

## INTERPONE RECURSO DE RECLAMACIÓN.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

José Miguel Gana E. y Rubén Urrutia P., abogados, en representación de **Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (“AG del Retail”)**, en estos autos no contenciosos 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 Nº 478/2020, cuaderno principal, a este H. Tribunal con respeto decimos:

Dentro de plazo legal y conforme lo dispuesto por el artículo 31, en relación al artículo 27, ambos del Decreto Ley 211, venimos en interponer **Recurso de Reclamación contra la Resolución de Término N°80/2024**, dictada con fecha 8 de febrero de 2024, (“Resolución de Término”), notificada por cédula a esta parte con fecha 13 de febrero del mismo año, solicitando a este H. Tribunal de Defensa de la Libre competencia (en adelante indistintamente “H. Tribunal” o “TDLC”) **tener por interpuesto** el presente recurso y **concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto de que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, y en definitiva, modifique la resolución recurrida en los términos que se indican en este escrito, o en la forma que la Excma. Corte lo estime pertinente.**

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

#### 1. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA PRESENTADA POR LA AG DEL RETAIL

La Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (“AG del Retail”), en representación de los intereses comunes de sus asociados, presentó ante el H. Tribunal una solicitud de Consulta, a efectos que éste conociera de:

- (i) Los contratos de arrendamiento vigentes, que determinan la relación comercial entre los locatarios y los Operadores de los principales Centros Comerciales en Chile, fundamentalmente las Normas Generales que cada Operador impone a todos sus locatarios;
- (ii) Los hechos y actos específicamente señalados en la Consulta en relación con los contratos anteriormente referidos; y
- (iii) La integración vertical existente en el mercado relevante, como hecho jurídicamente relevante y que puede provocar efectos y/o riesgos anticompetitivos.

La Consulta señala, entre otras circunstancias:

- **Los Operadores de los principales Centros Comerciales detentan una posición dominante en los mercados relevantes** y que, a su vez, éstos serían esenciales para el negocio de los Locatarios, estos son los comercios que arriendan sus salas de venta. En particular, se indica que esto se manifestaría en un alto poder de negociación para la celebración de contratos de arrendamiento, lo que se implementa por contratos de adhesión, y se manifestaría en cláusulas que afectarían la posición contractual y la operación comercial del locatario.
- Por otro lado, la Consulta indica que **no existiría transparencia en los criterios que determinan las rentas de arrendamiento y otros cobros, como los gastos comunes y fondos de promoción**. Específicamente, la Consulta sugiere que los mecanismos para definir estos cobros debiesen ser como mínimo: objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios.
- Adicionalmente, se señala que **la estructura tarifaria sería fundamentalmente fija**, permanentemente incremental y que en muchos casos sería mayor al crecimiento de las ventas de los locatarios, generando **potencialmente efectos anticompetitivos por la vía de la extracción de márgenes o estrangulamiento de márgenes**. Más aún, los Operadores exigen diariamente el envío de la información de ventas y otros datos comerciales sensibles y estratégicos de los locatarios, aun cuando en la gran mayoría la renta no tiene un componente variable, lo que les confiere una ventaja competitiva y de negociación con los Locatarios.
- También se indica que **existen ciertas cláusulas que permiten a un Operador a poner término a todos los contratos de arrendamiento vigentes** si el respectivo Locatario incurre en una causal de término en cualquiera de los contratos que mantiene con éste.
- La Consulta también plantea que todas las conductas ejecutadas por los Operadores se ven resguardadas por restricciones en los contratos que implican duraciones de 4-5 años (renovables) y que sólo pueden ser terminados anticipadamente por el arrendador, **sin que existan las necesarias cláusulas de salida por los Locatarios**.
- Por último, la Consulta señala que **los principales Operadores están integrados verticalmente con marcas de retail** que compiten en diversas categorías con sus Locatarios aguas abajo, entre ellos los afiliados a nuestra representada, lo cual podría generar eventuales efectos anticompetitivos.

Éstos y otros aspectos se sometieron a la consideración del H. Tribunal para que éste determinase si todos o algunos de estos hechos, actos o contratos provocan efectos anticompetitivos o hay riesgos de que se produzcan dichos efectos y, en su caso, establecer las medidas o condiciones que el H. Tribunal estime conducentes para que éstos se ajusten a las normas de libre competencia.

2. **LA RESOLUCIÓN DE TÉRMINO CORRECTAMENTE IDENTIFICÓ LOS RIESGOS QUE PARA LA LIBRE COMPETENCIA EMANAN DE LA RELACIÓN COMERCIAL ENTRE LOS OPERADORES Y LOCATARIOS, Y DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL QUE EXISTE EN EL MERCADO RELEVANTE.**

Lo primero que estimamos pertinente destacar es que la Resolución de Término identificó aquello que señalaba la Consulta y que la Excma. Corte Suprema avizoró al revisar este asunto y declarar admisible este proceso no contencioso.

- En primer lugar, el TDLC comprobó que la relación comercial existente entre los Operadores de los Principales Centros Comerciales y los Locatarios (comercios menores, distintos de las tiendas anclas) que le arriendan sus salas de ventas, se estructura principalmente a partir de las denominadas Normas Generales, fijadas unilateralmente por los Operadores, siendo el resultado de un limitado o inexistente poder de negociación de los locatarios, lo que se plasma en cláusulas abusivas o, al menos, potencialmente abusivas para los arrendatarios, quienes carecen de sustitutos para la venta de sus productos, identificándose riesgos para la competencia.

La relevancia de esto es que, como dice la FNE, no estamos frente a simples cláusulas contractuales complejas, sino que frente a *“políticas contractuales extendidas en el mercado de arriendo de locales comerciales en malls”*.<sup>1</sup>

Son estas **políticas contractuales**, insertadas en las Normas Generales y a partir de ellos en los contratos de arrendamiento de los locatarios, el instrumento anticompetitivo de los Operadores, el que está siendo parcialmente matizado a partir de la Resolución del TDLC.

A modo de ejemplo, podemos mencionar los **siguientes párrafos de la Resolución de Término en que el TDLC reconoció la existencia de estos riesgos**:

- *“67. Por lo anterior, y en especial porque la Consulta se refiere exclusivamente a la relación contractual mall-comercios, procederemos con el análisis de contratos y conductas en el entendido de que un porcentaje relevante de comercios, independientemente que no se puedan tipificar o categorizar en base a los antecedentes que se dispone, puede quedar expuestos a condiciones abusivas por no contar con alternativas para canalizar sus productos. Se trata así de una aproximación conservadora, pues, más allá que cada centro*

---

<sup>1</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 41.

comercial puede enfrentar distintos grados de competencia, **permite abordar el potencial de abuso que ellos pueden ejercer sobre un subconjunto de comercios**. Por el contrario, una definición de mercado relevante según isócronas, regiones o zonas, podría llevar a concluir que las mismas cláusulas contractuales podrían o no ser contrarias a la libre competencia, sin perjuicio que siempre pudieran ser gravosas para algunos comercios.”<sup>2</sup>

- 104. *Por su parte, aun cuando los operadores integrados verticalmente han negado que sus relacionadas accedan a la información de los locatarios eventualmente competidores, este Tribunal estima que tal declaración no es un antecedente suficiente que mitigue los riesgos derivados de la integración vertical, por lo que se establecerán las siguientes medidas respecto de los operadores: ...”<sup>3</sup>*
- 154. *Si algunos de esos gastos no se determinan precisamente al firmar el contrato de arriendo, debe existir claridad en cómo serán determinados y la forma en que se distribuirán entre comercios, lo que conlleva el requisito de que existan instancias de reclamación ex post respecto de los montos totales y si la distribución específica no corresponde a lo señalado en el contrato.”<sup>4</sup>*
- “166. 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.”<sup>5</sup>
- “173. Este Tribunal reconoce que abordar el incumplimiento contractual como si se tratase de un solo negocio entre operador y locatario, soslayando la existencia de contratos individuales por mall, puede ser útil como garantía e incluso puede facilitar la entrada de un comercio a varios malls. Sin embargo, también considera que existe el riesgo de que pudiera permitir abusar de ciertos comercios. Sin perjuicio que tal riesgo parece acotado, particularmente en virtud de la prohibición de empaquetamiento y de límites a la duración de los contratos que se establece infra, como lo señala la Fiscalía, existen medios menos gravosos que pueden utilizarse como garantía para aminorar los riesgos de los contratos para el operador. Por ello, este Tribunal prohibirá las cláusulas de incumplimiento cruzado.”<sup>6</sup>
- En segundo lugar, el TDLC identificó los riesgos anticompetitivos derivados de la integración vertical que existe entre los Operadores y comercios que compiten con los locatarios no integrados, encontrándose los asociados de nuestra representada dentro de estos últimos.

