al declive de la compra presencial y al aumento de las ventas a través de internet. Fuente: <https://money.cnn.com/2017/06/02/news/economy/doomed-malls/index.html>.

- 3.62 Lo anterior significa que el TDLC debería tener en consideración la presión competitiva que ejercen y que ejercerán probablemente con mayor intensidad en el futuro las plataformas digitales a los centros comerciales, como canal alternativo de ventas para ciertos tipos de comercios. La posición negociadora de los centros comerciales de cara a los arrendatarios se ha ido deteriorando y debería seguir haciéndolo en el futuro, lo que llama a ser precavidos para la imposición de medidas conductuales en una industria cada vez más desafiada competitivamente.
- 3.63 El nivel de comisiones como porcentaje de las ventas de los comercios que actualmente cobran las plataformas digitales es cercano, y en promedio mayor, a los cobros que realiza Parque Arauco, lo que es un indicio de que la disposición a pagar, en promedio, no es superior por los centros comerciales *brick and mortar* que por los canales de venta *online*. En las siguientes tablas se presentan las comisiones promedio de las principales plataformas *online* y los cobros de Parque Arauco (incluyendo tanto los pagos por arriendo como otros cobros), ambos como porcentaje de las ventas de los locatarios:

Tabla 8: Comisiones de plataformas online, como porcentaje de las ventas, año 2021

Marketplace	Comisión (% de las ventas)
Cornershop	15%
Dafiti	20%-30% en función del tramo de ventas
Falabella	17%
Linio	17%
Mercado Libre	11% o 14% en función del tipo de publicación
Mercado Shop	8% u 11% en función del tipo de publicación

Notas: *Mercado Shop es una plataforma que permite a las empresas registrar una tienda online accediendo al mismo ecosistema de Mercado Libre. Los tipos de publicación de Mercado Libre son gratuitos, clásicos y premium.*

Fuente: *Sitios web de las plataformas en agosto 2021.*

- iii. Un reportaje de Forbes también refiere el enorme impacto que está teniendo en Estados Unidos, en el negocio de los centros comerciales, la evolución del comportamiento de los consumidores hacia el *e-commerce*, lo que ha llevado a reemplazar los *malls* por *marketplaces online*. Fuente: <https://www.forbes.com/sites/jiawertz/2020/10/15/from-malls-to-marketplaces-how-the-virtual-shift-is-unfolding-for-e-commerce-at-scale/?sh=63223db8fa57>.
- iv. En abril de 2020, un informe de Green Street Advisors estableció que más del 50% de los grandes *retailers* de Estados Unidos podrían cerrar definitivamente sus tiendas en los centros comerciales a finales del próximo año. El punto clave que destacan es que las tiendas anclas son las que están en declive, lo que se ha agravado por la crisis sanitaria. Según Macy's, empresa de servicios inmobiliarios comerciales: "*Muchos centros comerciales se enfrentarán ahora a múltiples vacantes de tiendas anclas, un lugar difícil de remontar, especialmente en un entorno en el que la demanda de espacio es prácticamente inexistente*". Fuente: (i) <https://www.cnbc.com/2020/04/29/50percent-of-all-these-malls-forecast-to-close-by-2021-green-street-advisors-says.html>; (ii) <https://www.greenstreet.com/insights/blog/retail-survival-of-the-fittest>.
- v. CoStar ha publicado datos sobre el número de cierres de *retailers* por año, los último dos años se han alcanzado las cifras más altas, de 11.100 tiendas cerradas en 2020 y 10.619 cerradas durante el año 2019. Fuente: (i) <https://www.costar.com/article/148644968/2020-sets-new-record-as-retailers-announce-plans-to-close-more-than-11100-stores>; (ii) <https://www.washingtonpost.com/business/2019/11/22/malls-are-dying-only-these-ones-have-figured-out-secrets-success-internet-age>.

Tabla 9: Cobros promedio malls y power centers de Parque Arauco como porcentaje de las ventas, según tipo de local, 2017- mayo 2021

Tipo de local	2017	2018	2019	2020	2021*	Total
Restaurant						
Tienda ancla						
Tienda intermedia						
Tienda menor						
Promedio						

Notas: La clasificación de tipo de local corresponde a la clasificación interna de Parque Arauco. Para el año 2021 se incorporan datos hasta mayo. Para este cálculo se unió la base de pagos de cada locatario con su información de ventas por local. Los tipos de locales considerados representan el 82% de la facturación total de Parque Arauco en el periodo. Para dichos locales, se logró identificar correctamente las ventas en tiendas equivalentes al 95% de la facturación de Parque Arauco para dicho grupo en el periodo. Los tipos de locales considerados representan el 82% de la facturación de Parque Arauco en el periodo. Se excluyen los outlets de Curauma y San Pedro por caer fuera de la categoría mall o power center.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de información de Parque Arauco

3.64 Si es que se analizan los datos anteriores distinguiendo por tipo de local, tampoco se observa que los cobros de Parque Arauco se distancien considerablemente de los de las plataformas digitales. Por ejemplo, el cobro a las tiendas de menor tamaño –igual a 15,7% en promedio durante el período considerado– es menor que el cobro de varias de las plataformas incluidas en la Tabla 10.

3.65 Por otra parte, si es que nos fijamos en los datos a nivel de centro comercial durante el año 2019, no se observa ningún mall o power center de Parque Arauco con cobros sustancialmente distintos que las plataformas digitales:

Tabla 10: Cobros totales realizados a locatarios (montos fijos y variables) en malls y power centers de Parque Arauco, como porcentaje de las ventas por tipo de local y centro comercial, 2019

	Restaurant	Tienda ancla	Tienda intermedia	Tienda menor	Total
Arauco Chillán					
Arauco Coronel					
Arauco El Bosque					
Arauco San Antonio					
Outlet Buenaventura					
Outlet Coquimbo					
Arauco Estación					
Arauco Maipú					
Arauco Quilicura					
Arauco Kennedy					
Parque Angamos					
Total					

Notas: La clasificación de tipo de local corresponde a la clasificación interna de Parque Arauco. Para este cálculo se unió la base de pagos de cada locatario con su información de ventas por local. Dichas categorías representan el 81% de la facturación de Parque Arauco en 2019. Para las categorías presentadas se logró unir el 95% de la facturación de Parque Arauco durante 2019 correctamente. En el caso de la categoría restaurant de Parque Angamos existen registros de ventas de un solo

restaurante con ventas de baja cuantía por sólo tres meses. Esta información se omite por no ser representativa.

Fuente: Elaborado por Compass Lexecon a partir de información de Parque Arauco.

- 3.66 Por último, si se revisan en detalle los *retailers* asociados a AGR, se puede observar que la mayoría de ellos utiliza canales digitales para comercializar sus productos, lo que muestra que el *e-commerce* es una alternativa de comercialización utilizada por ellos.

Tabla 11: Tiendas AGR en canales digitales

	Vestuario, Calzado, Tecnología y Otros	Restaurantes
Número de marcas	107	25
Tiene tienda física	102 (95%)	25 (100%)
Vende a través de canales digitales	102 (95%)	22 (88%)
Vende a través de página web propia	85 (79%)	17 (70%)
Tiene presencia en algún Marketplace	79 (74%)	-
<i>Dafiti</i>	49 (46%)	-
<i>Falabella</i>	36 (34%)	-
<i>Linio</i>	30 (28%)	-
<i>Mercado Libre</i>	46 (43%)	-
<i>Paris</i>	19 (18%)	-
<i>Ripley</i>	35 (33%)	-
Tiene presencia en aplicaciones de <i>delivery</i>	32 (30%)	20 (80%)
<i>Cornershop</i>	28 (26%)	1 (4%)
<i>Rappi</i>	6 (6%)	17 (68%)
<i>Pedidos Ya</i>	5 (5%)	7 (28%)
<i>Uber Eats</i>	-	6 (24%)

Nota: En paréntesis se muestran los porcentajes respecto al total de marcas.

Fuente: Compass Lexecon a partir de información pública obtenida de las páginas web y redes sociales de los *retailers* pertenecientes a AGR en agosto 2021.

Consistencia con una práctica de abuso de posición dominante conjunta o colectiva

- 3.67 Una hipótesis alternativa planteada por AGR es la posibilidad de que las prácticas comerciales descritas se hagan de manera coordinada entre los operadores de centros comerciales, lo que denominan abuso de posición dominante conjunta⁶⁸. Lo anterior supone que existiría un entendimiento común entre los operadores de centros comerciales que les permitirían mantener condiciones comerciales que no serían sostenibles para cada actor por sí solo.
- 3.68 AGR sostiene esta hipótesis indicando que la mayoría de las prácticas sobre las que recae la Consulta “*serían impuestas y ejecutadas en términos equivalentes por prácticamente todos los centros comerciales*”⁶⁹. En relación con lo anterior, la existencia de estándares comunes entre actores de una misma industria no sería un argumento suficiente para considerar que

⁶⁸ Véase la Consulta, p. 32.

⁶⁹ Op. Cit., p. 32.

las empresas están actuando de manera coordinada. Por el contrario, muchas veces ciertas prácticas comerciales se vuelven comunes porque son una forma eficiente de resolver un determinado problema que afecta a todos los actores.

- 3.69 En este caso, la existencia de normas generales, una estructura tarifaria que considera un monto fijo si es que no se alcanza cierto umbral de ventas y otras cláusulas vinculadas con la operación de los centros comerciales (horarios de apertura y cierre, obligaciones de gasto en remodelaciones, etcétera) no solo son comunes a los centros comerciales en Chile, sino que se aplican también en otros países⁷⁰. La existencia generalizada de cláusulas y estructuras tarifarias como las descritas no es una mera coincidencia, sino que se deriva de la estructura de incentivos de los operadores de centros comerciales dada la naturaleza de dos lados del mercado. Estas prácticas permiten incrementar el valor de las plataformas y administrar de la mejor manera las externalidades al interior de éstas, por lo que no es una extrañeza que estén tan difundidas en la industria (en Chile y en el extranjero). Las explicaciones de eficiencia para las prácticas descritas y la descripción de algunas referencias internacionales se detallan en la Sección 4.
- 3.70 Adicionalmente, incluso olvidando las razones de eficiencia subyacentes, no se observa que una coordinación como la sugerida como AGR sea probable ni sostenible. A modo ejemplar:
- a. Resulta complejo para los seis actores de la industria nacional alcanzar términos de coordinación para un conjunto tan relevante de prácticas comerciales.
 - b. Los contratos particulares entre centros comerciales y *retailers* contienen cláusulas de confidencialidad y son diseñados caso a caso, por lo que no existen opciones efectivas de monitoreo de un eventual acuerdo tácito con el detalle que se requeriría considerando el número y detalle de las prácticas enunciadas por AGR. Las normas generales plantean directrices que no son lo suficientemente detalladas a la realidad de cada locatario como para hacer posible el monitoreo de un acuerdo y, además, es posible que en los contratos particulares se estipulen modificaciones o excepciones a determinadas cláusulas, lo que resulta difícil de monitorear.
 - c. Existen diferencias importantes entre los distintos operadores de centros comerciales en el país, en cuanto a participaciones de mercado u otras variables (e.g., integración vertical). Por ejemplo, si se consideran las participaciones a nivel nacional considerando solamente malls, VivoVorp representa un 2,5% en términos de superficie arrendable, lo que se compara al 32,2% de Mall Plaza (ver Tabla 1). Esta asimetría genera incentivos al desvío. De hecho, es usual en los acuerdos de coordinación que una parte de los actores del mercado no se adhieran al acuerdo debido a los mayores incentivos al desvío que

⁷⁰ A modo de ejemplo, los estados financieros del año 2021, de los siguientes centros comerciales a nivel internacional, indican ingresos por cobros fijos y variables de arriendo a los locatarios: (i) Unibail-Rodamco-Westfield (<https://www.urw.com/en/investors/financial-information/financial-results>), Simon Property (<https://investors.simon.com/financial-information/annual-reports>) y Macerich (<https://investing.macerich.com/financial-information/annual-reports-proxies>).

enfrentan⁷¹. En contraste, en este caso, no tenemos conocimiento de algún operador de centros comerciales que no aplique buena parte de las prácticas alegadas pro AGR.

