

EN LO PRINCIPAL: Interponen recurso de reclamación; **EN EL OTROSÍ:** Se tenga presente.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago Ried Undurraga y Fernanda Streeter Walker, abogados, en representación de **ASOCIACIÓN CHILENA DE GASTRONOMÍA A.G. (“ACHIGA”)**, en autos caratulados “*Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado*”, Rol NC-478-2020, a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

Que, dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”), y demás normas pertinentes, venimos en interponer recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 80/2024 de este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”), dictada con fecha 8 de febrero de 2024 a folio 603 (“**Resolución**”), notificada a esta parte mediante correo electrónico con fecha 9 de febrero del mismo año, según consta a folio 609 del expediente, en base a los argumentos que se exponen en esta presentación.

A continuación, incluimos un índice para facilitar la lectura de esta presentación:

I. ANTECEDENTES.....	2
II. DE LA “INDEMNIZACIÓN” ASOCIADA AL TÉRMINO ANTICIPADO	5
III. DE LAS VENTAS <i>ONLINE</i>	12
(i) La FNE planteó excluir las ventas online del cálculo de la renta.....	13
(ii) Las ventas <i>online</i> para reparto a domicilio se realizan sin intervención del mall: la venta y el consumo se hacen afuera del mall, y el consumidor no asiste al mall.	14
(iii) Los costos ya están cubiertos.....	18
(iv) La decisión del TLDC es ambigua y requiere aclararse	19
IV. DE LAS RENTAS DE ARRENDAMIENTO “FANTASMA” POR REVENTA DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y OTROS SERVICIOS.....	21
V. CONCLUSIONES	25

I. ANTECEDENTES

1. La Resolución se pronunció sobre la consulta presentada por la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (“AGR” o “Consultante”) con fecha 2 de octubre de 2022, según consta a folio 11 del expediente (“Consulta”). En dicha Consulta, AGR solicitó a este H. Tribunal conocer y analizar lo siguiente¹:

(i) *Los contratos de arrendamiento vigentes, que determinan la relación comercial entre los locatarios y los Operadores de los principales centros comerciales en Chile, esto es, Cencosud Shopping Centers S.A. (o sus empresas relacionadas del Grupo Cencosud), Plaza S.A. (o sus empresas relacionadas del Grupo Mall Plaza), Parque Arauco S.A. (o sus empresas relacionadas del Grupo Parque Arauco), Inmobiliaria Viña del Mar (o sus empresas relacionadas del Grupo Marina); Vivo Corp S.A. (o sus empresas relacionadas del Grupo del Grupo VivoCorp) y Pasmor S.A. (o sus empresas relacionadas del Grupo Pasmor);*

(ii) *Los hechos y actos que se informan en relación a los contratos señalados en el numeral precedente;*

(iii) *La integración vertical que se produce en este mercado relevante.*

2. Lo anterior, dice la Consultante, con el objeto de que el TDLC “pueda determinar si estos hechos, actos y contratos contradicen la libre competencia, provocan efectos anticompetitivos o hay riesgos de que se produzcan dichos efectos, y en su caso, establecer las medidas o condiciones que estime conducentes para que éstos se ajusten a las normas de la libre competencia”.²

3. ACHIGA, en su calidad de principal asociación gremial que agrupa a más de 120 restaurantes y empresas del rubro gastronómico, incluyendo decenas de restaurantes y cadenas de comida rápida (hamburguesas, pizzas, sándwiches, helados, etc.) con

¹ Consulta, página 1.

² Consulta, páginas 1 y 2.

presencia en centros comerciales de gran tamaño (o “**malls**”)³ operados por los actores objeto de la Consulta (u “**Operadores**”), aportó antecedentes a la consulta con fecha 28 de septiembre de 2021, a folio 106 del expediente (“**Aporte Antecedentes ACHIGA**”), dada la afectación directa y sustancial de la materia debatida en autos sobre sus asociados. En dicha presentación, se expuso por mi representada una serie de conductas y riesgos derivados de la falta de competencia en el mercado, incluyendo los siguientes:

(a) Los operadores de malls obligan o presionan a sus locatarios a abrir locales en malls en que no les conviene o interesa, como condición para mantener sus locales de mayores ventas en otros malls de ese mismo operador.

(b) Los malls cobran a sus locatarios gastronómicos por la venta por plataformas de reparto a domicilio (o “**delivery**”), igual como si fuese una venta y consumo en el mall para efectos del cálculo de la renta de arriendo, a pesar de que el mall no tuvo ninguna injerencia: ni la venta ni el consumo ocurrió en el mall, y el consumidor ni siquiera entró en él.

(c) Los operadores de malls venden la energía eléctrica a sus arrendatarios generalmente a precios muchísimo más altos que lo que ellos pagan por su compra, y los obligan a pagar precios desproporcionados por otros servicios, lo que le generaría una utilidad oculta a los malls, adicional a la renta de arriendo.

(d) Los operadores de malls cobran por una serie de conceptos injustificados y/o por los cuales no rinden cuenta, como gastos comunes, publicidad, etc. Como existe total opacidad sobre dichos gastos, los arrendatarios no tienen ninguna certeza de que dichos gastos sean efectivos, y de que correspondan a lo que les están cobrando.

(e) Los contratos de arriendo con los operadores de malls son a muy largo plazo (comúnmente 5 años), sin existir la posibilidad del arrendatario de ponerle término,

³ Un listado completo de los asociados se encuentra disponible en la página web de ACHIGA: <https://www.achiga.cl/asociados/>.

con lo cual están “atados” por muy largo tiempo, aun cuando sea un mal negocio o le genere pérdidas mes a mes.

4. Este TDLC, por medio de su Resolución, consideró que la mayoría de dichas conductas podrían efectivamente afectar la competencia, exigiendo a los malls una serie de medidas para evitar o impedir que las mismas ocurran. **ACHIGA está plenamente de acuerdo con la generalidad de las medidas adoptadas por el TDLC**, por cuanto las mismas permitirán terminar con una serie de cláusulas y conductas abusivas por parte de los centros comerciales en su relación comercial con sus arrendatarios del rubro gastronómico.

5. Así, son sumamente importantes las medidas de transparencia, la prohibición de cláusulas de incumplimiento cruzado, la prohibición de condicionar el arriendo de un local a la apertura o renovación de otro local, entre otras. **La Resolución del TDLC constituye un gran avance** para disminuir la asimetría de la relación entre locatarios y operadores de mall, e incentivar la competencia en el mercado.

6. Sin embargo, **la Resolución del TDLC no abordó, o estableció medidas insuficientes, respecto a algunas materias planteadas originalmente por ACHIGA, que son sumamente importantes para corregir y/o incentivar la competencia en el mercado.** Así también lo entendió la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), que propuso medidas efectivas y suficientes sobre varias de dichas materias⁴, pero que no fueron recogidas en la Resolución del TDLC.

7. De esa manera, respetuosamente solicitamos a esta Excma. Corte Suprema revisar y modificar la Resolución, en relación a tres materias en particular:

- (i) **“Indemnización” por término anticipado:** El TDLC estableció la posibilidad de que los arrendatarios puedan poner término anticipado a los contratos, pero concedió a los operadores de mall la posibilidad de cobrar una *“indemnización”* injustificada y excesiva.

⁴ Aporte de antecedentes de la FNE de fecha 29 de septiembre de 2021, a folio 141 del expediente.