Por ejemplo, en el Párrafo 192 el TDLC concluyó que: “Este Tribunal analizó las cláusulas materia de la Consulta **bajo la perspectiva que existe al menos potencialmente, para cada centro comercial tipo mall, un grupo de comercios que podrían quedar expuestos a condiciones abusivas**. Asimismo, **abordó el principal riesgo identificado por la Fiscalía Nacional Económica relativo al entrecruzamiento de propiedad y concluyó que pese a que éste no permanece y a que no existen**

<sup>2</sup> Resolución recurrida, páginas 68 y 69. Énfasis agregado.

<sup>3</sup> Resolución recurrida, páginas 80 y 81.

<sup>4</sup> Resolución recurrida, página 96.

<sup>5</sup> Resolución recurrida, página 100.

<sup>6</sup> Resolución recurrida, página 102.

*antecedentes de que operadores integrados entreguen condiciones relativamente desfavorables para los comercios no vinculados, el potencial riesgo futuro requiere tomar ciertos resguardos conductuales sobre relaciones patrimoniales y en particular, sobre aquellas de carácter vertical entre operadores de centros comerciales y tiendas que pudieran competir con comercios independientes.”<sup>7</sup>*

Los riesgos identificados por la Resolución de Término van en línea con aquello que ya avizoraba la Excma. Corte Suprema al declarar admisible la presente Consulta, ya que señaló, por ejemplo:

*“Undécimo: Que, a modo de síntesis, ejercer la potestad consultiva en el presente caso implica necesariamente el análisis de las cláusulas de los contratos referidos por la actora, de modo de examinar la forma en que, en la práctica, ellas estructuran el mercado, si consideran los intereses de todas las partes involucradas y, en fin, si su contenido y aplicación es susceptible de facilitar eventuales conductas anticompetitivas en este mercado específico para, finalmente y de ser procedente, adoptar medidas generales tendientes a evitar que tal riesgo se materialice, las cuales, si bien no podrán referirse a modificaciones específicas, podrán imponer ciertos lineamientos generales que deban respetarse en todo instrumento.”<sup>8</sup>*

*“Duodécimo: Que la necesidad de tal análisis general se torna aún más patente respecto del tercer punto consultado, esto es, los potenciales riesgos anticompetitivos que puede tener la integración vertical que se denuncia entre los operadores de los centros comerciales y marcas del retail que, a su vez, serían arrendatarios en los mismos establecimientos, haciéndose necesario analizar los efectos que ello produce, a la luz del resto de las cláusulas de los contratos que los unen, las cuales conferirían a los arrendadores ciertas prerrogativas de control y de acceso a la información que podrían facilitar actuaciones en perjuicio de los locatarios, afectando así la libre competencia.”<sup>9</sup>*

Incluso, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), en su escrito de aporta antecedentes de folio 141, también identificó correctamente los referidos riesgos para la competencia derivados de la relación comercial entre Operadores y Locatarios y la Integración vertical ya comentada, recomendando una serie de medidas para mitigarlos, muchas de las cuales fueron consideradas en la Resolución de Término. Por ejemplo, señaló lo siguiente:

*“186. Respecto a las relaciones comerciales entre los principales Operadores y Locatarios, cabe indicar que ésta se regula a partir de contratos de arrendamiento y las Normas Generales establecidas por los Operadores para el funcionamiento de sus centros comerciales. A partir de la revisión de la relación entre Operadores y Locatarios, la Fiscalía pudo identificar ciertas cláusulas que podrían generar riesgos a la libre competencia, por tratarse de cláusulas potencialmente abusivas.”<sup>10</sup>*

*“188. 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.*

<sup>7</sup> Resolución recurrida, página 108. Énfasis agregado.

<sup>8</sup> Resolución dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 10 de mayo de 2021 en autos Rol N138.221-2020. Énfasis agregado.

<sup>9</sup> Idem. Énfasis agregado.

<sup>10</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 64. Énfasis agregado.

ii. Las cláusulas que habilitan a ciertos Operadores a dar término anticipado a todos los contratos de arriendo con un Locatario, en diferentes centros comerciales, por el incumplimiento de un solo contrato, las que darían cuenta de los desequilibrios existentes en el poder de negociación entre Locatarios y Operadores. Esta Fiscalía considera apropiado eliminarlas, considerando su desproporcionalidad como sanción ante el incumplimiento de un contrato particular.

(...)

vi. En cuanto a las cláusulas que permitirían a los Operadores acceder a la información de ventas de los Locatarios para efectos del cobro de la renta variable, dados los riesgos que surgen del traspaso información comercial sensible, especialmente en relación a los Operadores integrados verticalmente, se recomienda que este traspaso se limite al reporte de las ventas agregadas mensuales de los Locatarios, sin referencias al stock disponible, unidades de venta, ventas diarias, ni otras variables, con facultades limitadas para su fiscalización (restringiéndose, por ejemplo, a las boletas de liquidaciones de IVA) y sin que exista un acceso a los registros, reportes e informes internos de los Locatarios.<sup>11</sup>

A partir de esta realidad y de estos riesgos, la Resolución de Término adoptó una serie de medidas o condiciones – aunque en algunos casos carentes de la necesaria y mínima precisión – con el objeto de tutelar la sana competencia en el mercado relevante en el cual se desenvuelve esta relación comercial.

Sin perjuicio de valorar que se hayan adoptado resguardos para que la relación entre malls y locatarios se desarrolle de manera más consistente con la libre competencia, es fundamental que se conozca y acoja el presente recurso, ya que la resolución recurrida incurre en ciertas faltas y yerros que deberán ser enmendadas por la Excmo. Corte Suprema, con el objeto de que la Resolución de Término sea idónea y suficiente para tutelar la libre competencia en relación a los hechos, actos y convenciones consultadas.

Tal como se desarrollará en este escrito, principalmente se busca que el Máximo Tribunal (i) adopte medidas en relación con la estructura tarifaria del arrendamiento fijada por los Operadores y en relación con las diferencias de los horarios de funcionamiento entre los retailers y las grandes tiendas, (ii) precise determinadas Condiciones fijadas por la Resolución de Término, para que, en la práctica, sean idóneas para permitir la sana y libre competencia, y (iii) elimine una Condición que se indica.

## II. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

Mediante Resolución de Término N°80/2024 de fecha 8 de febrero de 2024, el H. TDLC concluyó el proceso de consulta iniciado por la AG del Retail Comercial, identificando diferentes riesgos para la libre competencia en la relación comercial entre los operadores y locatarios.

Estos riesgos derivan tanto de la integración vertical que existe entre los operadores de los centros comerciales con algunos locatarios, como de las cláusulas generales contenidas

---

<sup>11</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, páginas 64 y 65. Énfasis agregado

en las “Normas Generales” y la aplicación que los operadores han dado a éstas en la ejecución de los contratos de arrendamiento, a raíz del poder de negociación que tienen en relación con los locatarios y de la ausencia real de sustitutos para la actividad de estos últimos.

Sin perjuicio de lo anterior, la Resolución de Término incurre en determinados yerros que impedirán que efectivamente los actos y contratos consultados se ajusten debidamente a la libre competencia, como exige el artículo 18 N°2 del DL 211.