Conclusiones

- 3.71 Para evaluar la existencia de un abuso de posición dominante, un requisito fundamental es corroborar que la entidad acusada posea, en la práctica, esta posición dominante en el o los mercados en los que participa.
- 3.72 Siguiendo un enfoque geográfico nacional, Parque Arauco no tiene una posición dominante, ya que su participación de mercado es, en cualquier caso, menor a un 20%. Este valor está muy por debajo de cualquier umbral de dominancia sugerido anteriormente por el TDLC. Tampoco se observa algún actor distinto a Parque Arauco que se acerque a una participación de mercado de ese nivel. Además, para distintas definiciones de mercado el índice de concentración HHI da cuenta de un mercado moderadamente concentrado o poco concentrado.
- 3.73 A su vez, un análisis geográfico local, considerando, en base a un principio conservador, la misma definición de mercado relevante del producto y geográfico sugerido por AGR, permite descartar una posición de dominio de Parque Arauco en todos los mercados en que participa, salvo en dos localidades donde es el único operador de *malls*. En cualquier caso, en estos eventuales mercados en los que Parque Arauco tendría una alta participación de mercado bajo una hipotética definición de mercado relevante estrecha, existen elementos que permiten pensar que el tipo de cláusulas incluidas en los contratos no se relacionan con la explotación de una posición dominante.
- 3.74 En efecto, las cláusulas alegadas existen tanto en mercados donde es claro que Parque Arauco no tiene posición dominante (e.g., participación menor a 50% en el mercado relevante estrecho definido por AGR) como en mercados donde su participación es mayor. De esta manera, el tipo de cláusulas y la estructura tarifaria no son sistemáticamente distintas en los lugares donde existe alta competencia, en comparación a aquellas zonas en las que se observa que Parque Arauco compite con menos rivales.
- 3.75 De manera consistente con lo anterior, las conductas serían generalizadas en la industria, sin que se observe una mayor intensidad de uso por parte de algún operador de centro comercial que posea un mayor poder de mercado.

⁷¹ Por ejemplo, véase Bos, I. y Harrington, J. (2010) Endogenous cartel formation with heterogenous firms. *RAND Journal of Economics Vol. 14, N°1, pp. 97-117*. En este trabajo se desarrolla un modelo teórico que muestra que en un contexto de competencia en precios donde existe heterogeneidad en el tamaño o restricciones de capacidad entre las empresas que participan en el mercado, las compañías de menor tamaño tienen menos incentivos a participar en un cartel, y, por debajo de cierto umbral, no podrían formar parte de ningún cartel estable. Para motivar su trabajo los autores señalan que, en la vida real, son más comunes los carteles que no incluyan a algunos competidores. Para lo anterior cita múltiples ejemplos de carteles documentados que no incluyen a todos los competidores del mercado.

- 3.76 De esta manera, al corroborar que las prácticas y cláusulas alegadas existen tanto en mercados locales más competitivos como en mercados más concentrados y, por parte de actores de mayor tamaño y actores menos relevantes a nivel nacional, se puede intuir que existen motivaciones alternativas para dichas prácticas y cláusulas, no relacionadas con prácticas abusivas. Parece poco razonable pensar que una práctica sea anticompetitiva si es que se realiza por actores con participaciones de mercado reducidas y en mercados poco concentrados.
- 3.77 Un antecedente adicional a considerar por el TDLC es que los *malls* enfrentan fuerte y creciente competencia del *e-commerce* que reduce su poder de negociación frente a los *retailers*. Los intercambios a través de *e-commerce* obedecen a un fenómeno global, que se encuentra en expansión en Chile y en el mundo. En efecto, internacionalmente se observa un declive de los resultados de los centros comerciales debido a la expansión del *e-commerce*. Esto lleva a concluir que la posición negociadora de los centros comerciales de cara a los arrendatarios se ha ido deteriorando y debería seguir haciéndolo en el futuro, lo que llama a ser precavidos para la imposición de medidas conductuales en una industria cada vez más desafiada competitivamente.

Sección 4

Existen razones de eficiencia que explican el tipo de cláusulas y restricciones verticales descritas en la Consulta

- 4.1 En la sección anterior se mostró que muchas de las prácticas alegadas por AGR existen de manera generalizada en los centros comerciales de Parque Arauco, aun cuando:
 - a. Desde una perspectiva geográfica local, la mayoría de estos, no tienen una posición dominante en el mercado bajo ninguna hipótesis de análisis.
 - b. Desde una perspectiva geográfica nacional, Parque Arauco no tiene una posición dominante.
- 4.2 En base a la teoría económica referente al análisis de plataformas, a continuación, se muestra por qué en mercados de dos lados (como es el caso de los centros comerciales) es razonable observar con mayor intensidad que en mercados tradicionales, restricciones verticales y otro tipo de prácticas que intentan influir sobre el desenvolvimiento de los clientes.
- 4.3 Se mostrará que la diferenciación de cobros entre tipos de tiendas, y las reglas y controles que establecen los centros comerciales a los locatarios, responden a la esencia de su negocio, en el que es fundamental administrar las externalidades que se generan entre sí los distintos usuarios, para así maximizar el valor de la plataforma en su conjunto. Esto genera espacio para beneficiar a (i) los consumidores finales, debido al mejor servicio y menores precios de las tiendas presentes en el centro comercial, (ii) a los operadores, debido al incremento de sus ventas por el mayor valor asignado por los locatarios y (iii) a los mismos locatarios, que ven un mayor flujo de clientes dispuestos a comprar en un centro comercial administrado eficientemente.
- 4.4 De hecho, el interés del operador siempre estará en incrementar el “tamaño de la torta”, ya que este se relaciona con el valor de sus ventas. Esto lo consigue mediante una oferta de valor atractiva y distintiva hacia los usuarios finales, lo que incrementa el número de visitas y, en definitiva, las ventas efectuadas por los *retailers*.
- 4.5 De este modo, creemos que las políticas de precio y administración de locales que tienen en Chile los centros comerciales poseen un claro sustento de eficiencia.

La economía de las plataformas de dos lados

- 4.6 Las plataformas de dos lados proporcionan servicios, o simplemente conectan, a dos grupos de usuarios y facilitan su interacción. Los centros comerciales prestan servicios tanto a los locatarios como a los consumidores que asisten a un centro comercial. Otros ejemplos de plataformas son las empresas de *head-hunting*, que conectan a empleadores y posibles empleados; los agentes inmobiliarios, que conectan a compradores y vendedores de bienes raíces; y *marketplaces* en línea, como Amazon, que conectan a *retailers* y compradores; entre muchos otros.
- 4.7 A continuación, exponemos, en primer lugar, las principales características de las plataformas de dos lados, y luego explicamos que, como resultado de estas características, las plataformas suelen optar por operar con una estructura de precios sesgada, en la que uno de los grupos de usuarios es “subvencionado” por el otro. Esto es diferente a los mercados tradicionales, en los que se suele entender que los precios socialmente óptimos deben estar alineados con el costo marginal de producción⁷². También explicamos por qué esta estructura de precios sesgada es óptima desde el punto de vista del bienestar social.

Características principales de las plataformas de dos lados

- 4.8 Las plataformas operan en mercados de dos lados. Es común que en estos mercados los agentes de un lado obtengan beneficios de la participación y/o actividad del otro lado del mercado. Por ejemplo, los *retailers* estarían dispuestos a pagar más por instalar una tienda en un centro comercial al que asisten muchos consumidores activos, que en un centro comercial menos visitado o donde las personas que asisten no son compradores muy activos.
- 4.9 Esta descripción gruesa ya identifica dos características clave de las plataformas⁷³:
- 4.10 La primera característica clave es la presencia de externalidades entre grupos. Una externalidad surge cuando una persona o empresa realiza una acción que impone un costo o un beneficio a otra persona, pero este costo o beneficio no es tenido en cuenta por la persona o empresa que realiza la acción. Un ejemplo de externalidad negativa (i.e., una acción que impone un costo a otra persona) es la contaminación. Un ejemplo de externalidad positiva (i.e., una acción que produce un beneficio para otra persona) es la vacunación, que puede dar lugar a la inmunidad de rebaño.
- 4.11 Las externalidades son un tema de gran interés en economía porque –si no se abordan– conducen a una falla de mercado, es decir, a resultados subóptimos: por ejemplo, las fábricas pueden contaminar demasiado porque reciben todos los beneficios de la contaminación (e.g., en términos de volumen de producción), pero sólo pagan una parte del costo de la

⁷² En una plataforma de dos lados, en cambio, puede ser socialmente eficiente observar precios bajo costo marginal para un grupo de usuarios y precios sustancialmente más altos que el costo marginal para otro grupo de usuarios. Como se explicará, la diferencia radica en la existencia de externalidades entre grupos al interior de la plataforma.

⁷³ Para una explicación más detallada, véase Rysman, M. (2009). The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), 125-43.

contaminación. En este sentido, si una fábrica considerase los costos que impone a sus vecinos por la contaminación, tendría incentivos a contaminar menos.