- (ii) Ventas online: El TDLC no abordó apropiadamente el problema de que las ventas *por internet con reparto a domicilio* se consideren para efectos del cálculo de la renta de arrendamiento, con lo cual este abuso podrá seguir ocurriendo.
- (iii) Utilidades ocultas: El TDLC no corrigió el problema de las utilidades ocultas que obtienen los operadores de mall por la comercialización de energía eléctrica y otros servicios, que constituyen una verdadera *renta de arrendamiento fantasma*, y que deben ser derechamente prohibidas.

8. En las secciones siguientes se desarrollan cada uno de estos temas, explicando los errores en los que incurre la Resolución y los motivos de su modificación.

II. DE LA “INDEMNIZACIÓN” ASOCIADA AL TÉRMINO ANTICIPADO

9. En la Resolución, el TDLC ordenó a los centros comerciales tipo *mall* la siguiente medida (el énfasis es agregado):

*“Permitir el término anticipado de los contratos de arriendo por parte de aquellas tiendas que no pertenezcan a la categoría de tienda ancla, para lo cual el locatario deberá dar aviso con un mínimo de tres meses de anticipación. **La indemnización asociada será, como máximo, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses, por cada año que reste de vigencia del contrato;**”*⁵

10. La medida citada es un avance sumamente relevante para la industria, por cuanto la ausencia de cláusulas de salida en los contratos con los malls obliga a los locatarios a continuar en arriendos que muchas veces no les son favorables hasta el final del plazo del contrato (habitualmente 5 años), o bien a pagar una indemnización que provocan enormes daños a sus negocios, que generalmente corresponde a la totalidad de las rentas de arrendamiento hasta el final del plazo del contrato. Dado lo anterior, en muchos casos los arrendatarios se veían forzados a mantener arriendos que incluso les generaban pérdidas

⁵ Resolución, parte resolutive, letra H, página 111.

mes a mes, durante años, sólo para evitar tener que pagar ese enorme monto de dinero que, muchas veces, simplemente no tienen ninguna posibilidad de pagar.

11. Así, la ausencia de cláusulas de salida para los arrendatarios en estos contratos de muy largo plazo, generan gran parte de los demás problemas que se han discutido en esta causa, ya que **impiden que el mercado funcione dinámicamente**. En lugar de que los locatarios busquen los mejores centros comerciales para abrir sus locales, para mejorar sus resultados y apelar a mayor clientela, ellos se ven forzados a gastar tiempo y dinero en operar locales en malls con peores resultados (o que les generan pérdidas), sólo porque los malls no permiten incluir cláusulas de término anticipado para los arrendatarios, sino sólo para el arrendador.

12. La decisión del TDLC va en la línea correcta, al ordenar a los malls que permitan el término anticipado de los arriendos por parte de los arrendatarios. Sin embargo, **la decisión del TDLC vuelve a generar una grave afectación del mercado, al permitir que en dicho caso pueda existir una “indemnización” en favor del mall**, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses por cada año de vigencia restante.

13. El propio TDLC, en su Resolución, da cuenta de los problemas que genera que los locatarios pequeños se vean imposibilitados de terminar anticipadamente estos contratos de larga duración, de la siguiente manera (el énfasis es agregado):

*“Sin perjuicio de lo anterior, ello no puede dar lugar a que algunos comercios, particularmente los que según los mismos aportantes generan menos externalidades, es decir, en categorías que excluyen las llamadas tiendas ancla y que consecuentemente no generan un mayor costo asociado a la eventual vacancia, se vean en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración. La consideración especial a tales comercios es por dos razones: (a) **el daño que ellos pueden sufrir de una cláusula de salida inflexible puede ser irremediable** y, (b) **el efecto en la vacancia general del mall y consecuentemente, el eventual daño que ellos pueden llegar a producirle al resto de los comercios con su salida es menor.**”⁶*

⁶ Resolución, página 100.

14. Así, este mismo H. Tribunal reconoce lo perjudicial que es para los locatarios distintos a las tiendas ancla,⁷ como el caso del rubro de restaurantes que representa ACHIGA, verse imposibilitados de terminar los arriendos antes del vencimiento de sus – muy largos- plazos.

15. En consideración a lo señalado por el propio TDLC, es contradictorio y muy perjudicial que la Resolución contemple, en dicho caso, una supuesta “indemnización” en favor del mall de 2 meses de renta por año restante de vigencia del contrato, que puede ser sumamente onerosa para muchos arrendatarios.

16. Piénsese en un caso muy frecuente: un emprendedor abre un local de comida rápida en un mall en un arriendo a cinco años, y a los pocos meses se da cuenta de que, por el motivo que sea (por ejemplo, porque el mall no atrae suficiente público), las ventas no son auspiciosas y se le generan pérdidas mes a mes.

17. Lo lógico es que, en el ejemplo anterior, dicho locatario pueda cerrar de inmediato ese local, para abrirlo en un centro comercial de mayor afluencia de público o que le ofrezca mejores condiciones. Sin embargo, la Resolución establece que, para poder terminar ese arriendo, dicho locatario debe dar un aviso con 3 meses de antelación (en los que deberá seguir pagando la renta de arrendamiento), y luego pagar una “indemnización” de 2 meses de renta por cada uno de los 4 años de vigencia restante del contrato. Es decir, **según la decisión del TDLC, dicho arrendatario, para terminar anticipadamente el contrato, se verá obligado a pagar 11 meses de rentas de arrendamiento desde que toma la decisión** (3 meses de aviso anticipado, y 8 meses de “indemnización”), a pesar de tener que soportar grandes pérdidas. Es un monto exorbitante.

18. En definitiva, esta parte estima que la medida dispuesta en la Resolución debió limitarse a permitir el término anticipado de los contratos de arriendo por parte de aquellas

⁷ “Corresponden a tiendas que han incorporado paulatinamente más y más negocios y productos, desplazando a diversos actores que en el pasado operaban en mercados relevantes claramente diferenciados como venta de ropa, de línea blanca, juguetes, muebles, decoración, artículos de computación y electrónica, y muchos otros que se fueron incorporando mediante la evolución del retail en Chile (tiendas por departamentos o tiendas departamentales). Actualmente, pueden mencionarse en esta categoría tiendas como Ripley, París, Falabella, La Polar, entre otras.” (Aporte de antecedentes FNE, página 5, pie de página número 20).

tiendas que no pertenezcan a la categoría de tiendas anclas, estableciendo el aviso de tres meses, **pero sin indemnización asociada, que termina por perjudicar a los locatarios.**

19. En este punto, el TDLC se apartó sin motivo de lo recomendado por la FNE en su aporte de antecedentes de fecha 29 de septiembre de 2021, a folio 141 del expediente (“**Aporte de Antecedentes FNE**”). Al respecto, la FNE indicó lo siguiente (el énfasis es agregado):

*“A juicio de la Fiscalía, si bien las justificaciones planteadas por los Operadores podrían ser razonables, ello se limitaría al tiempo que puede tomarle al Operador reemplazar al Locatario por otro de similares características. **En ese sentido, no parece razonable ni proporcional que no existan opciones para dar término anticipado a los contratos de arriendo, por lo que debiera establecerse un plazo de aviso suficiente que le permita a los Operadores reemplazar al Locatario sin que se produzca un plazo de vacancia del local comercial.**”⁸*

20. Así, la FNE únicamente se refiere a la necesidad de la opción de dar término anticipado estableciendo un plazo de suficiente de aviso, **sin ninguna “indemnización” asociada.** Así lo señaló con claridad en sus conclusiones del Aporte de Antecedentes FNE (el énfasis es agregado):

*“En ese sentido, cabe indicar que **dentro de las cláusulas y aspectos contractuales que generarían riesgos a la libre competencia pueden mencionarse:***

*i. La ausencia de cláusulas de salida en ciertos contratos de arriendo de largo plazo, lo que dejaría a los Locatarios en una situación de desventaja, al verse obligados a continuar con contratos de arriendo de largo plazo sin poder restituir el local comercial. En ese sentido, **la Fiscalía estima que resulta razonable que los Operadores establezcan cláusulas de salida en favor de los Locatarios, mediando un plazo razonable de aviso previo para su entrega y sustitución por otro Locatario.**”⁹*

⁸ Aporte de Antecedentes FNE, página 45.