En lo que interesa a este recurso de reclamación, el TDLC estableció lo siguiente:

- Por una parte:

*“194. En relación con las cláusulas y conductas controvertidas que se refieren a la estructura de pagos de arriendo, reajustes periódicos del componente fijo, criterios objetivos que determinan las diferencias de renta, cobro adicional en el mes de diciembre, sanciones por reducciones significativas de las ventas, diferencias de horarios de funcionamiento entre tipos de comercios, forma específica constatada de intervención a precios finales a consumidores respecto de outlets y obligación de realizar remodelaciones, este Tribunal no halló que, en la forma en que se aplican, infrinjan el D.L. N° 211 o representen un riesgo para la libre competencia, sin perjuicio que, cabe remarcar, las condiciones no pueden ser aplicadas en forma discriminatoria y el centro comercial debe entregar información y generar instancias de reclamo.”<sup>12</sup>*

- Además, resolvió lo siguiente:

**“SE RESUELVE:**

*Declarar que los hechos y prácticas objeto de la consulta se ajustan al Decreto Ley N° 211 bajo la condición de que los centros comerciales de amplio alcance tipo mall cumplan con las siguientes medidas:*

- A. Deberán abstenerse de exigir más información que aquella estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual, la que sólo podrá ser utilizada para los efectos de administrar el centro comercial en el que arriendan los respectivos locatarios y que debe estar sujeta a estricta confidencialidad de modo de no arriesgar el traspaso de ésta a competidores;*
- B. Sin perjuicio de la medida anterior, los operadores podrán solicitar a los locatarios la entrega de información o de registros contables con mayor desagregación y especificidad, siempre y cuando ésta sea destinada a evaluar políticas de promoción del centro comercial o estrategias de largo plazo. En tal caso, ello deberá implementarse por medio de acuerdos específicos y limitados en el tiempo;*
- C. No podrán entregar información comercialmente sensible de las tiendas a sus relacionadas o a terceros. Para estos efectos, se considerará información comercialmente sensible o reservada toda aquella que reciban los operadores de parte de sus locatarios que, de ser conocida por otro comercio competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado. Constituye así información comercialmente sensible, entre otras, aquella relativa a ingresos del respectivo comercio, volúmenes o niveles de venta, tarifas de arriendo aplicables, inversiones en los locales, ocupación y comportamiento de consumo de clientes;*

---

<sup>12</sup> Resolución recurrida, página 108.

D. *Sin perjuicio de las reglas y procedimientos que se adopten para dar cumplimiento a lo anterior, deberán implementar las siguientes acciones:*

- (i) *Establecer un nexo entre la anterior prohibición (literal C.) con las obligaciones de trabajadores y personal que labore para o asesore al operador, sea mediante los respectivos instrumentos que se implementen, sea a través de los contratos, acuerdos o reglamentos internos que lo vinculen.*
- (ii) *Aplicar las reglas o procedimientos que se adopten a todos los estamentos, incluyendo directores, gerentes, ejecutivos, encargados de área, personas que ocupen cargos con responsabilidad de supervisión, asesores y personas que actúen a nombre del operador, sea que se vinculen por un contrato de trabajo, a honorarios o mediando otro tipo de relación.*
- (iii) *Establecer medidas específicas para prevenir incurrir en la prohibición de interlocking del artículo 3º letra d) del Decreto Ley N° 211 y dar cumplimiento oportuno a la obligación de reporte del artículo 4º bis del mismo decreto ley en el caso de participaciones minoritarias que ocurran por cambio de propiedad.*
- (iv) *Establecer mecanismos de consulta con la gerencia legal, abogados internos o externos para prever riesgos de intercambio de información comercialmente sensible, como también de denuncia interna, para dar cuenta y proceder a la investigación de algún incumplimiento.*

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

F. *En relación con otros cobros aplicables a los locatarios, como gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y servicios públicos, ellos deben estar claramente definidos y distribuidos entre comercios según variables conocidas y sujetos a rendición periódica a los locatarios;*

G. *Para los casos descritos en los literales A., B., E. y F., deberán definir un mecanismo de solución de controversias que garantice la rapidez y ecuanimidad de las soluciones, y generar instancias de información y reclamación, sin que ellas signifiquen la injerencia de los locatarios en las decisiones estratégicas del centro comercial;*

H. *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;*

I. *No podrán imponer cláusulas que faculten al operador poner fin a dos o más contratos en caso de que el locatario incurra en una causal de término o incumplimiento contractual de alguno de ellos;*

J. *No podrán condicionar el arriendo de un local comercial en un determinado mall a la obligación de renovación o arriendo en otro centro comercial; y,*

K. *Mantener, modificar o elaborar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que comprenda las condiciones y exigencias antes establecidas, y que satisfaga en lo pertinente los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) de la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012.”<sup>13</sup>*

A continuación, revisaremos los yerros incurridos en la Resolución de Término que motivan este recurso de reclamación.

---

<sup>13</sup> Resolución recurrida, páginas 109 a 111.

### **III. FALTAS Y VICIOS DE LA RESOLUCIÓN DE TÉRMINO**

A continuación, revisaremos cada una de las faltas y vicios incurridos por la resolución de término recurrida y que determinan que el presente recuso de reclamación deba ser acogido en los términos planteados.

- 1. PRIMERA FALTA Y VICIO: MANTUVO LA ESTRUCTURA TARIFARIA DEL ARRENDAMIENTO DE SALAS DE VENTA IMPUESTA POR LOS OPERADORES QUE CARECE DE RAZONABILIDAD ECONÓMICA Y QUE PONE DE CARGO EXCLUSIVO DE LOS LOCATARIOS EL RIESGO DEL FUNCIONAMIENTO DEL MALL Y QUE EXTRAE SUS MÁRGENES, CONSTITUYENDO UN RIESGO PARA LA LIBRE COMPETENCIA**

La primera falta y vicio de la Resolución de Término consiste en que mantuvo, sin fijar condición alguna, la estructura tarifaria del arrendamiento de salas de venta impuesta por los Operadores en sus Normas Generales, que carece de razonabilidad económica y que pone de cargo exclusivo de los locatarios el riesgo del funcionamiento del mall y que extrae sus márgenes, constituyendo un riesgo para la libre competencia.

Porque bajo la fachada de una tarifa en dos partes, los Operadores se han asegurado un ingreso fijo lo suficientemente elevado que permite asegurar el retorno de la inversión inmobiliaria, en base al cobro del componente fijo de la tarifa, el que a partir de reajustes desmedidos y el aumento en el mes de diciembre, permite extraer los márgenes de los Locatarios, haciendo prácticamente imposible que la tarifa se pague en razón de las ventas del arrendatario. Ello, también ha determinado el desincentivo de los Operadores por traer más consumidores al respectivo centro comercial.

A Continuación, revisaremos, por separado, los yerros de la Resolución de Término y los riesgos para la competencia que representanta tanto la estructura tarifaria y sus desmedidos reajustes, como el aumento de renta del mes de diciembre de cada año, lo que determinará la necesidad de que la E. Corte acoja este recurso y adopte la Condición o Medida necesaria para que esta estructura tarifaria se ajuste a una sana competencia.

- 1.1 La estructura de pagos de arriendo junto con los reajustes periódicos del componente fijo constituyen un riesgo anticompetitivo respecto del cual la resolución recurrida no impuso condición alguna.**

En la Consulta presentada por la Asociación Gremial de Retail, se solicitó la revisión de la estructura de la tarifa de arrendamiento, que imponen los Operadores a los Locatarios y que se consagran en las Normas Generales de Arrendamiento, y se configura sobre la base de (i) un valor mínimo mensual reajustable y (ii) un valor porcentual mensual.

El Valor Mínimo Mensual (“VMM”), consiste en un monto fijo de dinero, que se va reajustando por sobre la UF, según porcentajes definidos contractualmente, y el Valor Porcentual Variable (“VPM”), corresponde a un porcentaje de todos los ingresos netos mensuales por ventas y servicios obtenidos por el arrendatario en la explotación del local o sala de ventas arrendado.

Los centros comerciales cobran mensualmente por arriendo al locatario la suma mayor que resulte entre el valor mínimo mensual y el valor porcentual mensual.

- Sobre este asunto, por una parte, la Resolución de Término decidió mantener esta estructura tarifaria, entendiendo que se ajusta a libre competencia, ya que se señala en Párrafo 87 que “87. Los antecedentes allegados, y particularmente la experiencia y la literatura internacional, sugieren que considerar tanto un elemento fijo como variable en la renta de arrendamiento no puede considerarse anticompetitivo (véase, Wheaton W. Percentage Rent in Retail Leasing: The alignment of Landlord-tenant interests. Real Estate Economics, 2000, v. 28, pp. 185-204). Tampoco puede descartarse que la combinación de ambos componentes permita una distribución de riesgos adecuada y consistente con alinear incentivos a la realización de esfuerzos para atraer clientes, tanto por parte del mall como de los comercios individuales.”<sup>14</sup>

Al respecto, es claro que, en abstracto, una renta que se fije mediante un elemento fijo y uno variable podría no ser anticompetitiva, pero esto no es el punto central en este caso, ya que lo relevante es que en la forma en que los Operadores la definieron en las Normas Generales y en los contratos de arrendamiento en particular, determina que ésta carece de razonabilidad económica y que pone de cargo exclusivo de los locatarios el riesgo del funcionamiento del mall y que extrae sus márgenes, y desincentiva al Operador por atraer clientes al respectivo mall, lo que constituye un riesgo para la libre competencia que debió ser remediado.