- 4.12 Una forma de abordar una externalidad y restaurar la eficiencia es permitir que los agentes que la producen las “internalicen”. Esto significa que, al tomar una acción, la persona o empresa considere los costos o beneficios que ésta impone a otros. En el ejemplo de la fábrica contaminante, esto podría lograrse, por ejemplo, imponiendo un costo adicional a la empresa por cada unidad de contaminación producida, por ejemplo, en forma de un impuesto sobre las emisiones de contaminantes.
- 4.13 En el caso de los mercados de dos lados, hay dos tipos de externalidades que se producen entre los distintos grupos de usuarios: externalidades de membresía y externalidades de uso.
- a. Las **externalidades de membresía** significan que los agentes de un lado del mercado se interesan por el número de participantes (“miembros”) que se unen a la plataforma en el otro lado del mercado. Por ejemplo, los consumidores valoran más un centro comercial mientras más *retailers* sean “miembros” de dicho centro comercial.
 - b. Las **externalidades de uso** significan que los agentes de un lado del mercado se interesan en cuán intensamente los agentes del otro lado del mercado utilizan la plataforma. Por ejemplo, un minorista que vende a través de un mercado en línea (e.g., Cornershop) no solo está interesado en la cantidad de personas que visitan esa plataforma, sino también en la cantidad de compras que efectivamente realizan.
- 4.14 En algunas plataformas las externalidades solo van en una dirección. Por ejemplo, a las empresas que anuncian sus productos en un determinado periódico les interesa que dicho periódico llegue al mayor número posible de lectores, sin embargo, no ocurre lo mismo respecto a los lectores. Es posible que estos no estén interesados (y de hecho pueden incluso molestarse) por la publicidad.
- 4.15 En otras plataformas, las externalidades van en ambos sentidos. Por ejemplo, los vendedores de bienes raíces valoran más las plataformas que les permiten llegar al mayor número posible de compradores potenciales; y de manera similar, los compradores de bienes raíces prefieren las plataformas con más opciones disponibles para la compra.
- 4.16 La segunda característica fundamental de los mercados de dos lados es que las plataformas que operan en estos mercados necesitan contar con ambos lados para tener éxito: debido a las externalidades cruzadas entre grupos, una plataforma no puede tener éxito en un lado del mercado si no tiene éxito también en el otro lado. Esto crea un problema conocido como el problema del “huevo y la gallina” porque cada lado del mercado no se unirá a la plataforma hasta que el otro lado lo haga, siendo, por lo tanto, necesario que ambos extremos del mercado se desarrollen de manera simultánea.

Estructura de precios de las plataformas de dos lados

- 4.17 Con este telón de fondo, no es inusual que las plataformas de dos lados establezcan una estructura de precios “sesgada” por la que se instituyen transferencias desde un lado del

mercado, para incentivar el consumo en el otro lado. En particular, el precio que la plataforma establece al lado “subvencionado” del mercado puede ser⁷⁴:

- a. Por debajo del costo, por ejemplo, en el caso de algunos periódicos, que suelen venderse a un precio inferior al costo marginal y obtener beneficios por el lado de la publicidad.
- b. Cero, por ejemplo, en el caso de la búsqueda en Google, que ofrece servicios de búsqueda en línea gratuitos a los usuarios y luego se monetiza con los avisadores.
- c. O incluso negativo, por ejemplo, en el caso de los puntos o beneficios que se obtienen por el uso de tarjetas de crédito.

4.18 Esa estructura de precios es óptima para la plataforma, ya que atrae a los consumidores de cada lado del mercado, permitiendo que se internalicen las externalidades entre grupos, de modo que se genera una mayor participación en la plataforma.

4.19 Así, por ejemplo, un cobro menor a un usuario del lado A de la plataforma que aumente su disposición a utilizarla genera externalidades positivas en el otro grupo B de usuarios, lo cual aumenta la disposición de los usuarios del lado B para utilizar la plataforma, lo que permite compensar las pérdidas en que se incurre por la rebaja realizada al usuario del lado A. Mientras mayor sea la valoración que asigna el grupo B a la presencia de este usuario en la plataforma, menor será el cobro que el administrador de la plataforma estará dispuesto a realizar a este último.

4.20 Una estructura de precios como la descrita también suele ser óptima desde el punto de vista del bienestar social. Por ejemplo, si Google cobrara a los usuarios por sus servicios de búsqueda en línea, es probable que hubiera mucha menos actividad de búsqueda y, por lo tanto, menos capacidad para que los avisadores lleguen a los usuarios. Esto resultaría en que tanto los usuarios –que pagan un mayor precio– como los avisadores –que reciben un servicio de calidad inferior– terminen en una peor situación.

4.21 Así pues, una característica principal de los mercados de dos lados es que, debido a las externalidades cruzadas entre grupos y al interior de grupos de usuarios, un precio igual a costo marginal –que sería óptimo en mercados tradicionales (considerando únicamente los incentivos de corto plazo)– no suele ser óptimo en mercados de dos lados.

Economía de los centros comerciales

4.22 Los centros comerciales son plataformas en las que interactúan dos tipos de usuarios, los locatarios o *retailers* y los consumidores finales. Entre estos usuarios existen externalidades:

⁷⁴ Caillaud, B., & Jullien, B. (2003). Chicken & egg: Competition among intermediation service providers. *RAND Journal of Economics*, 309-328.

- a. Por un lado, un mayor número de consumidores dispuestos a comprar en el centro comercial aumenta el atractivo de la plataforma para los locatarios, ya que, mientras mayor es el número de aquellos, mayores son las ventas de los locatarios;
 - b. Por otro lado, un *mix* de *retailers* más completo y una mejor propuesta de valor de estos (en términos de precio, calidad de servicio, variedad, etcétera) incrementa el atractivo del centro comercial de cara a los consumidores.
- 4.23 La tarea del administrador del centro comercial es organizar adecuadamente la plataforma para maximizar su valor, aprovechando de la mejor manera posible las externalidades que genera cada parte de la plataforma.
- 4.24 En lo que se refiere a la relación con los locatarios, existen una serie de funciones realizadas por el administrador, que buscan aumentar el atractivo del centro comercial para los consumidores. Esto incrementa el número de visitantes y, consecuentemente, la valoración de la plataforma por parte de los mismos *retailers*.
- 4.25 Dentro de estas funciones se incluyen:
- a. Determinación de la combinación de locatarios a incluir en el centro comercial.
 - b. Determinación de la ubicación de cada una de las tiendas dentro del centro comercial.
 - c. Propiciar la buena operación de las tiendas, en lo que se refiere a calidad de servicio, precios bajos en el caso de los *outlets*, buena presentación del local, limpieza, seguridad, etcétera.
- 4.26 Si es que el administrador del centro comercial no interviene, el resultado es subóptimo porque cada locatario considera en su toma de decisiones sus propios beneficios, pero no toma en consideración las externalidades que genera a los otros miembros de la plataforma. De esta manera, en sus decisiones sobre la calidad de servicio ofrecido, la limpieza de las instalaciones, la presentación del local, etcétera, los locatarios no toman en cuenta que una buena propuesta de valor de cara al cliente aumenta el atractivo del centro comercial y, con esto, repercute positivamente también sobre los resultados de otros *retailers*.
- 4.27 Solo mediante la intervención de un administrador que busque maximizar el valor de la plataforma, es posible solucionar la falla de mercado que se deriva de estas “externalidades no internalizadas”. Lo anterior se logra mediante ciertas normas generales y particulares que buscan alinear las operaciones de los arrendatarios con el interés de la plataforma.
- 4.28 Es posible que estas normas sean consideradas como indeseables por un locatario en particular, pues lo llevan a realizar u omitir acciones que, entendidas aisladamente, no están necesariamente alineadas con su interés privado. Sin embargo, la intervención del operador esta alineada con el interés general. Esta intervención debiese redundar, por ejemplo, en una mejor experiencia de la visita, en un *mix* de tiendas más atractivo y en una mejor calidad de servicio que en una plataforma donde no existe un administrador centralizado y los *retailers* toman sus decisiones aisladamente, sin considerar que los efectos de sus decisiones se extienden también a los demás usuarios del centro comercial.

Racionalidad de las prácticas y cláusulas referidas en la Consulta

- 4.29 En lo que sigue se analizan una a una las prácticas cuestionadas por AGR y que son aplicadas por Parque Arauco en sus operaciones. Se excluye, por tanto, el análisis de las siguientes

prácticas por no ser aplicadas por Parque Arauco: (i) sanciones que serían impuestas por algunos operadores de centros comerciales ante la disminución en las ventas de los locatarios y (ii) cláusulas que condicionan el arriendo o renovación de los contratos de los locatarios a la obligación de que también se arrienden locales comerciales en otros centros comerciales del operador. No se analizan tampoco los efectos de la integración vertical entre centros comerciales y *retailers*, por no participar Parque Arauco en la comercialización minorista de productos.

Estructura tarifaria

- 4.30 La estructura tarifaria de arrendamiento de los centros comerciales se basa en el cobro del máximo entre: (i) un valor mínimo mensual y (ii) un valor porcentual de las ventas mensuales del locatario. En la práctica, en el caso de Parque Arauco, un locatario promedio paga durante gran parte de los meses del año un valor de arriendo equivalente al mínimo mensual. Por ejemplo, durante el año 2019, en los *malls* y *power centers* de Parque Arauco en Chile, un locatario promedio pagó en ■■■ de los 12 meses del año el valor del arriendo mínimo (es decir, no se llegó al umbral de ventas que gatilla el pago del componente variable).
- 4.31 Una estructura tarifaria de este tipo debe ser analizada entendiendo la naturaleza del negocio de los centros comerciales y de los locatarios, así como los incentivos que genera sobre ambos actores.
- 4.32 Por el lado de los centros comerciales, se debe considerar, en primer lugar, que su negocio es eminentemente inmobiliario: se basa en la realización de grandes inversiones iniciales y en la generación de flujos posteriores por muchos años para retribuir estas inversiones. Para financiar los montos iniciales que deben ser invertidos, Parque Arauco debe buscar altos montos de financiamiento externo. Por ejemplo, según el balance a diciembre de 2020, el monto de los pasivos financieros de largo plazo de Parque Arauco equivalía a \$1.164.471 millones, lo que equivale al 43,9% del valor contable de sus activos a la misma fecha⁷⁵.
- 4.33 En este contexto, la existencia de un monto de ingresos estable, derivado del componente fijo de los contratos con locatarios, reduce el riesgo del negocio, lo que permite acceder a financiamiento a menores costos y hacer viables las inversiones. De esta manera, si es que los ingresos de Parque Arauco tuviesen un mayor componente variable, entonces el financiamiento se encarecería y se podría poner en riesgo la viabilidad de nuevos proyectos. Adicionalmente, la mayor variabilidad de los ingresos debiese verse reflejada en un aumento de los cobros de arrendamiento para compensar el mayor riesgo (el que, en gran medida, no es controlable por el operador).
- 4.34 Bajo este esquema, el componente variable de los contratos actúa como un incentivo que alinea los intereses de corto plazo de los operadores de los centros comerciales con los de los locatarios (un rendimiento excepcionalmente bueno de un locatario acarrea mayores beneficios en el corto plazo para el centro comercial).
- 4.35 En el largo plazo, los incentivos entre operadores y locatarios están también alineados (i.e., a ambos les interesa que las ventas sean altas), ya que el desarrollo de un centro comercial

⁷⁵ Información financiera de Parque Arauco disponible en: <https://www.parauco.com/parque-arauco-corporativo/inversionistas/informacion-financiera>.

atractivo acarrea mayores ventas para los locatarios y, por lo tanto, genera un mayor interés de estos por estar en el centro comercial. Esto trae, a la vez, beneficios al operador del centro comercial porque le permite disminuir la vacancia de espacios, aumentar sus ingresos luego de negociaciones futuras o viabilizar la construcción de nuevas etapas del centro comercial⁷⁶.