⁹ Aporte de Antecedentes FNE, página 64.

21. En línea con lo planteado precedentemente, la FNE justificó esa posición, en base a lo siguiente (el énfasis es agregado):

*“Adicionalmente, se debe tener presente que **la ausencia de cláusulas de salida en las Normas Generales, y la práctica de no otorgar esta posibilidad a ciertos Locatarios, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 127 precedente, correspondería a una **práctica extendida** en los distintos Operadores de malls analizados. En ese sentido, y de ser, adicionalmente, efectiva la **imposibilidad de negociar los plazos pactados en los contratos de arriendo, ello podría disminuir la intensidad competitiva entre los Operadores respecto del arriendo de locales comerciales en malls, pues, en definitiva, estas limitaciones podrían impedir a los Locatarios buscar mejoras a las condiciones contractuales con los distintos Operadores competidores durante todo el plazo de vigencia de los contratos de arriendo.**”***¹⁰

22. Bajo la lógica descrita por la FNE, la aplicación de “indemnizaciones” asociadas al término anticipado de los contratos implicaría restringir la libertad de los locatarios para optar por mejores condiciones con otros Operadores, lo que sin duda afecta la intensidad de la competencia.

23. La “indemnización” que establece el TDLC (en contra de lo recomendado por la FNE) no es otra cosa que una **enorme barrera de salida para los locatarios**. Según señaló esta parte en su aporte de antecedentes¹¹, los locatarios debiesen poder salir de los malls de malos resultados o con malas condiciones comerciales, y cambiarse a malls de buenas perspectivas o mejores condiciones comerciales.

24. Por lo anterior, esta es quizás **la medida más clara y efectiva para incentivar la competencia entre los operadores para atraer locatarios, ya que no sólo los malls competirían en mejorar las condiciones comerciales, sino también en aumentar la transparencia en los cobros y evitar las cláusulas y prácticas abusivas**. Nada de esto

¹⁰ Aporte de Antecedentes FNE, página 45-46.

¹¹ Aporte de Antecedentes ACHIGA, página 47.

puede lograrse si los locatarios están impedidos de cambiarse, forzados por una muy onerosa “indemnización”.

25. A mayor abundamiento, dicha “indemnización” no se condice con lo que ha fallado el TDLC con anterioridad. Por ejemplo, en la Consulta de Watt’s sobre las condiciones de recepción y compra de leche fresca, el mismo TDLC impuso la siguiente recomendación bajo los argumentos que se citan a continuación (el énfasis es agregado):

*“Una segunda consecuencia de la utilización de contratos es la **reducción en la flexibilidad** que tienen los productores **para cambiar** de comprador de leche fresca; es decir, la **disminución de la movilidad en el mercado**. En un mercado competitivo o sin mayores problemas de competencia, es esperable que ante anuncios (no necesariamente simultáneos) de variaciones en el precio de compra por parte de las empresas procesadoras, **los productores tiendan a moverse hacia la o las empresas que les ofrecen un mejor precio**, movimiento que en general sólo debiera verse limitado por el área de influencia respectiva (catchment área). Aunque no se produce exclusivamente a causa de los contratos, **varias de las cláusulas contenidas en ellos contribuyen de manera importante a impedir ese movimiento**. (...)”¹²*

*“En este contexto, **atendidas las específicas condiciones estructurales y funcionales de este mercado**, resultan aquí **especialmente problemáticas** para la competencia ciertas cláusulas que hacen que las relaciones entre proveedores y procesadores se asemejen a una tratativa exclusiva y **carecen de justificación objetiva desde esta perspectiva**. Por ello: (...)”*

b. Asimismo, Watt's, Nestlé y Soprole deberán incluir en sus respectivos contratos la posibilidad que los productores puedan poner término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.”¹³

¹² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 57/2019, dictada en la causa NC- 445-2018, página 41.

¹³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 57/2019, dictada en la causa NC- 445-2018, página 54.

26. Según podrá analizar la Excma. Corte Suprema, bajo escenarios y argumentos similares, el TDLC ordenó la inclusión de **salidas anticipadas dando previo aviso, pero sin responsabilidad ulterior.**

27. Por lo dicho, no existe ningún motivo atendible por el cual el TDLC, en esta materia tan relevante, se haya apartado de lo recomendado por la FNE (luego de una larga y detallada investigación sobre este mercado y sus problemas a la competencia), así como también de sus propios precedentes en mercados con problemas de competencia análogos al de autos.

28. En todo caso, **resulta completamente improcedente** que pueda establecerse un pago de un monto en dinero por terminar anticipadamente un arriendo **a título de “indemnización”, si en muchos casos (si no la mayoría), el centro comercial no sufre perjuicio alguno.** Con la anticipación de 3 meses del aviso previo, el mall tiene un plazo para conseguir a un reemplazante, por lo que en muchos casos podrá continuar arrendando dicha ubicación sin soportar perjuicio alguno. En ese sentido, la “indemnización” establecida por el TDLC, **más que reparar un daño, puede ser una fuente de enriquecimiento sin motivo para el centro comercial.**

29. Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la Excma. Corte Suprema que revise la decisión del TDLC a este respecto, **eliminando la posibilidad de que los operadores de malls puedan cobrar una “indemnización”** por el término anticipado del arriendo por parte del locatario.

30. En subsidio, para evitar situaciones particularmente perjudiciales para los locatarios, solicitamos que la Excma. Corte Suprema **considere, a lo menos, eliminar dicha indemnización en aquellos casos en que el locatario haya sufrido pérdidas en los 2 meses anteriores al envío del aviso de término.** Esto, considerando lo enormemente gravoso que resulta afrontar el pago de un monto de esa entidad, cuando se está en una situación deficitaria (en muchos casos generada por el mismo mall que no logra atraer público suficiente), y lo razonable que resulta para ese locatario dejar de estar atado en una relación comercial que le está generando pérdidas mes a mes.

III. DE LAS VENTAS *ONLINE*

31. Otro tema especialmente perjudicial para los locatarios gastronómicos es que los malls, desde hace unos pocos años atrás, han comenzado a incluir las ventas *online*, para efectos de calcular la renta de arrendamiento que corresponde pagar cada mes. Como se señala en la Resolución, el valor porcentual mensual puede ser en ciertos casos de un **8,91% de la venta**¹⁴.