Primero, conforme definieron unilateralmente los Operadores, **no es efectivo que estemos ante una tarifa en que se cobre una parte fija y una variable, sino que siempre se cobrará o una u otra**, lo que dependerá de si el respectivo Locatario supera o no un umbral de ventas en el respectivo mes. Es decir, no existe una tarifa en dos partes como menciona la resolución en el citado párrafo.

Así lo identificó el Informe económico realizado por FK Economics, que rola a folio 511, en el que establece “*Tal como muestra Wheaton (2000), la fijación del cobro fijo permite a los malls reducir el riesgo financiero de los CC, traspasándolo a los locatarios. El cobro variable permitiría, por otro lado, que el cobro mensual se ajuste al rendimiento comercial de las tiendas. Sin embargo, en*

---

<sup>14</sup> Resolución recurrida, página 74. Énfasis agregado.

*este caso, no existe un cobro fijo y variable simultáneamente, sino que sólo aplica uno de los dos, dependiendo de si las ventas del locatario superan o no un determinado umbral previamente definido en el contrato. En ese sentido, no debe confundirse esta estructura tarifaria con la de una “tarifa en dos partes”, ya que ésta involucraría el pago de tanto un valor fijo como de un valor variable, y en el esquema ofrecido por los CC el cobro es fijo o variable, no ambos.”<sup>15</sup>*

Esta estructura tarifaria representa un riesgo para la competencia desde que **los Operadores comenzaron a fijar el componente fijo en una suma muy elevada, y que se reajusta periódicamente por sobre el IPC y sin considerar los resultados del Locatario**, lo que determina que éstos pagan dicha variable prácticamente en la totalidad de los casos, trasladándoles el riesgo de la operación del mall y desincentiva el interés de los Operadores a atraer más público a los centros comerciales, ya que tienen un ingreso fijo suficiente, con independencia de los resultados de sus comercios.

Particularmente, esta estrategia de los Operadores determina que en más del 80% de los casos se cobra la tarifa fija, y prácticamente nunca se cobra la parte variable.

Esto es reconocido por los propios Operadores y lo destacan firmemente a sus inversionistas.

Por ejemplo, Mall Plaza reconoce en su Memoria del año 2019: que “*(...) la política comercial de Plaza S.A. está enfocada en cobros mayoritariamente fijos no asociados a las ventas de sus arrendatarios, por lo que los ingresos de Plaza S.A. son menos sensibles al ciclo económico de los ingresos obtenidos por los locales comerciales generados en razón de sus ventas.*”<sup>16</sup>

Además, se indica en el Informe de clasificación de Feller Rate de dicho Operador elaborado para éste en septiembre de 2019, que “*En línea con la industria, se ha registrado a lo largo del periodo evaluado que los ingresos consolidados de Plaza se encuentran concentrados en un 88% en ingresos por arriendo y estos son un 94% fijos. El porcentaje restante, corresponde al arriendo variable que en el caso de los centros comerciales se encuentra asociado a los volúmenes de venta de los locatarios.*”<sup>17</sup>

Mientras que el Informe de Feller Rate de Parque Arauco, señala:

*“Las operaciones de los centros comerciales están influenciadas por las variaciones de la economía. En ciclos económicos adversos, la industria puede verse potencialmente afectada por mayores tasas de desocupación, alzas en la morosidad de contratos y bajas en las tarifas pactadas con locatarios. Por lo anterior, y como una medida de protección y estabilización de los flujos, las compañías suelen asignar un fuerte componente fijo dentro de sus contratos.*

<sup>15</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 23.

<sup>16</sup> Memoria Anual de Mall Plaza del año 2019, acompañada a folio 11, página 82. Énfasis agregado.

<sup>17</sup> Informe de clasificación de Feller Rate elaborado para Mall Plaza en septiembre de 2019, acompañado a folio 11, página 4. Énfasis agregado

*En el caso de Parque Arauco, la empresa se caracteriza por la estabilidad de sus resultados operacionales, con un componente fijo que ha representado, históricamente, cerca del 88% de los ingresos por arriendo. Ello, le ha permitido mantener un indicador de same store rent (SSR) positivo en los últimos trimestres, aun cuando el índice consolidado de same store sales (SSS) de los locatarios ha registrado niveles deficitarios en Chile en los últimos 6 trimestres.”<sup>18</sup>*

Además, la renta fija es permanentemente incremental, más allá del reajuste según el IPC, con total prescindencia de los resultados operacionales de los locatarios, en términos tales que la tasa de crecimiento de la renta fija es, en muchos casos, sustancialmente mayor que la tasa de crecimiento de los ingresos de los Locatarios.

Incluso, en el mes de diciembre, los Operadores aumentan hasta el doble el componente fijo, asegurándose un incremento determinado en su ingreso fijo y extrayendo el margen que pudieron obtener los Locatarios durante dicho mes, el que normalmente resulta positivo a partir de las ventas de navidad y fin de año.

Esta aplicación abusiva de la estructura tarifaria, en que el riesgo es trasladado en su totalidad a los Locatarios fue constatada por el ya referido Informe de FK Economics, mediante el cual se afirmó que en los hechos, **los locatarios pagan una tarifa fija el 91% del tiempo**:

*“En esta línea, se investigó cuántos meses en promedio pagan los locatarios cada tipo de renta (fija o variable). Los datos sugieren que los locatarios de la AG pagan prácticamente todo el tiempo renta fija. En particular, los asociados que informaron respecto a este punto mostraron lo siguiente:*

- 19 asociados (57%) paga –en promedio- una tarifa fija los 12 meses del año;
- 11 asociados (33,3%) paga una tarifa fija entre 9 y 11 meses del año; y
- 3 asociados pagan una tarifa fija entre 5 y 9 meses del año.

*De esta manera, en promedio, los asociados pagan 10,9 meses del año tarifa fija y 1,1 meses del año una tarifa variable. Lo anterior es equivalente a que en promedio aproximadamente un 91% del tiempo pagan tarifa fija, mientras que un 9% del tiempo pagan tarifa variable.”<sup>19</sup>*

Esta estructura tarifaria fijada por los Operadores carece de razonabilidad económica y solo pudo ser implementada por los Operadores por su poder de mercado, y que los Locatarios carecen de sustitutos razonables, la que traslada el 100% del riesgo de la operación a los Locatarios, no atiende a los resultados operacionales de éstos últimos, se incrementa periódicamente e incluso desincentiva al Operador para atraer más clientes al respectivo mall.

Sobre esto último, es relevante aquello que señala la Asociación Chilena de Gastronomía A.G. (“Achiga”) en su escrito aporta antecedentes ya que indica **“110. Los Malls pasaron en consecuencia de ser “socios estratégicos” de sus locatarios, con un foco 100% puesto en cómo**

<sup>18</sup> Informe de clasificación de Feller Rate elaborado para Parque Arauco en julio de 2019 acompañado a folio 11, páginas 3 y 4. Énfasis agregado

<sup>19</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 24.

atraer más clientela (ya que los ingresos del mall dependían en buena parte de eso), a la situación actual, muy distinta., en que el Mall pasó a ser un negocio meramente inmobiliario, pero peor. <sup>20</sup>

Lo cierto, es que la actual estructura tarifaria determina que el Operador nunca pierde. Esto, porque si el respectivo porcentaje de las ventas mensuales de un Locatario no supera el Valor Mínimo Mensual de la renta, el Operador siempre recibirá este monto, como ocurre en la mayoría de los casos. En cambio, si el Locatario lo supera, **el Operador recibirá un porcentaje de los ingresos de éste, el que superará incluso a la renta fija**. Además, esta última circunstancia también genera riesgos de extracción de márgenes por parte de los Operadores.

Por último, es relevante señalar que este riesgo anticompetitivo descrito **se ve agravado por la circunstancia de que los Operadores exigen a los Locatarios información específica y desagregada sobre sus ventas**, lo que les permite conocer a lo largo de la relación sus resultados operacionales y con ello su disposición al pago a la hora de, por ejemplo, renegociar los contratos y subir sus rentas de arrendamiento.