- 4.36 Por el lado de los locatarios, la estructura tarifaria genera efectos beneficiosos para los consumidores al incentivarles a competir en precios de una manera más agresiva. Dado que en gran parte de los meses del año sus ventas no son lo suficientemente elevadas como para alcanzar el umbral a partir del que se empieza a aplicar el componente variable del arriendo, en la práctica, esto implica un costo marginal –por concepto de arriendo– igual a cero durante gran parte del año. Esto equivale a una tarifa de dos partes (i.e., tarifa con una parte fija y otra parte variable, que en este caso es igual a cero), lo que permite evitar la ineficiencia proveniente del problema de doble marginalización (i.e., existencia de un doble margen cuando en la cadena productiva existe una empresa con cierto grado de poder de mercado que vende un insumo a otra empresa que también tiene algún nivel de poder de mercado).
- 4.37 Cuando no se alcanza la parte variable de la estructura tarifaria, cualquier incremento en las ventas de un locatario no genera un aumento en el costo de arriendo, lo que conlleva una política de *pricing* más agresiva. De esta manera, durante gran parte del año los *retailers* observan el “verdadero” costo marginal por utilizar el local, el que es cercano a cero, ya que la infraestructura corresponde a inversiones hundidas que no se asocian a costos adicionales mes a mes. Esto lleva a un resultado socialmente óptimo, al menos en lo que se refiere al costo de la infraestructura del centro comercial.
- 4.38 Similarmente, el componente fijo de los contratos genera un estímulo para que los locatarios se esfuercen para entregar un estándar de servicio adecuado, ya que, si no se ha alcanzado la parte variable de la renta de arrendamiento (lo que ocurre frecuentemente), una venta adicional derivada de esta mejor calidad de servicio no implica mayores pagos al centro comercial. Por lo demás, el componente fijo es relevante para la viabilidad razonablemente cierta de la alta inversión inmobiliaria que representan los centros comerciales.
- 4.39 En relación con las diferencias que se observan en el valor de los arriendos como porcentaje de las ventas entre los distintos tipos de negocio, estas tienen una relación con los incentivos que se observan en plataformas de dos lados, según se describió anteriormente.
- 4.40 La existencia de cobros diferenciados entre comercios no se trata de una discriminación arbitraria, sino que más probablemente tiene como fundamento compensar a las tiendas que generan un mayor flujo de visitantes. Este tipo de tiendas generan una externalidad positiva al atraer clientes al centro comercial, lo que redundará por consiguiente en beneficios a todos los locatarios. Esta misma externalidad es la que llevaría a que las tiendas que generan un alto flujo de clientes firmen contratos por plazos mayores, ya que la externalidad negativa que

⁷⁶ Por ejemplo, en Arauco Kennedy se han realizado, al menos, seis expansiones desde su apertura en 1982 (incluyendo, por ejemplo, la incorporación del Boulevard del Parque y del Distrito del Lujo). Por su parte, en Arauco Maipú, se han realizado tres expansiones desde su apertura en 1992.

se generaría por una alta rotación de este tipo de tiendas es mayor que la que se generaría por la rotación de tiendas que generan menor flujo de visitantes⁷⁷.

- 4.41 Como se mencionó en el párrafo 4.17 y siguientes, es razonable y deseable que en plataformas de dos lados la estructura de precios sea sesgada entre los grupos que conforman la plataforma. Por una lógica similar a la planteada, es razonable y deseable también que, entre usuarios de un mismo lado de la plataforma, reciban un trato preferente aquellos que contribuyen mayormente al éxito de esta. En la práctica, los usuarios que merecen un trato preferente son quienes generan mayores externalidades positivas (que no son correctamente internalizadas sin intervención del operador de la plataforma).
- 4.42 Así, es socialmente beneficioso que a aquellos usuarios que generan mayores externalidades positivas se les cobre un precio menor (pudiendo ser incluso negativo) para que, con su presencia en la plataforma, esta se haga más atractiva para los consumidores. Esto no es una discriminación arbitraria, sino que corresponde a una retribución por el beneficio marginal que genera este usuario a la plataforma.
- 4.43 Lo que la plataforma busca es entregar al consumidor final un cierto nivel de satisfacción o excedente con las menores distorsiones posibles, tal como en la lógica de Ramsey se busca recaudar cierta cantidad de recursos a través de los impuestos que menos distorsionen la economía. La única diferencia con la lógica de Ramsey pura es que un operador de centros comerciales no mira solamente las elasticidades, sino también las externalidades causadas por los distintos usuarios, lo que hace la solución más compleja.
- 4.44 Es tarea del operador administrar adecuadamente estas externalidades, cobrando precios que sean consistentes con la contribución al valor de la plataforma de cada actor. De este modo, se podrá “tener a bordo” a los locatarios que mayores beneficios acarrearán para los miembros de la plataforma.
- 4.45 Si es que nos fijamos en los valores de los cobros promedio efectuados por Parque Arauco en todos sus *malls* y *power centers* desde el año 2017 a mayo de 2021 (ver Tabla 9), se puede ver que los menores cobros corresponden a tiendas ancla (█ de sus ventas en promedio durante todo el período) y los mayores a tiendas menores (█ de las ventas en todo el período).
- 4.46 Esta estructura de cobros es coherente con la teoría de plataformas de dos lados a la que se ha hecho referencia, ya que las tiendas anclas contribuyen en mucho mayor medida al flujo de clientes hacia el centro comercial que las tiendas de menor tamaño. Si es que una tienda ancla se ausentara, se provocaría un daño sustancial al centro comercial debido a la capacidad generadora de tráfico que se perdería⁷⁸. Lo anterior no ocurriría u ocurriría en

⁷⁷ Además, este tipo de tiendas, en muchos casos, efectúan mayores inversiones específicas que son protegidas con contratos más largos.

⁷⁸ Eso es reconocido en el Aporte de antecedentes de la FNE: “[...] *la relevancia para la factibilidad de un proyecto que exista interés de una o más tiendas anclas en participar en él*” (párrafo 32). La autoridad, además, menciona que: “[...] *la teoría económica postula que las tiendas anclas generan la mayor cantidad de externalidades (por ejemplo, generación de tráfico), lo que se internaliza subsidiando el*

mucho menor medida ante la ausencia de una tienda menor, la que se beneficia por las externalidades positivas descritas, pero contribuye en menor medida al valor de la plataforma.

- 4.47 Se debe destacar, finalmente, que, en este contexto, la flexibilidad tarifaria tiene un valor fundamental, ya sea para que en un momento del tiempo se puedan diferenciar cobros de acuerdo con la contribución marginal de cada locatario como para que en el tiempo los cobros se puedan ir ajustando en la medida que varía la contribución marginal a la plataforma generada por un determinado locatario.
- 4.48 Cualquier rigidez en los cobros terminaría perjudicando el *mix* de tiendas con las que cuenta un centro comercial, ya que se puede hacer difícil “traer a bordo” a *retailers* atractivos, cuya presencia solo se viabiliza cuando existe un costo de arriendo reducido. Esto termina redundando en un menor número de visitas al centro comercial y en menores ventas para todos los locatarios.

Cobros adicionales (gastos comunes y fondo de promoción)

- 4.49 A partir de los cobros realizados por gastos comunes, Parque Arauco financia el gasto que se ejecuta mensualmente en seguridad, aseo, servicios básicos de áreas comunes y demás gastos necesarios para la operación del centro comercial. Por concepto de fondo de promoción se cobran los gastos relacionados con publicidad en diversos medios de comunicación, estudios de mercado y se financia el área de servicio al cliente. Adicionalmente, se realizan cobros de habilitación o mantención de los locales que se refieren a limpieza de ductos, conexiones de la red de incendio, y gastos puntuales en arquitectura. Ninguno de estos cobros considera un margen de utilidad para Parque Arauco.
- 4.50 La preocupación de la consultante se centraría en la supuesta falta de transparencia y arbitrariedad de estos cobros, lo que se sustentaría principalmente en el hecho de que la distribución de estos gastos entre locatarios no seguiría un criterio de proporcionalidad según la superficie que ocupa cada local o las ventas de los respectivos *retailers*.
- 4.51 Respecto al cobro por gastos comunes, Parque Arauco efectúa los cobros diferenciando entre grupos de locatarios, orientándose por la incidencia habitual de estos sobre los gastos del centro comercial. De esta manera, a aquellos locales que, por su ubicación, requerimientos de seguridad y otras características, generen mayores costos, se les busca cobrar un porcentaje mayor de los gastos totales, ya que su aporte al gasto incurrido en los espacios comunes sería mayor. El valor de los gastos comunes que corresponden a cada locatario es estipulado en los contratos particulares.
- 4.52 Por otra parte, el monto total de los gastos comunes obedece a los gastos que efectivamente se ejecutan para la mantención de los centros comerciales. De esta manera, no existe un margen de ganancia por el cobro de este tipo de gastos por parte de Parque Arauco.
- 4.53 Además, existe un programa anual, con cierta distribución de los gastos en el tiempo, que lleva a que, en general, estos no varíen mes a mes de manera abrupta. La evolución de los

alquiler de tales tiendas con otras tiendas y cobrando una prima de alquiler a las tiendas que se benefician principalmente de los esfuerzos de generación de tráfico” (Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 33).

gastos comunes facturados por cada centro comercial de Parque Arauco sigue una trayectoria, en general, estable (con una excepción importante en el período de la pandemia, debido a las restricciones al funcionamiento de los centros comerciales). Esta estabilidad lleva a que, normalmente, los cobros particulares a cada locatario no sufran grandes variaciones período a período.

- 4.54 Por su parte, los gastos por fondo de promoción corresponden a los gastos relacionados a la publicidad y promoción de uno o más centros comerciales de Parque Arauco. Estos gastos están estipulados en los contratos de arrendamiento de los locatarios y Parque Arauco no obtiene margen alguno por este concepto. De esta manera, no observamos que exista una falta de transparencia en cuanto a su valor, ni tampoco una intencionalidad de Parque Arauco de extraer rentas a los locatarios por medio de este tipo de cobros.