32. Es decir, los Operadores de mall han forzado a pagar a los arrendatarios por ventas que se hacen por internet habitualmente a través de plataformas de reparto de comida a domicilio¹⁵, en las que el consumidor nunca asiste al mall y el consumo no se realiza en el mall, tratándolo de igual forma como si se tratara de un consumo dentro del mall mismo.

33. Al respecto, en la parte resolutive de la Resolución, el TDLC ordenó la siguiente medida en su letra “E” (el énfasis es agregado):

*“En caso de incluir **ventas online** para estimar la renta de arrendamiento, éstas deberán comprender sólo aquellas que **tengan conexión con la tienda física**;”*¹⁶

34. Esta parte considera que dicha medida es especialmente ambigua, y no ayuda a solucionar este grave problema. La explicación del TDLC para llegar a dicha decisión es igualmente poco clara. Al respecto, consideró lo siguiente (el énfasis es agregado):

*“Este Tribunal concuerda con que **los malls no pueden hacer cobros a los comercios por ventas que no tengan relación con la actividad del centro comercial**. Entendiendo que la posibilidad de distinguir claramente entre las ventas asociadas al mall y las que no puede ser complejo, hay ciertas actividades como los retiros en el centro comercial o la existencia de servicios post venta en él, que permiten tener cierta objetividad en el cobro. Así, **para mantener la consideración de las ventas online como parte del cobro, el mall deberá***

¹⁴ Resolución, página 83, párrafo 110, en referencia al cobro que hace Cencosud Shopping como valor porcentual mensual a las “tiendas menores” (no anclas), como es el caso de los locales gastronómicos.

¹⁵ Tales como Uber Eats, Pedidos Ya o Rappi.

¹⁶ Resolución, página 110.

*justificar la relación entre la renta de arriendo con las ventas online, la cual debe asociarse a la actividad del centro comercial, precisando qué parte de las ventas online considerará para estos efectos, y por qué razones. Como lo dispuesto en relación con la entrega de información adicional a la estrictamente necesaria para determinar el pago del componente variable del arriendo, **por tratarse ésta también una materia que puede ser controvertida**, los malls sujetos a esta restricción **deberán usar el mecanismo de solución de controversias** previamente señalado.”¹⁷*

35. Como veremos, el TDLC en este punto nuevamente **se aparta de lo recomendado por la FNE, que planteó que las ventas online debiesen ser excluidas del cálculo de la renta de arrendamiento.**

36. Por el contrario, en este caso el TDLC plantea una solución ambigua, abierta a interpretación que, dado el historial de relación entre los malls y sus arrendatarios, sólo beneficiará a los primeros.

37. Respetuosamente solicitamos que la Excma. Corte Suprema resuelva ordenar a los Operadores que **las ventas online sean completamente excluidas del cálculo de la renta de arrendamiento**, siguiendo la recomendación de la FNE, por las razones que se exponen a continuación.

(i) La FNE planteó excluir las ventas online del cálculo de la renta.

38. La FNE en su aporte de antecedentes, expresamente advirtió lo siguiente (el énfasis es agregado):

*“Al respecto, **esta Fiscalía no identifica una justificación razonable para incluir las ventas online** que realiza una tienda como parte de la renta variable que contemplan los contratos de arrendamiento. Ello tampoco en el caso en que dicha compra implique que el cliente asista al mall a retirar el producto, pues la asistencia de un*

¹⁷ Resolución, página 88.

consumidor a un mall bajo esta última hipótesis le beneficia, al implicar un flujo de personas que podrían en la misma visita adquirir productos y/o servicios de otros Locatarios.”¹⁸

39. Así, la FNE fue muy clara y precisa en cuanto a que las ventas online debiesen excluirse del cálculo de la renta de arrendamiento. Así lo planteó en sus conclusiones (el énfasis es agregado):

*“En cuanto a las cláusulas que buscan **incluir la venta online como venta del local para efectos de calcular la renta variable**, esta Fiscalía no identifica una justificación razonable para atribuir dichas ventas a un local determinado. En ese sentido, la FNE considera que este tipo de cláusulas debiesen ser eliminadas de los contratos de arriendo y de las Normas Generales.”¹⁹*

40. Efectivamente, y tal como lo considera la FNE, no existe una justificación para plantear que las ventas online se consideren para el cálculo de arrendamiento. A continuación, nos referiremos a los argumentos para sostener lo anterior, y nos referiremos a los errores contenidos a este respecto por la Resolución.

(ii) Las ventas online para reparto a domicilio se realizan sin intervención del mall: la venta y el consumo se hacen afuera del mall, y el consumidor no asiste al mall.

41. La gran mayoría de las ventas online en el rubro gastronómico, se hacen a través de plataformas de reparto de comida, como Uber Eats, Rappi o Pedidos Ya, que según lo ha definido la FNE, *“son plataformas de intermediación de compra y entrega de productos, las cuales cuentan con aplicaciones para dispositivos móviles y páginas web que permiten a sus usuarios realizar pedidos de comida, víveres u otros productos a domicilio. En otros términos, se trata de plataformas digitales que operan como intermediadoras de las relaciones entre i) locales asociados, ii) repartidores y iii) usuarios o consumidores.”²⁰*

¹⁸ Aporte de Antecedentes FNE, página 51 y 52.

¹⁹ Aporte de Antecedentes FNE, página 64 y 65.

²⁰ Fiscalía Nacional Económica, Minuta de Archivo en causa rol N° 2639-20 FNE, caratulada “Denuncia por eventuales abusos de posición dominante contra plataformas de reparto”. Párrafo 5.

42. A través de dichas plataformas, los consumidores pueden comprar directamente comida de una multiplicidad de distintos locales, para lo cual la plataforma agrega la oferta de dichos locales, recibe el pago por el pedido, y coordina la recolección en el local, y entrega (*delivery*) del pedido en el domicilio del consumidor, a través de su red de repartidores afiliados.

43. Para los restaurantes y locales de comida rápida, las plataformas les permiten poder ofrecer un servicio de entrega a domicilio, sin necesidad de contar con una red de repartidores, ni un canal o aplicación de gestión de los pedidos y pagos. En ese sentido, es la plataforma la que gestiona el registro del pedido, la recolección y entrega por un repartidor, y la recepción del pago. Por lo anterior, las plataformas son muy importantes para hacer ventas a domicilio para muchos locales de comida, el cual es un segmento de sus ventas de creciente relevancia.

44. Así, resulta completamente injustificado considerar dichas ventas para efectos de calcular la renta de arrendamiento, por cuanto **la venta y el pago se hace afuera del mall** (por internet, a través de la aplicación de *delivery*), **el consumo ocurre afuera del mall** (ya que la comida se entrega en el domicilio del consumidor), y **el consumidor tampoco visita el mall**. Es decir, **es una venta que ocurre sin ninguna intervención del Operador del mall**. ¿Qué justificación tendría el mall para llevarse un 8,91% de dicha venta, o el porcentaje que corresponda de “valor porcentual mensual”?