- Además, la Resolución de Término tampoco suprimió el reajuste del componente fijo que imponen los Operadores y que determina que el VMM se reajusta cada 12, 18 o 24 meses, en un monto tan alto, que determina que casi no se aplique la VMP.

Estamos hablando de un reajuste que no obedece a ningún criterio objetivo y que los centros comerciales realizan únicamente en base a la capacidad de pago de los locatarios, utilizando la información confidencial de los locatarios a que acceden.

Sobre este asunto, resulta relevante el ya mencionado Informe Económico FK, que analizó el aumento periódico del valor fijo y sus efectos, **concluyendo que un aumento en un valor mayor a los precios del locatario (IPC) implica una menor probabilidad de que la tarifa variable se active, lo que, a su vez, y conforme ya fue señalado, redonda en que, en los hechos, el riesgo sea asumido por el locatario**:

*"Adicionalmente, los CC aumentan periódicamente, por sobre el IPC, el componente fijo, lo que hace más difícil alcanzar la tarifa variable a través del tiempo. Por ejemplo, si una empresa que tiene un cobro fijo \$10.000.000 tiene un componente variable del 5% de las ventas, ésta tendría que vender un total de \$200.000.000 al mes para llegar a la parte variable de la tarifa; sin embargo, si luego de 2 años el CC aumenta el cobro fijo a \$11.000.000 (aumento de 10%, superior a la inflación de 2 años), la tienda tendrá que vender al menos \$220.000.000 para llegar a la parte variable de la tarifa.*

(...)

*Así, un aumento de la tarifa en un valor mayor al aumento de los precios del locatario (representado en este caso por la inflación) implica una menor probabilidad de que el componente*

---

<sup>20</sup> Aporta Antecedentes ACHIGA, presentado a folio 106, página 25. Énfasis agregado

*variable de la tarifa se active, dejando cada vez una mayor parte del riesgo del proyecto en manos del locatario y una menor parte en manos del operador del CC.”<sup>21</sup>*

A este respecto, la Resolución de Término dispone en el Párrafo 93 que “93. Sin perjuicio de lo mutuamente conveniente que puede resultar establecer con antelación un **perfil de cobros en el largo plazo, incluyendo reajustes significativos, ello parece más evidente de realizar en los inicios del funcionamiento del centro comercial. Tratándose de comercios que firman contratos con un mall ya consolidado comercialmente, la justificación previa es menos pertinente.** Ello lo apoya el aporte de antecedentes de Cencosud Shopping, que señaló que, en términos prácticos, este recargo no se aplicaba pues las partes renegocian el contrato sobre la base de las condiciones particulares del mercado al momento de su renovación (aporta de antecedentes Cencosud Shopping S.A., folio 147, p. 26).”<sup>22</sup>

Desconocemos la eficiencia económica que puede estar detrás de esta determinación de mantener incrementos en la renta fija que van sobre el reajuste del IPC, que no se ajusta a la evolución operacional del Locatario, y que, en definitiva, torna excepcional la aplicación del elemento variable, lo que ratifica que el riesgo está siempre de cargo del Locatario.

Sin perjuicio de ello, es relevante aquello que indica el citado párrafo de la Resolución de Término, en cuanto a que la justificación de mantener este reajuste es menos pertinente tratándose de un mall consolidado y que no se encuentra en los inicios de su período de funcionamiento.

Es decir, reconociendo el TDLC la impertinencia de la justificación que esgrimen los Operadores sobre esta materia, y entendiendo el efecto nocivo para los locatarios, no adopta ninguna medida al efecto.

Entendemos que a la luz de lo que expresa el propio TDLC, al menos, debió suprimirse este reajuste en relación con aquellos malls ya consolidados, como son, por ejemplo, aquellos que pertenecen a los principales Operadores de nuestro país, es decir, Cencosud, Plaza, Parque Arauco, VivoCorp, Pasmar y Marina; o aplicarse sólo durante un período limitado de tiempo a partir de la entrada en funcionamiento del respectivo Centro Comercial.

- Por otra parte, a raíz de los referidos riesgos a la competencia que representa la actual estructura tarifaria ya revisada, en la Consulta esta parte propuso que se adoptara la Condición o Medida de que se estableciera una nueva estructura que “*tenga alguna relación con los ingresos, como pudiese ser una estructura tarifaria que sea efectivamente en dos partes, con una parte que consista en (i) una tarifa fija para todos sus Locatarios, sobre la base de criterios*

---

<sup>21</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, páginas 24 y 25.

<sup>22</sup> Resolución recurrida, página 77.

*objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios; y (ii) por sobre la tarifa fija, una tarifa variable que dependa de las ventas anuales de los Locatarios.”<sup>23</sup>*

Lo anterior, porque solo de esta forma estaremos ante una estructura tarifaria económicamente razonable, que distribuya los riesgos del negocio, que neutralice el poder de mercado de los Operadores.

Al respecto, la Resolución de Término señala en el Párrafo 91 que “*91. En conclusión, la estructura de pago objetada no es ni anticompetitiva ni puede considerarse generará pagos mayores que la propuesta de AGR. Sólo se puede concluir que la actual estructura distribuye los riesgos entre el operador y los locatarios de una manera que pudiera ser diferente a la de una estructura alternativa, como la propuesta genéricamente por AGR. Ello no obsta a que otros elementos asociados a la estructura y su nivel requieren un análisis por separado, lo que se realiza en los párrafos que siguen.”<sup>24</sup>*

Sin perjuicio que entendemos que es discutible que la estructura tarifaria propuesta por esta parte pudiere generar mayores pagos que la cuestionada, siguiendo incluso el propio Gráfico N°2 de la Resolución de Término, ya que en la mayoría de los casos se observa que sería inferior, entendemos que lo determinante en este caso no es escoger entre la cuestionada estructura y la propuesta por esta parte, sino que definir una que efectivamente tutele la libre competencia. Bien sabemos que en los procesos de Consulta las propuestas que realiza el Consultante no son vinculantes para el TDLC.

- Por último, la Resolución de Término justifica la mantención de esta estructura tarifaria en atención a que según señala en Párrafo 94 “*(...) (c) lo eventualmente más gravoso de un contrato de esta naturaleza está estrechamente relacionado con la incapacidad de negociación de los comercios y con las restricciones a la salida que, como se desarrolla infra, se atenuarán considerablemente con las medidas que se impondrán en esta resolución, este Tribunal no objetará las cláusulas que impliquen un aumento del valor del arriendo, en la medida que estén claramente establecidas.”<sup>25</sup>*

A nuestro entender, las condiciones establecidas respecto de las demás materias de la Consulta no logran atenuar la incapacidad de negociación de los Locatarios en este punto, pues no existen sustitutos reales a un determinado centro comercial que sube la renta si todos incurren en la misma conducta, y se mantiene la circunstancia de que esta cláusula es un contrato de adhesión para los arrendatarios.

---

<sup>23</sup> Página 76 de la Consulta.

<sup>24</sup> Resolución recurrida, página 76.

<sup>25</sup> Resolución recurrida, página 77.

De hecho, la FNE señaló en su escrito de aporta antecedentes de folio 141 que **si un Locatario decide salir de un mall a partir del rechazo de una cláusula abusiva, será muy difícil que encuentre otro sustituto, ya que son similares las condiciones contractuales que fijan los principales Operadores**:

*"En tal sentido, la salida de un Locatario de uno de estos establecimientos se traduce en que debe buscar la posibilidad entrar en otro mall o algún otro sustituto cercano, de existir. Sin embargo, si el motivo de la salida de un Locatario de un mall es la apreciación de estar sujeto a cláusulas contractuales abusivas, las probabilidades de que encuentre un socio comercial con condiciones sustancialmente distintas son bajas, debido a las similitudes que hay entre las condiciones contractuales entre los principales Operadores, como se verá más adelante en la sección IV.2 del presente Informe."<sup>26</sup>*

De este modo, los locatarios enfrentan a un bloque conformado por los distintos **Operadores**, los que para estos efectos son prácticamente uno solo.

Lamentablemente, el TDLC entendió que las políticas contractuales en materia tarifaria no implican riesgos a la libre competencia, lo que esperamos sea revertido por esta E. Corte Suprema.

## 1.2 Cobro adicional del mes de diciembre

Conforme el esquema tarifario recién explicado y las máximas de la experiencia, lo lógico sería que, al menos, la tarifa variable (VPM) se aplique durante el mes de diciembre, por ser éste el mes en que los centros comerciales realizan más ventas por la navidad. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica.