Cláusulas que dan acceso a información financiera y comercial de los locatarios

- 4.55 Parque Arauco solicita a sus locatarios información diaria de ventas en valor y cantidad de boletas emitidas. Esto tendría un doble objetivo: (i) determinar el valor de la renta de arrendamiento mensual dada la estructura de los contratos, que incluye un componente fijo y un componente variable, y (ii) evaluar el grado de atractivo que tienen las distintas tiendas dentro de cada centro comercial para, de esta manera, organizar adecuadamente el *mix* de tiendas.
- 4.56 El primer objetivo es fácil de explicar en base a la estructura tarifaria de los centros comerciales ya descrita. A pesar de que normalmente los locatarios pagan mes a mes el componente fijo de su contrato, varios de ellos alcanzan en algún mes del año la parte variable de la renta de arrendamiento. En estos casos, al centro comercial le sería imposible determinar la renta a cobrar si es que no poseyese información sobre las ventas de los locatarios. De esta manera, para implementar la forma de tarificación en la industria (que como mencionamos anteriormente tiene varios aspectos positivos) se requiere de información acerca de las ventas mensuales de los *retailers*.
- 4.57 Para entender el segundo punto se debe tomar en cuenta la naturaleza del negocio de los centros comerciales. La esencia de este negocio es administrar adecuadamente la plataforma para maximizar su valor, aprovechando de la mejor manera posible las externalidades que genera cada parte de la plataforma. Para esto se requiere de la intervención de un administrador que tenga la capacidad de influenciar el actuar de estas partes.
- 4.58 Ahora bien, es evidente que esta intervención requiere de información. Sin información, es imposible determinar qué tiendas son las más atractivas para los consumidores, ni cuáles han empeorado o aumentado sus resultados.
- 4.59 Solo con esta información será posible tomar decisiones adecuadas sobre la organización del *mix* de tiendas, coordinar remodelaciones, evaluar la efectividad de las propias decisiones tomadas por el administrador (e.g., campañas publicitarias, introducción de nuevos servicios, etcétera) y determinar la estructura de la renta de arrendamiento óptima que lleva a maximizar los esfuerzos del arrendatario para atraer clientes e incrementar sus ventas.

Consecuentemente, sin la información diaria⁷⁹ entregada por los locatarios al operador se haría más complejo administrar el centro comercial y probablemente la propuesta de valor ofrecida a consumidores y locatarios empeoraría.

- 4.60 La FNE señala en su aporte de antecedentes que el acceso a información relacionada a las ventas de los locatarios puede generar riesgos a la libre competencia en atención a la integración vertical que existe en la industria⁸⁰. Si bien la preocupación por los efectos que podría tener el acceso a este tipo de información de competidores puede ser válida y atendible, se debe destacar que la integración vertical aplica solo a algunos actores, dentro de los que no se incluye Parque Arauco. Sería ineficiente privar de una herramienta que facilita la administración de la plataforma por eventuales riesgos que aplican a algunos competidores, sobre todo si es que existen medidas alternativas para limitar el flujo de información entre empresas relacionadas que pueden estar acotadas a actores integrados verticalmente.

Intervención en precio de venta al público

- 4.61 Parque Arauco establece restricciones de precio máximo para el negocio de los *outlets*. Esto se debe a la propia naturaleza de este tipo de centros comerciales, que se publicitan de cara a los consumidores como lugares donde se ofrecen productos con precios rebajados. En la medida que no existan productos rebajados (o lo suficientemente rebajados), los clientes que fueron al centro comercial con esta promesa se verán decepcionados, lo que afectará la valoración del centro comercial por parte de los consumidores, su frecuencia de visitas y, por consiguiente, el valor de la plataforma para las mismas marcas.
- 4.62 Se observa, por lo tanto, que respecto a este punto nuevamente existe un problema de externalidades, que, de no mediar la intervención del operador del centro comercial, lleva a una falla de mercado y a una asignación de recursos subóptima.
- 4.63 La cuestión es la siguiente: una tienda en particular ubicada en un *outlet* puede verse tentada a tener un comportamiento oportunista cobrando un precio normal (no rebajado) por sus productos con la intención de obtener un mayor margen. Considerando el flujo de clientes que asisten al *outlet*, atraídos por la promesa de precios bajos, es posible que esta alza en el precio le sea rentable, ya que algunos de estos clientes que ya incurrieron en el costo de visitar el centro comercial igualmente comprarán los productos a precios mayores que los esperados. El problema es que, al ver incumplida la promesa de precios bajos, muchos visitantes se verán decepcionados y podrían no volver a acudir a ese centro comercial, e incluso, acusar a este de publicidad engañosa, lo que genera un perjuicio a todas las marcas que ofrecen sus productos en dicho *outlet* (perjuicio que solo en una parte menor es percibido por la tienda que se comporta de manera oportunista).

⁷⁹ El hecho de que la frecuencia de la información recibida sea diaria, es una muestra de que el interés del operador del centro comercial es detectar anomalías en las operaciones de la manera más rápida posible a modo de tomar las medidas que resulten necesarias para ajustar el funcionamiento del centro comercial.

⁸⁰ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 163.

- 4.64 De esta manera, el efecto negativo generado, en gran parte, no es internalizado por la tienda que inicialmente aplica el alza en el precio, lo que lleva a cobrar un precio más alto que el que sería óptimo para la plataforma en su conjunto. Si es que todas las tiendas del centro comercial actuaran de la misma manera, buscando aisladamente su propio interés sin intervención de un administrador, el resultado sería una plataforma de bajo valor con un flujo de clientes menor al que se podría obtener mediante una administración eficiente y con clientes menos satisfechos (por los altos precios encontrados).
- 4.65 Nuevamente, se requiere la intervención del administrador del centro comercial para evitar este tipo de comportamiento oportunista. En el caso de los *outlets*, este problema de externalidad no internalizada se soluciona con una cláusula vertical que prohíbe a los locatarios cobrar precios por sobre cierto nivel.
- 4.66 Adicionalmente, en las Normas Generales⁸¹ existe una prohibición a convocar a ventas masivas, entendiendo por tales, aquella promoción ordinaria o extraordinaria que genere un flujo inusualmente alto al centro comercial y al local. El objetivo de esta norma sería organizar el flujo de visitas que tiene un centro comercial, para optimizar la operación y seguridad dentro del centro comercial, organizando las actividades promocionales de los locatarios de una manera tal que se maximice el impacto de estas sobre los beneficios de los consumidores (es más satisfactorio ir al centro comercial a buscar precios rebajados cuando todas las marcas ofrecen promociones) y locatarios (una coordinación de las liquidaciones lleva a maximizar su impacto sobre el flujo del clientes que visitan el centro comercial).
- 4.67 Otra vez acá se aprecia un problema de externalidades no internalizadas como los enunciados anteriormente y un problema de coordinación que puede ser resuelto por el administrador del centro comercial. En este caso, cada *retailer* por separado no considera el efecto de sus acciones sobre los beneficios de las demás tiendas, lo que lleva a decisiones subóptimas. La intervención de una entidad centralizada es necesaria, entonces, para solucionar esta falla de mercado y coordinar las actividades promocionales para así alcanzar el mayor impacto posible.
- 4.68 Respecto de cláusulas de precio máximo, el Aporte de antecedentes de la FNE hace referencia a cláusulas utilizadas en Mall Arauco Coronel y también por otros operadores, señalando que, salvo que se demuestren eficiencias, este tipo de prácticas deberían cesar⁸².
- 4.69 En relación con lo anterior, no es evidente (y no lo explica la FNE) por qué Parque Arauco u otro operador podría querer reducir la competencia aguas abajo con este tipo de cláusulas (pues su interés está en que los locatarios ofrezcan precios reducidos que hagan atractiva la llegada de consumidores). Tampoco se entiende ni se explica cómo se podría ver reducida la competencia entre centros comerciales a partir de restricciones verticales de precios máximos a *retailers* impulsadas por algunos operadores.
- 4.70 De todas formas, en el caso de Parque Arauco, estas restricciones se derivan de un instrumento heredado y aplicable a algunos locatarios de un solo centro comercial, que, además, ya ha sido actualizado por las Normas Generales de 2018.

⁸¹ Cláusula 5.8, Normas Generales Centros Comerciales de Parque Arauco de enero de 2018.

⁸² Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 170.

Cross-default

- 4.71 La relación comercial con los clientes de los *malls* se basa en la confianza. Es razonable que la pérdida de confianza con un cliente por el incumplimiento de un contrato particular tenga repercusiones en todas las relaciones con este cliente, ya que el incumplimiento revela que es probable que se repitan situaciones similares en otros centros comerciales. Existiendo dudas razonables y fundadas sobre un incumplimiento contractual probable en otros centros comerciales, no parece inadecuado que Parque Arauco tome las acciones necesarias para adelantarse a los hechos y evitar este perjuicio que puede afectar el desempeño de la plataforma.
- 4.72 Además, el utilizar las herramientas que los operadores tienen a la mano para hacer cumplir los contratos con locatarios se percibe como un elemento deseable para favorecer el buen funcionamiento de cada uno de los centros comerciales que administra, evitando incumplimientos que derivan en un mal funcionamiento de la plataforma y externalidades negativas a los demás miembros de esta⁸³. En este sentido, en mercados de dos lados, la capacidad del administrador para imponer restricciones orientadas a resolver las ineficiencias derivadas de externalidades no internalizadas es deseable y necesaria. Si no existe una suficiente capacidad de aplicar este *enforcement*, la plataforma se ve deteriorada.
- 4.73 Por otra parte, como ya ha sido señalado, no tiene sustento la idea de que esta conducta se relaciona con un abuso de una posición dominante, simplemente porque la participación de mercado de Parque Arauco a nivel nacional y en muchos mercados locales está muy por debajo del umbral necesario para considerar que posee una posición de dominio. De esta manera, si es que este tipo de cláusulas fuesen muy adversas para los clientes, esto gatillaría su migración a otros centros comerciales, tiendas a pie de calle, fortalecimiento de *e-commerce*, etcétera.
- 4.74 En el Aporte de antecedentes de la FNE se indica que las cláusulas que habilitan a *malls* a poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento en caso de incumplimiento de obligaciones de un solo contrato permitirían a los operadores extender y apalancar el poder de mercado que pueden detentar en un determinado mercado hacia otros mercados⁸⁴.
- 4.75 La autoridad no da más detalle sobre esta teoría de riesgo y sus efectos. No vemos razones para concluir que los competidores de un centro comercial se verían excluidos del mercado por la existencia de este tipo de cláusulas. Tampoco se señala por qué sería atentatorio hacia la libre competencia utilizar herramientas que permitan que un contrato entre privados se cumpla. Por su parte, la FNE no indica cuál sería el mercado en el que los actores que aplican cláusulas de *cross-default* (dentro de los que se identifican a operadores de menor tamaño a nivel nacional como VivoCorp⁸⁵) poseerían una posición dominante que se apalancaría a otros

⁸³ Este punto se relaciona con Becker (1968). La imposición de castigos elevados ante incumplimientos es una medida eficiente cuando existen costos importantes de detectar el incumplimiento de una regla (Becker, G. S. (1968). *Crime and punishment: An economic approach*. *Journal of Political Economy*. Vol. 76, No. 2 (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217).