45. Precisamente, **el propósito** de que la renta de arriendo considere una proporción de las ventas del local, **es premiar el esfuerzo del mall por atraer más flujo de público**, por lo que el local comparte con el mall el beneficio de dichas mayores ventas. Así lo señalaron los propios Operadores de mall en estos autos:

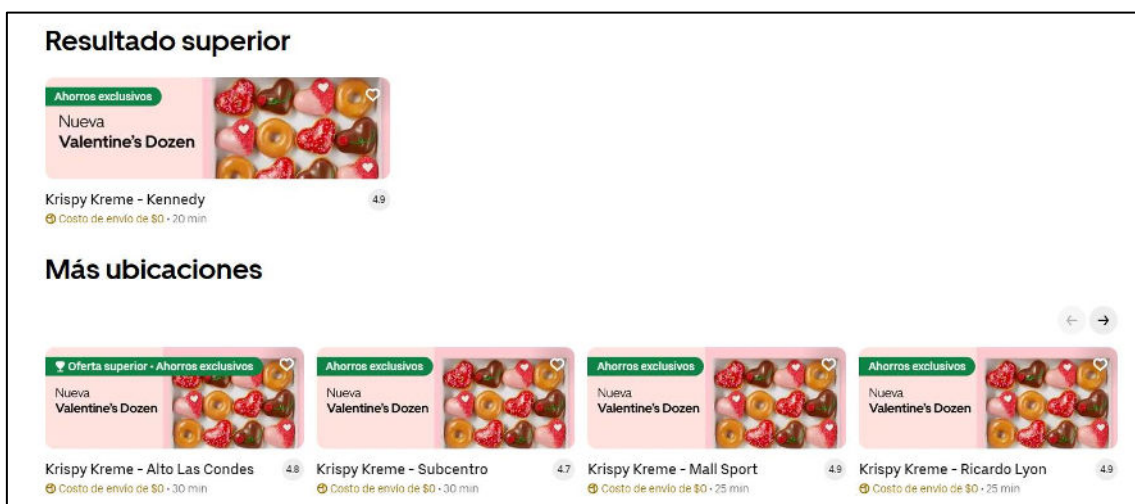
- Plaza: *“Otra razón para establecer una tarifa variable son los incentivos de cada una de las partes. En concreto, las ventas de un determinado local dependerán (...) de forma no menos importante, del **esfuerzo efectuado por el centro comercial**.”*²¹

²¹ Aporte de antecedentes de Plaza S.A. a fojas 109, página 33.

- Cencosud: “Así, el **esquema tarifario** contemplado en los contratos de Cencosud Shopping permite que éste haga sus **mejores esfuerzos para atraer una mayor cantidad de público**”²²

46. Pues bien, en este caso, **la venta online se produce sin que el Operador de mall haga ningún esfuerzo**. El consumidor elige comprar una determinada comida o bebida porque conoce la marca que lo vende, o se lo recomienda la plataforma online.

47. Así, al consumidor le es indiferente si su pedido se preparó en un local de mall o en un local de la calle. Lo único relevante es recibir su comida en su casa, independiente de donde se haya preparado. A modo de referencia, insertamos el siguiente ejemplo de la plataforma de reparto de comida a domicilio *Uber Eats*, visitada desde su página web²³:



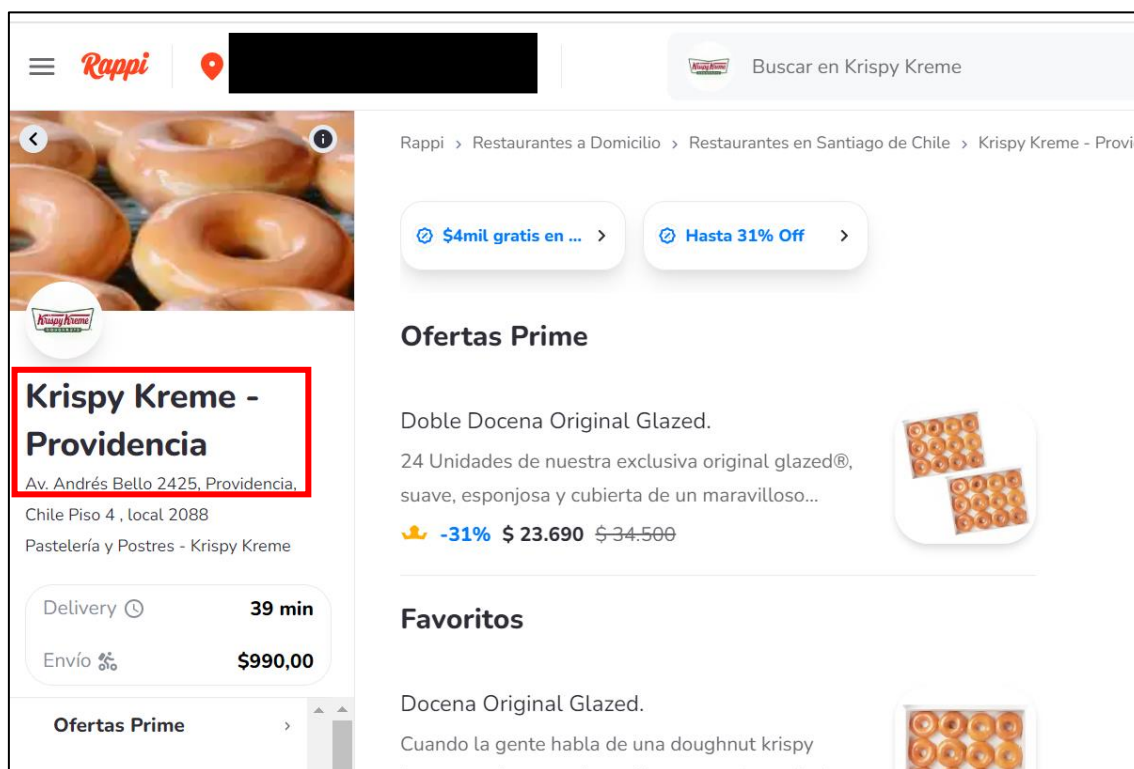
48. Como se puede ver en la imagen, al hacer la búsqueda de la marca, la plataforma arroja una serie de resultados desde donde puede enviarse el pedido, y donde se indican indistintamente locales de dicha marca ubicados en malls (como “Alto Las Condes”), o fuera de malls (como “Kennedy”). Al consumidor le es **completamente indiferente** si su pedido fue preparado o no en un mall, sino que llegue su comida lo antes posible.

²² Aporte de antecedentes de Cencosud Shopping S.A. a fojas 147, página 24.

23 Ver

https://www.ubereats.com/cl/search?diningMode=DELIVERY&pl=JTDcJTlYyYWRkcmVzcyUyMiUzQSUyMIN0YS4IMjBNYXIIQzMlQURhJTlwNjk0MCUyMiUyQyUyMnJlZmVyZW5jZSUyMiUzQSUyMkNoSUplLWITZGllwWVJ0OGkzX2ptSXpDRSUyMiUyQyUyMnJlZmVyZW5jZVR5cGUIMjIIM0ElMjJnb29nbGVfcGxhY2VzJTlyJTJDJTlybGF0aXR1ZGUMjIIM0EtMzMumMzc2NjA0JTJDJTlybG9uZ2l0dWRlJTlyJTNBLTcwLjU2ODg5NDM5OTk5OTk5JTdE&q=krispy%20kreme&sc=SEARCH_BAR&searchType=GLOBAL_SEARCH&vertical=ALL [Última visita: 21.02.2024]