Lo anterior, pues los Operadores imponen contractualmente a los Locatarios que, en el mes de diciembre de cada año de contrato, el VMM de la renta se aumenta, en la mayoría de los casos, en un 100% en relación con el monto de la renta correspondiente a los otros meses del año.

Es decir, se aplica doble cobro fijo en ese mes, lo que determina que normalmente no se aplica cobro variable y que el mayor excedente es captado por el Operador del centro comercial, manteniendo el riesgo en el Locatario.

De este modo, los centros comerciales se las han arreglado para que ni siquiera en el mes de diciembre aplique la VPM, mes en que de todos modos obtendrían un pago por arriendo mayor a la VMM, pues las ventas sí superarían el alto umbral fijado por el *mall*.

**¿Aquellos se ajusta a la libre competencia?** Entendemos que no, por lo que se solicitó la revisión al TDLC de esta cláusula.

---

<sup>26</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 18, nota al pie 74.

Sin embargo, el TDLC también consideró que esta cláusula no sería contraria a la libre competencia, en base a los argumentos planteados por los Operadores. A saber:

*“122. Este Tribunal considera que, si existe transparencia y claridad sobre los cobros totales anuales, la distribución que se haga de ellos dentro del año no es contraria a la libre competencia. Así, por ejemplo, si la cláusula objetada implica un doble pago en diciembre, puede entenderse que el valor mínimo anual debe pagarse en trece cuotas, dos de las cuales aplican en diciembre. Por su parte, esta distribución de cuotas concuerda con la explicación de que el pago del valor del arriendo facilitaría que la mayoría de los comercios lo adapten a su perfil de ingresos en el año, ya que esa mayoría ve un aumento en sus ventas en diciembre (aporte de antecedentes VivoCorp, folio 122, p.15).”<sup>27</sup>*

A continuación, nos referiremos a las razones que determinan la necesidad de modificar esta decisión:

- En primer lugar, porque no es efectivo el argumento que sirvió de base al TDLC para llegar a su decisión, pues no se trata -como señalan los Operadores- de la distribución de un cobro anual, sino simplemente de la imposición de un cobro doble de la VMM durante el mes de mayor venta del *retail*.

Al respecto, las cláusulas contractuales que imponen esta norma señalan lo siguiente:

- a. Un primer Operador establece en sus Normas Generales que “*En el mes de Diciembre de cada año, tanto para los efectos de cálculo, como para su pago, la renta de arrendamiento correspondiente al valor mínimo mensual reajustable equivaldrá siempre al doble de su valor.*”<sup>28</sup>
- b. Un segundo Operador también señala en sus Normas Generales que “*En el mes de Diciembre de cada año, tanto para los efectos de cálculo, como para su pago, la renta de arrendamiento correspondiente al valor mínimo mensual reajustable equivaldrá siempre al doble de su valor.*”<sup>29</sup>
- c. Un tercer Operador también señala en sus Normas Generales que “*Todos los meses de diciembre de cada año tanto para los efectos de cálculo, como para su pago, la renta de arrendamiento correspondiente al “valor mínimo mensual reajustable” equivaldrá, por el mes de diciembre, siempre al doble de su valor.*”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Resolución recurrida, páginas 86 y 87.

<sup>28</sup> Cláusula 7.9 de las Normas Generales de Arrendamiento para los centros comerciales Mall Plaza, agregados al expediente a folio 294, página 31. Énfasis agregado.

<sup>29</sup> Cláusula 7.9 de las Normas Generales de Arrendamiento para los centros comerciales Centro Comercial Vivo Outlet Maipú, agregados al expediente a folio 294, página 30. Énfasis agregado.

<sup>30</sup> Cláusula 7.9 de las Normas Generales de Arrendamiento, Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A. para el Centro Comercial Marina Arauco Mall, agregados al expediente a folio 294, página 51. Énfasis agregado.

Lo anterior evidencia que los contratos no contemplan 13 cuotas anuales y que la cuota N°13 se aplica durante el mes de diciembre como forma de distribuir el cobro anual y facilitar a los comercios el pago durante el mes de mejores ventas.

Distinta sería la situación si la letra de los contratos hubiera señalado que éstos constan de 13 cuotas anuales, o se refirieran al costo total anual señalando a su respecto cómo se distribuiría durante el año, sin embargo, como se puede apreciar de las cláusulas arriba transcritas, no es lo que ocurre en este caso, en el que se habla de la renta mensual y especialmente de la renta del mes de diciembre.

En este sentido, el Informe en Derecho elaborado por Domingo Valdés, que rola a folio 438, señala que dicha explicación de los Operadores y que adscribió la Resolución de Término no sería clara, pues **la modalidad de la renta está basada en el goce del inmueble:**

*"Se ha dicho que esta duplicación tendría por finalidad beneficiar a los locatarios, toda vez que permite distribuir el canon anual de arriendo de acuerdo con la proporción de los ingresos de los mismos locatarios, aprovechando la mayor liquidez que obtiene el arrendatario en ese mes.*

*La explicación no resulta clara, toda vez que la modalidad de renta en análisis está basada en el goce del inmueble y no existe en los calendarios un décimo tercer mes al cual se extienda semejante goce. Luego, no se observa cuál sería el aludido beneficio para el arrendatario, quedando evidenciada la improcedencia de cobrar renta por un mes de arriendo inexistente."<sup>31</sup>*

Ya vimos que la aplicación del costo fijo durante el 91% del año constituye una política de los centros comerciales, lo que no es distinto para el mes de diciembre, mes durante el cual hay mayores ventas, y por lo mismo debiese aplicarse la tarifa en su componente variable, sin embargo, por políticas de los centros comerciales, ni siquiera en este mes ocurre.

- En segundo lugar, este doble cobro carece también de razonabilidad económica, porque no se relaciona a un supuesto aumento de los costos del operador y a externalidades producto de mayor afluencia de público, como indican los Operadores en este proceso, ya que se demostró que **los propios Operadores han reconocido que la operación de los centros comerciales se financia íntegramente por otros cobros adicionales a la renta que realizan a los locatarios, como son, principalmente los gastos comunes.**

Lo anterior, consta por ejemplo en la Memoria Anual de Mall Plaza de 2019, que señala:

*"Los gastos asociados a la operación de los 'malls' son facturados y recuperados de los arrendatarios, principalmente como concepto de otras obligaciones emanadas del contrato ('gasto común'), siendo un porcentaje menor de éstos asumidos como costo por la Sociedad. "<sup>32</sup>*

<sup>31</sup> Informe en derecho elaborado por Domingo Valdés, agregado al expediente a folio 438, página 20.

<sup>32</sup> Memoria Anual Mall Plaza correspondiente al año 2019, p. 116. Disponible en [https://www.mallplaza.com/files/PUNTO-COM/MP\\_MEMORIA\\_2019\\_%20FINAL.pdf](https://www.mallplaza.com/files/PUNTO-COM/MP_MEMORIA_2019_%20FINAL.pdf). Énfasis agregado.

Lo mismo se puede apreciar en las Normas Generales referidas a los gastos comunes establecidas por los centros comerciales:

*“Nueve. Dos. Serán pagados por los arrendatarios **todos los gastos, por especiales que ellos sean, necesarios para el funcionamiento, administración, conservación, fiscalización y perfeccionamiento del Centro Comercial.** Nueve. Tres. Todos los pagos por estos conceptos deberán ser hechos por los arrendatarios, a más tardar, cinco días antes de los vencimientos de las obligaciones a que se refieren, para evitar que la Declarante se vea obligada a pagarlos con sus propios recursos. El atraso en cualquier pago que los arrendatarios deban efectuar con arreglo a lo señalado en la presente Cláusula Novena tendrá igualas consecuencia a las señaladas en el párrafo siete. Veinte. Nueve. Cuatro. Dentro de los gastos que deberán ser reembolsados por los arrendatarios, se incluyen los siguientes, sin perjuicio de los mencionados en otros párrafos de esta escritura o en el contrato: a/ Mantención, reparación, modificación o sustitución de los equipos y máquinas comunes incluyendo instalación para acceso general a internet; reparación, mantención y mejoras del edificio o Centro Comercial, tales como techumbres, muros, cielos, etc.; b/ Pinturas periódicas de las áreas de circulación y de uso común; c/ Sustitución de los pisos desgastados por el uso; d/ Adquisición o arrendamiento de materiales, herramientas, máquinas y equipos, iluminación, sonorización; conservación, sustitución, modificación y arreglo de aparatos e instalaciones comunes; e/ Colocación de letrero, placas, cuadros, avisos y otros sistemas ópticos o auditivos de indicación para orientar al público en interés de los arrendatarios; f/ Gastos de contratación de terceros y/o funcionarios especializados y empleados comunes para el desempeño de las actividades y tareas que realice la Declarante; g/ Gastos de calefacción, aire acondicionado, ventilación u otros en que se incurriere; h/ Honorarios por administración del Centro Comercial; i/ Cualquier otro que se haga necesario o conveniente al desempeño de las atribuciones inherentes a la administración; j/ Los impuestos especialmente el IVA, que correspondan a cualquiera de los pagos efectuados por la Declarante y que deban ser reembolsados por los arrendatarios, de acuerdo con lo estipulado en este instrumento, en el contrato o en sus documentos anexos”.<sup>33</sup>*