⁸⁴ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 138.

⁸⁵ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 132.

mercados. Las cláusulas de *cross-default* parecen relacionarse más con una lógica de *enforcement* que con prácticas exclusorias (e.g., ventas atadas), como la FNE sugiere⁸⁶.

- 4.76 Por último, la autoridad menciona que el efecto de estas cláusulas podría significar extender el alcance de los mercados relevantes geográficos hacia un alcance geográfico mayor, considerando el conjunto de *malls* que detenta cada operador⁸⁷. Si bien eventualmente podría ser que la dimensión geográfica de competencia pudiese variar en caso de que haya una vinculación estrecha entre todos los contratos con un operador de centros comerciales, no se entiende por qué esto podría ser atentatorio a la libre competencia. Sobre todo, si se considera que, según se muestra en la Tabla 1, a nivel nacional no existe ningún actor que posea una posición dominante que pueda explotar y que hay competidores –como VivoCorp– con participaciones muy menores a nivel nacional que aplican cláusulas de *cross-default*.

Obligación de realizar remodelaciones

- 4.77 Parque Arauco exige la remodelación de las tiendas con cierta frecuencia (normalmente cada cuatro años) para mejorar la experiencia del cliente final, quien ve un valor en las tiendas con imagen actualizada y con buen estado de conservación, y para cumplir con las exigencias de seguridad. En la práctica esta exigencia tiene cierta flexibilidad en plazo y profundidad de la remodelación, en especial para tiendas menores.
- 4.78 Es evidente que en este caso la intervención del operador del centro comercial es imprescindible para lograr un resultado que sea óptimo para la maximización del valor de la plataforma en su conjunto.
- 4.79 Lo anterior porque el costo monetario de efectuar una remodelación recae íntegramente en el locatario, pero los beneficios son recibidos no solo por este, sino que por todos los usuarios del centro comercial: una tienda atractiva beneficia a los visitantes por una mejor experiencia de compra. Esto incrementa el flujo de visitas a la tienda que efectuó la remodelación, pero también a otras tiendas, ya que en una misma visita al centro comercial el consumidor puede efectuar varias compras.
- 4.80 Nuevamente estamos en frente de un problema de externalidades no internalizadas como los enunciados anteriormente. Esto es, cada locatario por separado no considera el efecto de sus acciones sobre los beneficios de los demás locatarios, lo que lleva a decisiones subóptimas. Si es que un locatario solo considerase el beneficio propio derivado de una remodelación, puede ser que esta no le sea privadamente rentable, ya que el costo de realizarla supera tal beneficio. De esta manera, sin mediar la intervención de una entidad centralizada esta inversión no se realizaría, a pesar de que los beneficios totales, considerando el bienestar de todos los usuarios, puedan superar el costo de la remodelación (i.e., es socialmente deseable que se realice la inversión).
- 4.81 De esta manera, la obligación de remodelación generalizada a todos los *retailers* cada cierto período de tiempo es beneficiosa para todos, a pesar de que, pensando solamente en su

⁸⁶ En este caso no existe condicionamiento en el momento de la venta. De hecho, el locatario tiene libertad para escoger las ubicaciones de sus tiendas y puede instalarlas en cualquier centro comercial o en un grupo de estos según le parezca conveniente.

⁸⁷ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 138.

propio interés, a un locatario individual le gustaría retrasar el momento de remodelación de su tienda.

Horarios de atención diferenciados

- 4.82 Los horarios de apertura de las tiendas y la estabilidad de estos en el tiempo son variables que afectan la valorización del centro comercial de parte de los consumidores. Horarios de aperturas más extensos entregan mayor flexibilidad a los consumidores para visitar las tiendas y una mejor experiencia de compra al existir menores atochamientos por la menor concentración de público en pocas horas. Además, la certeza acerca del horario de funcionamiento de las tiendas elimina incertidumbre a los consumidores, por lo que los hace más propensos a visitar un centro comercial determinado.
- 4.83 Siendo el horario de atención de las tiendas una variable que afecta el valor que los consumidores asignan a la plataforma, es razonable que el operador intervenga con flexibilidad sobre este para organizar los tiempos de funcionamiento de la manera que sea más atractiva para los consumidores y coordinadamente entre todos los locatarios.
- 4.84 De esta manera, los operadores de centros comerciales buscan adecuar la oferta comercial a los patrones de demanda. Por ejemplo, las tiendas de exterior en zonas de restaurantes tienen horarios de cierre más tardíos que los demás locales, dado que la naturaleza del servicio que ofrecen los restaurantes implica que el flujo de clientes se mantiene vigente hasta más tarde, a diferencia de los demás negocios. Por otra parte, se busca organizar los horarios en “bloques”, de modo que el cliente no se encuentre con una oferta incompleta en algún momento del día, lo que afectaría negativamente la experiencia de su visita y perjudicaría al centro comercial en general.
- 4.85 El cierre de un locatario durante algún período del día o en períodos de vacaciones, por ejemplo, genera externalidades negativas sobre los demás locatarios, ya que el centro comercial es menos atractivo para los visitantes si es que hay una menor disponibilidad de tiendas abiertas o si es que no hay certeza de que una determinada tienda estará o no abierta.
- 4.86 Estas externalidades implican que, sin mediar la intervención del administrador de la plataforma a través de la imposición de horarios estrictos de funcionamiento, el resultado sería sub-óptimo, ya que los locatarios no internalizan las externalidades que generan. Sin esta intervención, las tiendas funcionarían en un horario más reducido o con mayor intermitencia, ya que no tomarían en cuenta en sus acciones el efecto negativo que esto genera sobre los demás locatarios, sino que actuarían mirando solamente sus propios costos y beneficios. Esto conlleva, finalmente, un peor servicio y experiencia de compra para los consumidores, por lo que parece importante que los centros comerciales tengan flexibilidad para definir centralizadamente los horarios de funcionamiento de los distintos locatarios.

Cláusulas de salida

- 4.87 Entendemos que en casos en que algún locatario quiera poner término a la relación comercial con Parque Arauco, habitualmente se negocia la salida, dependiendo de una serie de factores, como el nivel de anticipación de esta, el nivel de especificidad del local, la facilidad para buscar reemplazante y la época del año, entre otros.
- 4.88 La idea de establecer condiciones de salida restringidas es consolidar relaciones de largo plazo con los locatarios, evitando así que exista una excesiva rotación de tiendas que pueda

afectar la percepción del público respecto al *mix* que se encuentra disponible y ocasionar una mala experiencia de visita por parte de clientes que inesperadamente encuentran una tienda cerrada. Cabe hacer presente que Parque Arauco, en general, no establece derechos de salida anticipada en su favor, por lo que, en este sentido, las condiciones contractuales son normalmente simétricas con los *retailers* en cuanto a la posibilidad de terminar anticipadamente el contrato (y cuando existen asimetrías son en favor del arrendatario).

- 4.89 Nuevamente acá juega un rol la economía de las plataformas de dos lados. Un buen operador de centros comerciales debiese dar estabilidad a la plataforma, en especial respecto a aquellos locatarios que son más importantes para los consumidores. Por esto, la salida de un local debe estar adecuadamente coordinada para no dañar a la plataforma en su conjunto.
- 4.90 Un locatario particular, pensando en su propio interés, podría estimar como óptimo efectuar una salida rápida e inesperada del centro comercial. Esto no considera las externalidades que genera sobre los consumidores y sobre los otros locatarios, por lo que normalmente lleva a resultados ineficientes. Esta falla de mercado se puede resolver mediante la intervención del operador del centro comercial. Para esto se requieren condiciones contractuales que permitan al operador organizar adecuadamente la salida de un locatario del centro comercial.
- 4.91 Consistente con el razonamiento anterior, se debe destacar que, como menciona la FNE, las tiendas anclas y las tiendas de *retail* atractivas para el público cuentan con contratos más largos (con plazos superiores a 20 años en algunos casos)⁸⁸. Esto evidencia que la intencionalidad de los centros comerciales en lo que se refiere a las condiciones de salida está lejos de relacionarse con la explotación de una hipotética posición dominante que pudiesen poseer. Se busca, más bien, dotar de estabilidad al centro comercial y evitar decepcionar a clientes atraídos por una tienda en particular, especialmente respecto a las tiendas que con más frecuencia influyen sobre la decisión de visita de los consumidores.
- 4.92 Adicionalmente, contratos estables, con duraciones de varios años, contribuyen a dar estabilidad a los flujos de los centros comerciales, lo que facilita el acceso a financiamiento para el desarrollo de los proyectos.
- 4.93 Finalmente, cabe destacar que en caso de que un local comercial tenga un desempeño deficiente, normalmente debiesen existir incentivos para que el operador y el locatario negocien el término de contrato, ya que los incentivos debiesen estar alineados para la salida del local. Por una parte, el *retailer* quiere dejar de perder dinero por los malos resultados y, por otra, el operador del centro comercial prefiere privilegiar en la plataforma a tiendas que resulten atractivas a los consumidores finales para incrementar así el flujo de visitantes al centro comercial. Entendemos que esto va en línea con la práctica de Parque Arauco, ya que, según la información que se nos ha proporcionado, esta empresa acostumbra a negociar las salidas caso a caso de buena fe, incluso en ausencia de cláusulas contractuales que regulan la salida.

⁸⁸ Aporte de antecedentes de la FNE, párrafo 122.

Racionalidad de las prácticas y cláusulas adicionales referidas por la FNE

- 4.94 En lo que sigue se analizan brevemente las prácticas cuestionadas por la FNE que no fueron incluidas en la Consulta.

Inclusión de venta *online*

- 4.95 La inclusión de las ventas *online*, ya sea de tiendas como de restaurantes, para efectos de calcular el componente variable de la renta de arrendamiento, en el caso de Parque Arauco, se limita a aquellas ventas *online* en donde la tienda física juega un rol en la venta efectuada por el locatario, ya sea como punto de generación de la venta, punto de entrega o punto desde el que se despacha el producto⁸⁹.
- 4.96 En todos estos casos, existe una utilización de la infraestructura del centro comercial, ya sea por el consumidor mismo o por el repartidor. Por esta razón no parece cuestionable incluir dichas ventas para el cálculo de la renta, lo que solo tendría efecto durante los meses en los que se alcanza el umbral de ventas que gatilla el pago de un componente variable al centro comercial.
- 4.97 Por ejemplo, en el caso de los restaurantes, el *mall* juega un rol ya que los productos son elaborados en las instalaciones del centro comercial. A su vez, los repartidores de las aplicaciones de *delivery* deben acudir a las instalaciones del mall para realizar el retiro de los productos. Esto último genera una externalidad negativa en los visitantes del *mall*, ya que la presencia de repartidores puede significar mayor tiempo de espera y otras molestias. De este modo, una estructura tarifaria que considere el flujo de ventas presenciales y no presenciales resulta un mecanismo útil para que los locatarios internalicen las externalidades que generan a los demás usuarios del centro comercial (e.g., por atochamientos o colas) y tomen decisiones acordes a ello. El cobro por ventas *online* puede motivar, por ejemplo, al desarrollo de *dark kitchens* o *dark stores* fuera de las instalaciones del centro comercial, lo que resulta beneficioso para los visitantes del centro comercial.
- 4.98 Adicionalmente, en el contexto del auge del comercio electrónico, es posible canalizar un porcentaje de las ventas a través de canales digitales, aun cuando el cliente visite el centro comercial y escoja el producto en él (o lo recoja ahí). Esto genera un espacio para artificialmente disminuir las ventas reportadas a los centros comerciales y, con esto, la renta de arrendamiento durante ciertos meses, en los que se supera el umbral variable de la renta de arrendamiento.