49. En el caso de otra plataforma de reparto de comida a domicilio *Rappi*, al buscar por restaurant o local, aparece inmediatamente la opción más cercana, y no se indica siquiera si se encuentra o no en un mall. Así se puede ver en el siguiente ejemplo, en que el resultado de la búsqueda indica “Providencia”, sin señalar que, dicha dirección en particular se refiere al mall Costanera Center (Av. Andrés Bello 2425, Providencia)²⁴:



50. Así, por un lado, **para el consumidor no es relevante si es que el local se encuentra dentro o fuera de un mall, y de hecho muchas veces lo ignora.** Y por el otro lado, **tampoco el mall realiza esfuerzo alguno para que se materialice dicha venta por delivery.**

51. El arriendo de un local gastronómico en un mall es particularmente caro (en comparación con un local a la calle) por cuanto lo que se busca es beneficiarse del flujo de público, que puede consumir en un entorno seguro y cómodo, mientras aprovecha de hacer otras compras o trámites. **Nada de eso ocurre en la venta online para entrega a domicilio:** la venta se hace por factores ajenos al mall, por lo que no tiene ningún sentido

²⁴ Ver <https://www.rappi.cl/restaurantes/900094817-krispy-kreme> . [Última visita: 21.02.2024]

que el mall deba llevarse una proporción de dicha venta. Como la industria gastronómica es una muy competitiva y generalmente de bajos márgenes, el injustificado cobro de un alto porcentaje de la venta (8,91% u otro) puede determinar que los malos resultados, o pérdidas, de muchos locales.

(iii) Los costos ya están cubiertos

52. Los Operadores de malls han sostenido que correspondería que los locatarios paguen por las ventas por delivery, ya que la comida se cocina en el mall, y técnicamente la boleta debe emitirse en el mall. Sin embargo, dicho argumento es insostenible: el locatario ya está pagando el monto mínimo de renta de arriendo por los metros cuadrados incluidos en el local (monto altísimo), con lo que ya está pagando por la utilización de su cocina, y además debe pagar específica y separadamente por todos los servicios básicos del local (gas, luz, agua).

53. Además, la Resolución del TDLC hace referencia a un informe económico presentado por Parque Arauco (“**Informe Compass**”), en el que repiten dichos argumentos, y se refieren en general a que dicho cobro busca internalizar una “externalidad negativa” para el mall consistentes en “*mayores tiempos de espera y otras molestias*” en los visitantes. Así lo señaló:

“El Informe Compass plantea una situación similar para Parque Arauco. En el caso del rubro gastronómico indica que el centro comercial juega un rol, ya que los productos se elaboran en las instalaciones del operador. Adicionalmente, los repartidores de las aplicaciones de delivery generan una externalidad negativa en los visitantes, ya que su presencia puede significar mayores tiempos de espera y otras molestias. Por lo tanto, incluir estas ventas en la tarifa de arrendamiento sería un mecanismo mediante el cual los locatarios internalicen las externalidades que las ventas no presenciales generan a los demás usuarios del centro comercial (Informe Compass, p. 64).”²⁵

54. Dicho argumento no tiene asidero alguno. El repartidor de delivery sólo va a buscar el envío de comida al local, y se retira. Dicho repartidor **no hace la fila para hacer**

²⁵ Resolución, página 88.

un pedido ni pagar (ya que el pedido se prepara de forma independiente y separada, y se paga a través de la aplicación o plataforma), **no utiliza ningún comedor ni mesa** ni del patio de comidas, y **ni siquiera los residuos (empaques, papeles) utilizan la infraestructura del mall para su disposición**, ya que se entregan en el domicilio del consumidor.

55. Por lo anterior, **la visita del repartidor no genera “mayores tiempos de espera y otras molestias”** como genérica y vagamente plantean los informantes de Parque Arauco. Ni la Resolución del TDLC, ni el informe al que se refiere, entregan ninguna explicación adicional, ni citan ningún estudio, encuesta o dato que sustenten su tesis, ni podrían hacerlo, ya que **la experiencia de los demás consumidores que asisten al mall se ve inalterada**.

56. De hecho, son los propios locatarios gastronómicos los primeros interesados en que no exista la posibilidad de generar molestia alguna para los visitantes del mall, para que exista la mayor cantidad de ventas presenciales.

57. En cualquier evento, cabe recordar que los locatarios también deben pagar altísimas sumas por gastos comunes, para la mantención de todo el mall (iluminación, limpieza, etc.), por lo que si la “molestia” se refiere a que el repartidor transite por el pasillo del mall, en realidad pareciera ser un tema muy menor que ya está cubierto por dichos gastos comunes, y que en caso alguno justifica que el mall pueda cobrar un 8,91% del valor de dicha venta (u otro similar).

(iv) La decisión del TLDC es ambigua y requiere aclararse

58. La Resolución del TDLC es del todo confusa sobre este punto. Indica que podrían incluirse para efectos del cálculo de la renta las ventas online pero sólo aquellas con una “conexión con la tienda física”, para lo cual *“el mall deberá justificar la relación entre la renta de arriendo con las ventas online, la cual debe asociarse a la actividad del centro comercial, precisando qué parte de las ventas online considerará para estos efectos, y por qué razones”*.²⁶

²⁶ Resolución, página 88.

59. De lo anterior, podría sostenerse que las ventas por *delivery* podrían estar excluidas, toda vez que, según se expuso: (i) ni la compra ni el pago se hizo en el mall; (ii) el consumo no se hizo en el mall; (iii) el cliente nunca fue al mall. Así, no existió ningún esfuerzo ni “actividad” por parte del centro comercial en dicha venta que se le pueda asociar. Pero la decisión del TDLC es tan poco clara, que esa interpretación podría rebatirse también, en el sentido de que *por el solo hecho* de que la comida se preparó en el mall, debería contabilizarse para el cálculo de la renta de arriendo.

60. En ese sentido, el TDLC no prohíbe que se incluyan las ventas online para este efecto, pero tampoco lo permite. **Su decisión no adopta una postura que solucione la controversia, sino que genera más interrogantes.** ¿A qué se refiere con que sólo deban incluirse las ventas *online* que se asocien a “*la actividad del centro comercial*”? ¿Basta con que la comida se prepare en el local del centro comercial (en cuyo caso *toda* venta online será considerada)? ¿o que dicha venta online deba haber sido generada en razón de la actividad comercial, publicitaria o promocional que despliega el centro comercial (en cuyo caso *ninguna* venta online será considerada)?

61. **El propio TDLC sabe que su decisión no zanja el problema, al reconocer que “puede ser controvertida”,** para lo cual, en lugar de dar una solución, **ordena “usar el mecanismo de solución de controversias”**²⁷. Evidentemente esto va en beneficio de los grandes operadores de malls, que podrán usar esa ambigüedad a su favor en sus relaciones frente a un locatario gastronómico.

62. Por lo demás, precisamente lo que se busca con este procedimiento es solucionar las controversias generadas por el actuar abusivo de los grandes Operadores de mall en su relación comercial con sus arrendatarios, por lo que **resulta insólito que la decisión judicial llamada a zanjarla, contenga la necesidad de utilizar un “mecanismo de solución de controversias”.**

63. Por todo lo anterior, para claridad de los locatarios, especialmente los de la industria gastronómica, y para evitar nuevos abusos por parte de los malls, esta parte estima que las ventas online se **deberían excluirse completamente** del cálculo de la renta, tal como correctamente planteó la Fiscalía Nacional Económica luego de la detallada

²⁷ Resolución, página 88, párrafo 128.

investigación que llevó a cabo sobre este mercado, y se indica en su Aporte de Antecedentes²⁸.