*Capítulo X.- De los Gastos de Administración del Centro Comercial. Diez. Uno. Adicionalmente a la renta de arrendamiento, los arrendatarios estarán obligados al pago de los “Gastos de Administración”, que corresponden a gastos de administración, mantención, reparación, uso, consumo, aseo, seguridad, tributos, contribuciones de bienes raíces, seguros para proteger los activos del Arrendador, obligaciones u otros, que procedan del respectivo Centro Comercial o que directa o indirectamente incidan o puedan incidir en el mismo según lo estimado por la Arrendadora, y según la participación, tipo o incidencia del SUC en el Centro Comercial, señalando por ejemplo, de forma meramente ilustrativa y no taxativa: ... ”<sup>34</sup>*

- En tercer lugar, señala el informe FK que **tampoco sería válida la justificación económica referida a que se trataría de un mes anormal de ventas**, pues la estructura de la renta de arrendamiento, como ya vimos, cuenta con un componente diseñado para tarificar a los locatarios cuando las ventas sean superiores a cierto umbral, consistente precisamente en la aplicación del VPM:

*“Sin embargo, la estructura de la renta de arrendamiento ya tiene un componente especialmente diseñado para tarificar a los locatarios cuando las ventas sean superiores a cierto umbral, que es*

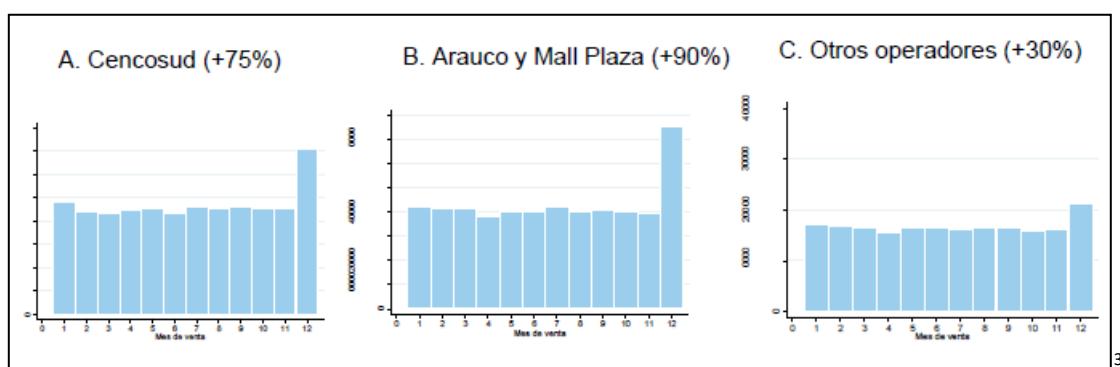
<sup>33</sup> Cláusula 9.2 de las Normas Generales de Arrendamiento, Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A. para el Centro Comercial Marina Arauco Mall, agregados al expediente a folio 294, página 51. Énfasis agregado.

<sup>34</sup> Capítulo X de las Normas Generales de los Centros Comerciales Parque Arauco, agregados al expediente a folio 294, página 49.

*la parte variable de la renta de arrendamiento, por lo que cabe cuestionarse por qué los malls requieren de incluir una tarifa especial para diciembre cuando su mecanismo tarifario ya lo tiene internalizado.”<sup>35</sup>*

Asimismo, el Informe FK pudo constatar que el porcentaje de aumento de las rentas acordado contractualmente para el mes de diciembre aumenta de forma muy diferente dependiendo del operador de centro comercial de que se trate, lo que determina que la razón de este aumento injustificado en lo económico, radicaría posiblemente en el poder de mercado que pudiere detentar el respectivo Operador:

*“Por otra parte, el cobro adicional observado en diciembre varía según operador del centro comercial. A continuación, se presenta la variación -en promedio- que tienen las rentas de arrendamiento por mes para Cencosud, Arauco, Mall Plaza y otros Operadores menores.”<sup>36</sup>*



37

De este modo, en base a las imágenes insertas obtenidas del análisis realizado por FK, el que se sustenta en información que forma parte del proceso, es posible concluir que existe una gran diferencia porcentual en el aumento de tarifas en el mes de diciembre entre los operadores de centros comerciales, siendo, en promedio, 50% mayor aquella que cobran los grandes Operadores (Cencosud, Arauco y Plaza) versus la que cobra el resto de ellos.

Es decir, nuevamente no existe razonabilidad económica para este aumento del componente fijo de la renta en el mes de diciembre.

- En cuarto lugar, la estructura tarifaria actual, considerando el aumento de las rentas en el mes de diciembre, **significa únicamente ganancias para los operadores de los centros comerciales**, incluso en casos en que los locatarios disminuyan sus ventas durante diciembre, reafirmando la política de los centros comerciales en relación con que el riesgo sea asumido únicamente por el locatario.

Al respecto, el Informe FK realizó un análisis contrafactual hipotético en relación con las ganancias en el mes de diciembre, el cual arrojó como resultado que:

<sup>35</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 27.

<sup>36</sup> Idem. Énfasis agregado.

<sup>37</sup> Gráficos obtenidos del Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 28.

*“...en la realidad en diciembre algunos centros comerciales no aplican la regla de la renta de arrendamiento variable, sino que cobran el doble del valor fijo. Así el flujo de caja cambiaria, aumentando la renta de arrendamiento de diciembre desde \$1 millón (25% multiplicado por \$4 millones) a \$1,2 millones (2 veces \$600.000), aumentando la ganancia para los centros comerciales y disminuyendo la ganancia de las empresas de retail.”<sup>38</sup>*

Esta circunstancia se da incluso en los casos no habituales, en que un determinado locatario disminuye sus ventas el mes de diciembre, pues se encuentra obligado a pagar por concepto de renta de arrendamiento el doble del valor mensual normal, lo que, por cierto, afecta gravemente sus flujos operacionales, conforme fue corroborado por el Informe Económico FK:

*“En efecto, ante una estructura tarifaria como la actual (exclusiva para los centros comerciales que fijan una tarifa distinta el mes de diciembre), prácticamente la totalidad del riesgo es asumida por los locatarios. Por ejemplo, ante una situación externa que afecte fuertemente las ventas, como la pandemia de Covid-19 u otra, las empresas de retail continuarían con una responsabilidad de pagar el doble de la tarifa fija mensual en diciembre, a pesar del shock negativo en sus ventas. Si, por otro lado, estos tuvieran una estructura tarifaria con renta variable en diciembre, el riesgo se compartiría por locatarios y operadores, por lo que, ante una situación atípica de bajas ventas, la renta variable a pagar sería relativamente baja o bien se activaría el componente fijo de la estructura tarifaria.*

*En conclusión, los operadores con mayor poder de mercado en Chile tienen la capacidad de discriminar rentas de arrendamiento durante el año, lo que constituye una forma de traspasar riesgo a las empresas de retail. Esto es relevante dado que los operadores de menor tamaño no realizan este tipo de prácticas. Además, en el mes de diciembre los operadores cobrarían una tarifa distinta del resto del año, lo que no parece razonable entendiendo que existe una estructura tarifaria que es previamente negociada por las partes y que aplica para el resto de los meses de forma regular. Esto nos lleva nuevamente a la pregunta realizada de la sección 4.2, ¿por qué los grandes centros comerciales del país ofrecen un componente variable en la tarifa si éste no se activa en prácticamente ningún caso; y es la justificación para que los retailers deban entregar toda su información comercial y financiera a los Operadores?”<sup>39</sup>*

\*\*\*\*\*

Conforme a lo revisado, corresponde que la Excmo. Corte Suprema acoja el recurso de reclamación en este rubro, y se determine que la actual estructura tarifaria no se ajusta a la libre competencia, fijando una idónea Condición que la modifique en el sentido que ésta se ajuste a este bien jurídico.