⁸⁹ La utilización de la infraestructura del centro comercial ocurre tanto por la venta *online*, pero que de todos modos implica la visita a los locales de los clientes finales, como en el caso de las ventas *online* a través de aplicaciones de *delivery*, donde las instalaciones del *mall* sirven solo como punto de entrega de los productos a los repartidores que realizan el servicio de última milla entre los locatarios y los clientes finales.

Multas y término anticipado del contrato

- 4.99 El cumplimiento de las normas relacionadas con el horario, la higiene y la administración de los locales, entre otras, es una variable que afecta la valorización del centro comercial de parte de los consumidores y, por ende, de parte de los mismos locatarios. Para favorecer este cumplimiento es importante que el operador del centro comercial tenga las herramientas para que las reglas se apliquen.
- 4.100 De esta manera, es razonable y deseable que el operador tenga la capacidad de intervenir a través de la imposición de multas a aquellos que no cumplen con las normas establecidas. Esto asegura un funcionamiento adecuado de la plataforma y evita la materialización de comportamientos que pueden ser privadamente deseables, pero indeseables si es que se consideran sus efectos sobre todos los usuarios del centro comercial.
- 4.101 El no cumplimiento de la correcta higiene del local o el no retiro de la basura de manera correcta, por ejemplo, generan externalidades negativas sobre los consumidores y los demás locatarios, ya que el centro comercial es menos atractivo para los visitantes si es que está sucio y descuidado.
- 4.102 Estas externalidades implican que, sin mediar la intervención del administrador de la plataforma a través de la imposición de multas a aquellos locatarios que incumplen las normas, el resultado sería sub-óptimo, ya que los locatarios no internalizan las externalidades que generan. Sin esta intervención, los *retailers* no tomarían en cuenta el efecto negativo que esto genera sobre otros, sino que actuarían mirando solamente sus propios costos y beneficios. Esto conlleva, finalmente, un peor servicio y experiencia de compra para los consumidores.
- 4.103 En la práctica, se observa que estas multas se cursan en contadas oportunidades y son poco sustanciales en valor. Esto no implica que no sean efectivas y útiles, ya que probablemente tienen un efecto disuasivo importante. Sin embargo, sí hay evidencia de que la aplicación de multas no es una herramienta de extracción de rentas por parte de Parque Arauco. Por ejemplo, en 2019 se cobraron multas por un monto total de [REDACTED] en los *malls* de Parque Arauco, lo que corresponde a menos del 0,03% de los ingresos que recibe Parque Arauco por concepto de arriendo en este tipo de centros comerciales.
- 4.104 En cuanto a las cláusulas de término anticipado de contrato por incumplimientos graves, la lógica que justifica su existencia es la misma a la recién descrita sobre la aplicación de multas. Este tipo de cláusulas entrega poder al operador del centro comercial para exigir el cumplimiento de normas que redundan en un buen funcionamiento de la plataforma.

La literatura económica y la jurisprudencia internacional son consistentes con las razones de eficiencia descritas

- 4.105 En la presente sección se describen la literatura económica y la jurisprudencia internacional, especialmente europeas. Ambas son consistentes con el análisis presentado precedentemente y evidencian que las prácticas descritas por AGR son comunes y justificadas por las características de dos lados del mercado y por la necesidad de alinear los incentivos de los locatarios en beneficio del centro comercial como un todo.

Descripción de literatura en la materia

- 4.106 De la literatura que trata sobre la organización industrial de los centros comerciales, se desprende que el éxito de los centros comerciales proviene de su capacidad para “internalizar las externalidades” de manera adecuada. En este sentido, Carter (2009)⁹⁰ identifica a la estructura de los contratos de arrendamiento, la asignación de espacios y la ubicación de las tiendas, entre otros, como factores fundamentales para la administración de las externalidades dentro de un centro comercial. Asimismo, este autor explica que una correcta internalización de estas externalidades resulta beneficiosa para todos los implicados, ya que, de esta manera, el tráfico del centro comercial se organiza de forma óptima.
- 4.107 Por su parte, autores como Gould et al. (2005)⁹¹ explican que los centros comerciales reducen los costos de búsqueda de los consumidores al reunir un gran número de tiendas en un solo lugar y crean una compleja red de externalidades e incentivos entre los propietarios de las tiendas y el promotor del centro comercial. Indican que:
- a. Algunas tiendas, como las tiendas ancla, generan externalidades positivas al atraer el tráfico de clientes no solo a su propia tienda, sino también a otras. Por ello, los contratos deberían reflejar estos beneficios proporcionados a otras tiendas.
 - b. Las ventas de una tienda dependen de las acciones de otras tiendas y del operador del centro comercial. Por ejemplo, es probable que el tráfico de clientes al centro comercial se vea afectado por la limpieza de este y el mantenimiento de cada tienda. En este sentido, los contratos de arriendo de los centros comerciales buscan corregir estas externalidades.
- 4.108 Numerosos otros trabajos han estudiado los temas anteriores. Por ejemplo, respecto a la razonabilidad de la discriminación en los cobros entre locatarios identificamos a Ghosh (1986)⁹² y West et al. (1985)⁹³, que en sus estudios muestran que los tipos de tiendas responsables de la generación de tráfico reciben subvenciones en forma de alquileres más bajos, en comparación a las tiendas que se benefician de estas externalidades positivas. Por otro lado, Benjamin et al. (1992) examinaron cómo diferían las rentas de arrendamiento de

⁹⁰ Carter, C. (2009). What We Know About Shopping Centers. *Journal of Real Estate Literature*, 17(2), 165-180.

⁹¹ Gould, E. D., Pashigian, B. P., & Prendergast, C. J. (2005). Contracts, Externalities, and Incentives in Shopping Malls. *The Review of Economics and Statistics*, 87(3), 411–422.

⁹² Ghosh, A. (1986). The Value of a Mall and Other Insights from a Revised Central Place Model. *Journal of Retailing*, 62:1, 79-97.

⁹³ West, D., Von Hohenbalken, B., & Kroner, K. (1985). Tests of Intraurban Central Place Theories. *The Economic Journal*, 95, 101-17.

los centros comerciales en función de las características de los inquilinos⁹⁴. En esta misma línea, Pashigan y Gould (1998)⁹⁵ muestran que las tiendas ancla reciben una subvención de aproximadamente el 72% de lo que pagan las tiendas no ancla, y que las subvenciones a los alquileres de las tiendas ancla aumentan con el tamaño del centro comercial.

- 4.109 Por otro lado, otra rama de la literatura estudia la eficiencia de distintos esquemas de cobro de centros comerciales a locatarios, centrándose en la magnitud razonable de la parte variable y la parte fija de los contratos. Brueckner (1993)⁹⁶, por ejemplo, muestra la importancia de la parte fija de las tarifas para internalizar las externalidades entre tiendas (a través de un menor cobro proporcional a tiendas generadoras de tráfico). Similarmente, Martinazzo (2011)⁹⁷ estudia la determinación óptima de la parte fija y variable de los contratos de arrendamiento según el tamaño de la tienda para un caso de estudio en Brasil. Todos estos estudios evidencian que la estructura de los contratos de arrendamiento en Chile no son una innovación de los operadores de centros comerciales locales.
- 4.110 Asimismo, dentro de la literatura existen autores que analizan los factores determinantes del valor del arriendo de los centros comerciales. A grandes rasgos, evidencian que el porcentaje de las ventas por sobre el umbral que determina la renta variable es relativamente menor y que tanto el arriendo base como el componente variable de la renta difieren por múltiples factores, que dicen relación con las características del centro comercial, las características del local, las características del locatario y el contexto de la negociación⁹⁸.
- 4.111 Respecto a los incentivos de los operadores de centros comerciales, a través de un análisis empírico, Sirmans y Guidry (1993)⁹⁹ muestran que los centros comerciales de mayor tamaño, más nuevos y con tiendas anclas más importante exigían más renta, manteniéndose constantes los demás factores. Los autores destacan que los centros comerciales con mayor

⁹⁴ Los autores establecen dos principales características de los arrendatarios como posibles determinantes de la discriminación en los alquileres: la probabilidad de impago y el potencial de generación de tráfico de clientes. Ver Benjamin, J. D., Boyle, G. W., & Sirmans, C. F. (1992). Price discrimination in shopping center leases. *Journal of Urban Economics*, 32(3), 299–317.

⁹⁵ Pashigan, B. & Gould, E (1998). Internalizing Externalities: The Pricing of Space in Shopping Malls. *Journal of Law and Economics*, XLI, 115-42.

⁹⁶ Brueckner, J. (1993). Inter-Store Externalities and Space Allocation in Shopping Centers. *Journal Real Estate Finance and Economics*.

⁹⁷ Martinazzo, S., (2011). Shopping Centers e Suas Peculiaridades Contractuais. *Revista Jurídica das Faculdades Secal*, 1: pp. 140-164.

⁹⁸ Ver Des Rosiers, F., M. Thériault y J. Dubé (2016), Chain Affiliation, Store Prestige, and Shopping Center Rents. *The Journal of Real Estate Research*, 38(1), pp. 27-58; Sirmans, C. F. & Guidry K. (1993)., The Determinants of Shopping Center Rents. *The Journal of Real Estate Research*, 8, 107-116; Gerbich, M. (1998), Shopping Center Rentals: An Empirical Analysis of the Retail Tenant Mix. *The Journal of Real Estate Research*, 15(3), pp. 283-296.

⁹⁹ Sirmans, C. & Guidry, K. (1993). The Determinants of Shopping Center Rents. *Journal of Real Estate Research*, 8:1, 107-15.

tráfico cobraron arriendos más altos y los espacios vacíos resultaron ser perjudiciales, ya que los alquileres disminuyen aproximadamente en un 1% por cada 10.000 pies cuadrados vacantes.