64. En cualquier caso, y aún si la Excma. Corte Suprema llegase a considerar que la venta *online* debiese ser dar derecho al mall a una retribución (que como hemos señalado, nos parece un error), **es completamente desproporcionado y absurdo que la misma corresponda a un porcentaje de dicha venta (de un 8,91% de la venta u otro), igual al aplicable como si fuese una venta presencial** de un consumidor en el mall.

65. En efecto, en la venta y consumo presencial en el restaurant o patio de comidas, el consumidor asiste al mall por su hábito de consumo, porque debía hacer otras compras o trámites, y/o por esfuerzo comercial del mall. Utiliza sus instalaciones, mesas, sillas, genera residuos, requiere limpieza, etc. En fin, **es una situación completamente opuesta a la de la venta online** con reparto a domicilio, en que nada de eso ocurre. **¿Por qué se debiesen tratar de la misma manera? ¿No implica esto un enriquecimiento injusto y desproporcionado para los malls?**

66. Por lo anterior, incluso en el improbable evento que la Excma. Corte Suprema estimara que sí corresponde que las ventas online deban considerarse para el cálculo del componente de valor proporcional de la renta de arrendamiento (lo cual creemos es un error), dicha consideración **debiese ser muchísimo menor en el caso de las ventas online que en las ventas presenciales, y en ningún caso, superior a la mitad**. El tratar a situaciones tan disímiles de la misma manera, es sumamente injusto y desproporcionadamente oneroso para los locatarios.

IV. DE LAS RENTAS DE ARRENDAMIENTO “FANTASMA” POR REVENTA DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y OTROS SERVICIOS.

67. Aunque la Resolución es un avance en términos de transparencia y rendición de cuentas respecto a distintos cobros como los gastos comunes, promoción, etc., omite un pronunciamiento sobre un gravísimo problema planteado: las **ilícitas utilidades ocultas que obtienen los operadores de malls por reventa de energía eléctrica a sus**

²⁸ Aporte de Antecedentes FNE, página 64 y 65.

arrendatarios, y posiblemente por otros servicios, que constituyen una verdadera segunda renta de arrendamiento “fantasma”.

68. La Resolución, se refirió a esta materia en los siguientes términos (el énfasis es agregado):

“En un sentido similar, Achiga indica que los operadores obtendrían utilidades a través del cobro que realizan a los locatarios por el consumo de energía eléctrica. En palabras de esta aportante, “la energía es cobrada directamente por el centro comercial a los locatarios bajo una estructura similar a la de un comercializador de energía”, toda vez que los operadores cobran una tarifa mayor que su costo de adquisición. Sostiene que los operadores acceden a tarifas desreguladas o de clientes libres, cuyos precios son negociados directamente con los generadores, accediendo a precios entre un 30-40% menores que los clientes regulados. Sin embargo, los operadores no traspasarían estos menores costos a sus locatarios, cobrando precios incluso superiores al de un cliente regulado. Esta situación se vería agravada debido a la falta de transparencia sobre el consumo del locatario, ya que no disponen de medidores que les permitan conocer su verdadero consumo (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 29-33).”²⁹

69. Tal como lo recoge la Resolución, los principales Operadores de malls adquieren energía bajo el régimen de “clientes libres”³⁰, esto quiere decir, que compran energía eléctrica directamente a las generadoras, a precios mucho menores que los clientes regulados (entre un 30% - 40% menor)³¹³². Sin embargo, algunos Operadores revenden la energía eléctrica a los locatarios a un precio mucho mayor, **ganando un margen en dicha operación.**

70. Esto ocurre por ejemplo con Parque Arauco S.A., que según información pública, adquiere energía como cliente libre directamente de las generadoras, pero luego en los

²⁹ Resolución, páginas 90-91.

³⁰ Según se establece en el artículo 147, inciso 3° letra d) de la Ley General de Servicios Eléctricos, Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Minería de 1982 (la “Ley General de Servicios Eléctricos”).

³¹ Según lo señalado en el artículo 147 N° 1 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

³² A modo de ejemplo ver <https://www.revistaei.cl/2019/10/10/energia-clientes-libres-pagan-44-mas-que-las-mineras/#> [Última visita: 21.02.2024]

contratos de arriendo de sus locales, se las revende “*al mismo valor que es aplicado por la distribuidora local*”, esto es, al valor de un cliente regulado:

<p>PARQUE ARAUCO FIRMA ACUERDO CON ENGIE PARA SUMINISTRO DE ENERGÍA DE FUENTES 100% RENOVABLES</p> <p>El contrato comenzará a regir desde el segundo semestre de 2020 y tendrá una duración de cinco años. Permitirá reducir cerca de 53.100 toneladas de CO₂, lo que es equivalente a plantar 106.200 árboles.</p>	33
<p>Para todos los efectos la electricidad es suministrada por el Centro Comercial y será cobrada por la administración de éste al mismo valor que es aplicado por la distribuidora local, en la modalidad de cliente regulado, entendiéndose que la Arrendataria, acepta en este acto, las tarifas reguladas según Decreto N°1 del año 2013 del Ministerio de Energía, autorizando a la Arrendadora, a efectuar todos los cobros que procedan.</p>	34

71. Sin embargo, no toda la industria incurre en estas prácticas. Cencosud Shopping S.A. (“**Cencosud**”) mencionó lo siguiente en su aporte de antecedentes:

*“CS no obtiene un margen adicional por contar con una tarifa especial en su calidad de cliente libre para la energía eléctrica. Al contrario, CS beneficia a los Locatarios traspasando íntegramente ese ahorro, por lo que éstos pagan efectivamente una tarifa menor por este concepto.”*³⁵

72. Para la industria gastronómica el gasto por energía es sumamente relevante, por la cantidad de artefactos eléctricos que se utilizan en el rubro (hornos, extractores de aire, refrigeradores, etc.). En ese sentido, los asociados de Achiga efectivamente notan que los cobros por energía eléctrica de Cencosud son en general mucho menores que en el caso de otros Operadores de mall.

73. Esto demuestra que **es posible que los malls apliquen un estándar mínimo respecto los cobros por reventa de energía (u otros cobros)**, de manera tal que no se

³³ Disponible en <https://www.engie.cl/parque-arauco-firma-acuerdo-con-engie-para-suministro-de-energia-de-fuentes-100-renovables/>. [Última visita: 21.02.2024]

³⁴ Contrato que consta a folio 347—originalmente acompañado a folio 304— entre Parque Arauco y Calzados del Sur. S.A. de fecha 20 de octubre de 2015, en carpeta “Docs ofrecidos por Biarritz SpA”, documento titulado “VP 22. Contrato Arrendamiento 2015.pdf”, cláusula VII.

³⁵ Aportes de antecedentes de Cencosud Shopping S.A. a fojas 147, página 27.

extraigan rentas ocultas e ilícitas a los locatarios, sino que los ahorros que puedan obtener de negociar al por mayor la adquisición de servicios para los locatarios, sean efectivamente traspasados a los locatarios.

74. En la misma línea, cualquier ahorro que logre obtener el mall por un servicio específico que los locatarios deben contratar, como sería el de la energía u otro, debiese traspasarlo a sus locatarios, tal como lo hace Cencosud. ¿Por qué el resto de la industria no aplica el mismo -básico- principio?