- 4.112 Finalmente, en una aplicación a la industria en Chile, Galetovic et al. (2009)¹⁰⁰ explican las eficiencias de la administración centralizada de un área comercial, en comparación a una administración no centralizada, como ocurre comúnmente con el conjunto de tiendas ubicadas en el centro de las ciudades, centrándose en la mayor capacidad de los operadores de centros comerciales por administrar adecuadamente las externalidades dentro de la plataforma.
- 4.113 De esta manera, la literatura en la materia ha destacado la importancia del rol de los operadores de los centros comerciales para administrar las externalidades propias de este tipo de plataformas. En este contexto, se ha justificado la razonabilidad de prácticas de diferenciación en los cobros entre locatarios, estructuras tarifarias compuestas por un componente fijo y un componente variable y la imposición de otro tipo de cláusulas que afecta la calidad de la plataforma.

Descripción de jurisprudencia en la materia

- 4.114 Durante los últimos años, las autoridades de competencia y los tribunales europeos, principalmente en el marco de demandas efectuadas por *retailers*, han analizado las relaciones entre operadores de centros comerciales y arrendatarios, centrándose en una serie de cláusulas distintas a las que describen en la Consulta. De todas formas, en los pronunciamientos de las autoridades de competencia hemos detectado algunas referencias a cláusulas o prácticas similares a las alegadas por AGR. No hemos identificado ningún caso en que estas sean cuestionadas desde el punto de vista de la competencia.
- 4.115 Las prácticas que han sido analizadas por agencias de competencia a nivel internacional –en consideración a sus eventuales problemas de competencia–, de acuerdo con nuestra revisión, generalmente se relacionarían con cláusulas radiales que impiden que las tiendas que arriendan espacios en un determinado centro comercial abran otra tienda en un radio cercano o con cláusulas que implican restricciones a la operación de *retailers* competidores de otros ubicados en el centro comercial. No tenemos antecedentes de que en Chile se utilicen cláusulas como las señaladas.
- 4.116 Es interesante notar que la jurisprudencia europea ha descartado que las cláusulas analizadas se ajusten al tipo de acuerdos que son ilícitos *per se*. Lo anterior apoyaría la idea de que no resultaría prudente que el TDLC establezca una regulación general para los contratos que se acuerdan en esta industria, por cuanto ello implicaría prescindir de la evaluación particular, caso a caso, de los eventuales efectos anticompetitivos y de las eficiencias que cada cláusula puede ocasionar en un determinado contexto. Lo anterior, sobre todo, porque las cláusulas descritas en la Consulta, como se ha indicado, tienen claras y plausibles explicaciones de eficiencia.

¹⁰⁰ Galetovic et al (2009). Malles en Santiago, de centros comerciales a centros urbanos. *Espacio Público*, 114.

Cláusulas radiales

- 4.117 En cuanto a las cláusulas radiales, un fallo interesante es el de la *Bundeskartellamt*, en el caso VR Franconia GmbH (B1-62/13)¹⁰¹. En dicho caso, los locatarios de una cadena de centros comerciales tenían contratos con cláusulas que les impedían abrir tiendas en un radio de 150 kilómetros. Estas cláusulas fueron consideradas abusivas por la autoridad y, finalmente, el año 2015, el proceso terminó en una prohibición de aplicar este tipo de restricciones para dicho centro comercial si es que se extendían a un radio superior a 50 kilómetros desde el centro comercial de referencia, por un plazo mayor a cinco años. En dicho caso, se constató que una característica de la industria —que no generó reproche por parte de la autoridad— era que alrededor del 70% u 80% de los ingresos de los centros comerciales provenían de arriendos fijos que se le cobraban a los locatarios y el restante 20%-30% correspondía a un valor de arriendo variable¹⁰².
- 4.118 Otro ejemplo es el Caso Uno Shopping/Pluscity, en el cual el Tribunal Supremo austriaco anuló, durante el año 2009, una sentencia del Tribunal de Carteles sobre la evaluación de una cláusula radial incluida en los contratos de arrendamiento de un centro comercial y consideró que dicha cláusula no infringía el artículo 101 del TFUE, por cuanto no generaba una afectación sustancial de la competencia¹⁰³.

Cláusulas que generan exclusión o restricciones en la operación de otros retailers

- 4.119 Un fallo relevante en relación con cláusulas que generan exclusión o restricciones en la operación de otros *retailers* en un centro comercial es el del caso de Maxima Latvija contra Konkurences Padome, conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014 (C-345/14)¹⁰⁴. En este caso, la autoridad analizó si es que una cláusula presente en un contrato de arrendamiento entre el propietario de un centro comercial y una tienda ancla (Maxima Latvija), que le otorgaba a esta el "derecho a aprobar" contratos de arrendamiento con otras tiendas competidoras en el centro comercial, podía considerarse un acuerdo ilícito "por objeto".
- 4.120 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió que este tipo de cláusulas no sería anticompetitivo "por objeto". De este modo, dicha autoridad manifestó que los acuerdos entre

¹⁰¹ Bundeskartellamt (2015). Caso VR Franconia GmbH (B1-62/13), disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B1-62-13.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁰² Op. Cit., p. 20, párrafo 63.

¹⁰³ Corte Suprema de Austria (2009). UNO Shopping/PlusCity, Caso n°16 Ok 14/08. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/march-2009/the-austrian-supreme-court-voids-a-judgment-of-the-cartel-court-on-the-en>.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 26 de noviembre de 2015. SIA Maxima Latvija contra Konkurences padome ("Sentencia Maxima Latvija v Konkurences Padome"). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0345&from=ES>

locatarios y operadores de centros comerciales no serían automáticamente ilegales, sino que tendría que evaluarse su concordancia con la normativa de libre competencia¹⁰⁵.

- 4.121 Este caso ha servido de base para otras decisiones, por ejemplo, en la causa entre el centro comercial Winkelcentrum Ypenburg y Corfu, un restaurante griego, sobre una disposición por la que el centro comercial no arrendaría ningún espacio a algún otro "restaurante de shawarma/doner kebab"¹⁰⁶.
- 4.122 Por otra parte, la autoridad del Reino Unido, en el caso Martin Retail Group Limited contra Crawley Borough Council (2014), consideró que una cláusula que impedía la venta de alcohol y otros productos a Martin Retail Group en el centro comercial Crawley Borough Council era anticompetitiva¹⁰⁷. La *Office of Fair Trading* analizó si correspondían las exenciones señaladas para dicha política comercial, las que, a su juicio, no se cumplían en este caso en particular. Es interesante señalar que, no obstante haberse prohibido la cláusula mencionada, en este mismo caso se mencionan otras cláusulas y acuerdos comerciales, similares a los descritos en la Consulta, que no fueron considerados anticompetitivos como: (i) la duración del contrato de 10 años (2001-2011); (ii) la obligación de mantener la tienda abierta en determinados horarios; y (iii) la obligación de realizar mejoras a las tiendas.

Conclusiones

- 4.123 Los centros comerciales son plataformas en las que interactúan dos tipos de usuarios, los locatarios o *retailers* y los consumidores finales. Entre estos usuarios existen externalidades. Por un lado, un mayor número de consumidores dispuestos a comprar en el centro comercial aumenta el atractivo de la plataforma para los locatarios, ya que, mientras mayor es el número de estos, mayores son sus ventas. Por otro lado, un *mix* de *retailers* más completo y una mejor propuesta de valor de estos incrementa el atractivo del centro comercial de cara a los consumidores.
- 4.124 No es inusual que las plataformas de dos lados establezcan una estructura de precios "sesgada" por la que se instituyen transferencias desde un lado del mercado, para incentivar el consumo en el otro lado. Esa estructura de precios es óptima para la plataforma, ya que atrae a los consumidores de cada lado del mercado, permitiendo que se internalicen las externalidades entre grupos, de modo que se genera una mayor participación en la

¹⁰⁵ En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia declara: "*el solo hecho de que un contrato de arrendamiento de local de negocio referente al alquiler de una gran superficie situada en un centro comercial contenga una cláusula que concede al arrendatario el derecho a oponerse a que el arrendador alquile en ese centro locales comerciales a otros arrendatarios no implica que ese contrato tenga por objeto restringir la competencia a efectos del citado precepto*". Ver Sentencia Maxima Latvija v Konkurences Padome, p. 7.

¹⁰⁶ Para más detalle ver descripción del caso en: <https://www.dentons.com/en/insights/alerts/2016/september/23/lease-restrictions-and-competition-law>, y ver informe de tribunal de justicia (en neerlandés) en: <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1682>.

¹⁰⁷ Ver Martin Retail Group Limited v Crawley Borough Council [2013] EW Misc. 32. Disponible en: <http://www.falcolegaltraining.co.uk/wp-content/uploads/2014/04/Martin-Retail-Group-Ltd-v-Crawley-BC-transcript.pdf>.

plataforma. Así pues, una característica principal de los mercados de dos lados es que, debido a las externalidades entre grupos y al interior de grupos de usuarios, un precio igual a costo marginal –que sería óptimo en mercados tradicionales (considerando únicamente los incentivos de corto plazo)– no suele ser óptimo en mercados de dos lados.

- 4.125 En este caso, la tarea del administrador del centro comercial es organizar adecuadamente la plataforma para maximizar su valor. Solo mediante la intervención de un administrador que busque maximizar el valor de la plataforma es posible solucionar la falla de mercado que se deriva de estas “externalidades no internalizadas”. Lo anterior se logra mediante la imposición de ciertas normas generales y particulares que buscan alinear las operaciones de los arrendatarios con el interés de la plataforma. Es natural que estas normas sean consideradas como indeseables por un sujeto obligado en particular, pues lo llevan a actuar de una manera no alineada a su interés privado. Sin embargo, la intervención del operador está alineada con el interés general (y de los locatarios considerados como un todo).
- 4.126 Bajo este marco de análisis es posible entender de mejor manera que las prácticas descritas en la Consulta están asociadas a la esencia misma del negocio de los centros comerciales y que probablemente están enfocadas en conseguir un comportamiento eficiente de los actores que forman parte de la plataforma. De hecho, es muy probable que el éxito del modelo de centros comerciales mono-operador (por sobre centros comerciales multi-operador o tiendas a pie de calle) se explique por la capacidad de imponer cláusulas y estructuras tarifarias que estén alineadas con la maximización del valor de la plataforma, como las alegadas por AGR.
- 4.127 De ahí la gravedad de las consecuencias que se podrían derivar de una disminución en la flexibilidad de las prácticas a adoptar por los operadores de centros comerciales o de su capacidad de exigir el cumplimiento de los contratos.
- 4.128 La literatura económica y la jurisprudencia internacional parecen ser consistentes con las razones de eficiencia descritas a lo largo del informe. Tanto la teoría como la evidencia empírica dan a entender por qué en este tipo de mercados es razonable observar, con mayor intensidad que en mercados tradicionales, restricciones verticales, estructuras tarifarias diferenciadas entre clientes y otro tipo de prácticas que permiten alinear los incentivos de los participantes con el interés general de la plataforma.