75. Lo señalado respecto de la energía es sin perjuicio que existan otros servicios por los cuales el mall recibirían segundos ingresos o rentas “*fantasmas*” de los locatarios. Así, por ejemplo, los malls exigen a los locatarios una serie de servicios específicos del local, que son obligatorios: sanitización, limpieza de ductos, revisión de arquitectura, etc., que son realizados por un proveedor específico, a un valor fijo negociado por el mall.

76. Lo increíble es que, en dichos casos, **el valor de esos servicios son muchísimo mayores que el valor de mercado, o por prestar el mismo servicio fuera de mall**, siendo lo razonable y obvio que dichos valores fuesen mucho menores, si el mall los ha negociado al por mayor. Así, el locatario no tiene como saber si el mall está obteniendo algún tipo de beneficio, margen o utilidad por dichos servicios, pero la lógica indica que eso está ocurriendo, dado que no existe realmente ninguna explicación distinta al por qué de dichos valores tan elevados (ni los Operadores lo explicaron en autos).

77. Incluso si el pago se hace por el locatario a un tercero prestador de un servicio, los locatarios no saben, ni tienen cómo saber, si dicho tercero le entrega parte de dicho pago al operador del mall, o bien le otorgue, en razón de esto, descuentos a otras empresas relacionadas al centro comercial (supermercados, tiendas por departamento, u otros).

78. **Es completamente arbitrario e injusto que los locatarios, que sólo negocian y conocen con claridad la renta de arrendamiento, se vean en el curso del contrato obligados a pagar otros montos que se embolsa el Operador mall, sin su conocimiento ni consentimiento.** El caso más evidente es el de la reventa de energía, pero el operador de mall tiene ilimitadas formas de obtener beneficios ocultos, a través

de los servicios que obliga a contratar a los locatarios, con los proveedores que él designa y a los precios que él negocia.

79. Este tema no se resuelve con una mayor transparencia, como la ordenada por la Resolución del TDLC. Al contrario, para cortar este abuso de raíz **se hace necesario derechamente prohibir a los Operadores de malls obtener beneficios o utilidades, de cualquier tipo, en relación a pagos que deban efectuar los locatarios.**

80. **El único beneficio o utilidad posible para el operador de mall, en una relación honesta entre arrendatario y arrendador, es el pago de la renta de arrendamiento.** Por el contrario, si no se prohíben estas otras rentas de arrendamiento “*fantasmas*”, el mall tiene ilimitadas formas de beneficiarse a costa de los locatarios, lo que repercute en que éstos deben pagar precios artificialmente abultados por los servicios que están obligados a contratar.

81. En razón de lo expuesto, solicitamos respetuosamente a la Excma. Corte Suprema que ponga fin a estos abusos, con un par de medidas que, en realidad, son sumamente básicas y razonables:

- No podrán los Operadores de malls recibir beneficios o utilidades por parte de los locatarios por conceptos distintos a la renta de arrendamiento, y sea por venta de energía eléctrica, o por cualquier otro concepto.
- No podrán los Operadores de malls obtener ninguna comisión, margen o beneficio particular (él o sus empresas relacionadas) por parte de terceros proveedores, en razón de los pagos que deban realizar los locatarios a dichos proveedores en razón del contrato de arrendamiento.

V. CONCLUSIONES

82. Si bien la Resolución avanzó enormemente en corregir algunas de las conductas anticompetitivas de los malls en perjuicio de sus locatarios, no abordó - o lo hizo de manera insuficiente - algunas materias sumamente importantes para la competencia en el

mercado. Lo anterior, en la mayoría de los casos, en contra de lo recomendado expresamente por la FNE.

83. Según lo expuesto en esta presentación, y en atención a los riesgos para la libre competencia que el mismo TDLC y la FNE han identificado, solicitamos que la Excma. Corte Suprema modifique la Resolución en los siguientes términos:

- i. Respecto a la medida contenida en la letra “H” de la Resolución, **debiese eliminarse la posibilidad de que los operadores de malls puedan cobrar una “indemnización” por el término anticipado del arriendo por parte del locatario.**

En subsidio de lo anterior, solicitamos que considere, a lo menos, eliminar dicha indemnización en aquellos casos en que el locatario haya sufrido pérdidas en los 2 meses anteriores al envío del aviso de término.

- ii. Respecto a la medida contenida en la letra “E” de la Resolución, debiese **excluirse completamente las ventas online para efectos del cálculo de la renta de arrendamiento.**

En subsidio de lo anterior, para el improbable evento que la Excma. Corte Suprema estimara que sí corresponde que las ventas online deban considerarse para el cálculo del componente de valor proporcional de la renta de arrendamiento (lo cual creemos es un error), dicha consideración debiese ser muchísimo menor en el caso de las ventas online que en las ventas presenciales, y en ningún caso, superior a la mitad.

- iii. Respecto de las utilidades ocultas que reciben los Operadores de malls de parte de los locatarios por reventa de energía eléctrica y otros servicios, solicitamos que la Excma. Corte Suprema ordene las siguientes medidas:

- **Se prohíba a los Operadores de malls recibir beneficios o utilidades por parte de sus arrendatarios por conceptos distintos a la renta de**

arrendamiento, ya sea por venta de energía eléctrica, o por cualquier otro concepto.

- **Se prohíba a los Operadores de malls obtener ninguna comisión, margen o beneficio particular (él o sus empresas relacionadas) por parte de terceros proveedores**, en razón de los pagos que tengan que realizar sus arrendatarios a dichos proveedores.

iv. Respecto de todo el resto de las medidas contempladas en la Resolución, esta parte solicita que se mantengan, y por tanto que se confirme la Resolución en todo lo que no contradiga lo expuesto en esta presentación, salvo que se adopte una modificación que vaya en mayor beneficio de los arrendatarios.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SOLICITAMOS: Tener por interpuesto el recurso de reclamación de la Asociación Chilena de Gastronomía A.G. en contra de la Resolución N° 80/2024 de este H. Tribunal, dictada con fecha 8 de febrero de 2024, notificada a esta parte con fecha 9 de febrero de 2024, declararlo admisible, darle tramitación, y en definitiva, elevarlo a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo de dicho recurso, deje parcialmente sin efecto las medidas impuestas en la parte resolutive de la Resolución N° 80/2024, y en su lugar modifique las mismas y disponga las medidas señaladas en el capítulo “V. Conclusiones” de esta presentación, o aquellas que la Excma. Corte Suprema estime como suficientes para evitar los riesgos de libre competencia identificados en el presente recurso.

OTROSÍ: SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA tener presente que el patrocinio y poder de don Santiago Ried Undurraga para representar a la Asociación Chilena de Gastronomía A.G. consta a folio 106 de estos autos, y este H. Tribunal lo tuvo presente a folio 196; y el poder de doña Fernanda Streeter Walker, consta a folio 570 del expediente, y este H. Tribunal lo tuvo presente a folio 572.

SANTIAGO
RIED
UNDURRAGA
Firmado digitalmente
por SANTIAGO RIED
UNDURRAGA
Fecha: 2024.02.21
21:27:12 -03'00'

FERNANDA
STREETER
WALKER
Firmado digitalmente
por FERNANDA
STREETER WALKER
Fecha: 2024.02.21
21:33:52 -03'00'