Para estos efectos, proponemos que:

- **Se determine una estructura tarifaria en virtud de la cual se comparta el riesgo del negocio o que, al menos, la estructura de cobros tenga alguna relación con los ingresos de los Locatarios, sin reajustes periódicos por sobre el IPC.**

---

<sup>38</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 29.

<sup>39</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 30.

Para estos efectos, pudiese ser una estructura tarifaria que sea efectivamente en dos partes, con una parte que consista en (i) una tarifa fija para todos sus Locatarios, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios; y (ii) por sobre la tarifa fija, una tarifa variable que dependa de las ventas anuales de los Locatarios. Para ello, y por ser más demostrativo de la realidad del locatario respectivo, podría hacerse mensualmente sobre la base de un nivel anual de ventas (12 meses corridos cada mes).

- **En subsidio de la medida anterior, para el caso en que se consideren reajustes por sobre el IPC, que dichos reajustes sean aplicables únicamente respecto de aquellos centros comerciales no consolidados.**
- **Los Operadores no pueden aumentar la renta mensual, cualquiera sea aquella que se determine, en el mes de diciembre de cada año.**

2. **SEGUNDA FALTA Y VICIO: SI BIEN ES NECESARIO Y CORRECTO EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS DE SALIDA, CARECE DE RAZONABILIDAD JURÍDICA Y ECONÓMICA EL OBLIGAR A LOS LOCATARIOS A TENER QUE PAGAR AL OPERADOR POR MESES EN QUE NO OCUPARÁ LA RESPECTIVA SALA DE VENTA, PERMITIENDO QUE INCLUSO EL OPERADOR PUEDA RECIBIR UNA DOBLE RENTA EN CASO DE QUE OBTUVIERE UN NUEVO ARRENDATARIO**

En lo que respecta a este asunto, el H. Tribunal estableció la siguiente Condición H. que deben cumplir los Operadores en sus relaciones comerciales con los locatarios: “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;”<sup>40</sup>

Si bien el H. Tribunal es correcto al identificar el riesgo anticompetitivo que genera la ausencia de cláusulas de salida para los Locatarios, y en definitiva, al establecer la condición de que ésta deba incorporarse en la relación comercial entre éstos y los Operadores, carece de razonabilidad jurídica y económica, el que se obligue al respectivo Locatario a indemnizar al Operador mediante el pago de rentas por períodos en los que no utilizará la respectiva sala de venta.

Incluso, esto se plantea como una suerte de indebido castigo al Locatario que hasta podrá generar un enriquecimiento ilícito del Operador, en tanto éste arrendare nuevamente la sala de venta luego que saliere de ésta el anterior arrendatario.

---

<sup>40</sup> Resolución recurrida, página 111.

A continuación, revisemos los argumentos que determinan este yerro denunciado.

Por una parte, en el **texto de la Consulta**, esta parte planteó que la inexistencia de cláusulas de salida para los Locatarios genera graves efectos anticompetitivos, especialmente para los arrendatarios, porque los Operadores imponen sus condiciones contractuales bajo la tranquilidad de que una vez celebrados estos extensos contratos, el Locatario no podrá ponerle término, pese a ser potencial víctima de innumerables conductas o ejecución abusiva de cláusulas contractuales fijadas de forma unilateral.

De hecho, uno de los Operadores que en teoría accedía a un término anticipado, exigía en sus Normas Generales que el arrendatario le pagare todas las rentas de arrendamiento faltantes hasta el vencimiento del plazo estipulado. A saber:

*“En todos los casos de terminación anticipada de contrato de arrendamiento, sea por incumplimiento del Arrendatario o por decisión o solicitud unilateral de éste, el Arrendatario deberá pagar a la Declarante la renta mensual del arrendamiento hasta el vencimiento del plazo original del contrato, de la prórroga o prórrogas que se hubieren convenido. Para estos efectos, la renta de arrendamiento mensual será, desde la terminación del contrato hasta el vencimiento del plazo antes indicado, la renta denominada “**valor mínimo mensual reajustable**”.”<sup>41</sup>*

En la práctica, respecto de este Operador tampoco existía cláusula de salida, ya que exigía al Locatario el pago de la renta de arrendamiento por todo el período que resta, como si siguieran usando la sala de venta arrendada, sin perjuicio que el local de ventas ya pudiese haber sido arrendado a un tercero.

A partir de ello, esta parte propuso como Condición que *“Los Operadores deberán incluir en sus contratos de arrendamiento la posibilidad que los arrendatarios pongan término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.”<sup>42</sup>*

Por otra parte, a folio 141, la FNE en su aporta antecedentes se refirió a este asunto y **coincidió con esta parte en cuanto a que la inexistencia de cláusulas de salida deja en desventaja a los Locatarios frente a los Operadores, señalando que no es razonable ni proporcional que no exista este tipo de cláusula:**

*“128. A juicio de esta Fiscalía, la falta de cláusulas de salida en los contratos de arriendo y/o en las Normas Generales de los Operadores deja a los Locatarios en una situación de desventaja, porque se ven obligados a continuar con el arriendo sin poder restituir el local comercial mediando un aviso previo realizado con un tiempo de antelación razonable que permita al Operador buscar a un nuevo arrendatario.”<sup>43</sup>*

*“130. 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*

---

<sup>41</sup> Énfasis agregado.

<sup>42</sup> Página 69 de la Consulta.

<sup>43</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 45. Énfasis agregado.

*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.”<sup>44</sup>*

A partir de ello, y tal como consta en las citas incorporadas previamente, la FNE establece la necesidad de que **se incorporen cláusulas de salida mediando un aviso previo con un tiempo de antelación razonable que permita al Operador buscar un nuevo arrendatario.**

Revisado lo anterior, entendemos que **esta condición fijada por el H. Tribunal debe ser modificada en el sentido de suprimir una especie de indemnización de perjuicios que el Locatario tendría que pagar al Operador en caso de terminar anticipadamente el contrato de arriendo.**

- Primero, porque esta indemnización carece de razonabilidad jurídica y económica, ya que se está estableciendo una indemnización de perjuicios en favor de los Centros Comerciales, sin que hubiere mediado un incumplimiento contractual del Locatario, lo que bien sabemos constituye la base de la responsabilidad civil.

Incluso, el texto actual de la medida pretende que se pague al Operador rentas por períodos en los que el Locatario no utilizará la respectiva sala de venta, es decir, sin recibir su respectiva contraprestación, correspondiente al uso y goce del inmueble, que es lo esencial en todo contrato de arrendamiento.

Además, no existe explicación económica referida a de qué manera esta indemnización podría cubrir el efecto nocivo de una supuesta vacancia que podría experimentar el Operador en un respectivo mall a partir del término anticipado de un contrato.

Por el contrario, la propia Resolución de Término reconoce que, con exclusión de las tiendas anclas (las que por lo demás se vinculan a los Operadores), la terminación anticipada del contrato que pudiere ejecutar un Locatario generará un menor efecto de vacancia:

*“166. 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.”<sup>45</sup>*

---

<sup>44</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 45. Énfasis agregado.

<sup>45</sup> Resolución recurrida, página 100. Énfasis agregado.

En todo caso, y tal como señala la propia FNE al aportar antecedentes, para mitigar este supuesto perjuicio a los Operadores, basta con que el plazo de aviso de término anticipado del Locatario sea lo suficiente como para que permita a éstos un reemplazante.

Entendemos que aquello que plantea la FNE se cumple con la primera parte de la Condición fijada por la Resolución de Término, esto es, que el Locatario deberá dar aviso del término del contrato con un mínimo de tres meses de anticipación.

- **Segundo, porque esta indemnización de perjuicios – improcedente – se constituirá como un costo de salida difícil de superar por los Locatarios, lo que los restringirá de hacer efectiva esta cláusula de salida de los contratos.**

Llevemos esta situación a un ejemplo concreto:

Consideremos un caso en que un Locatario “X” arrendó una sala de venta de 50 metros cuadrados a un Operador “X” por 72 meses (seis años), a una renta consistente en un valor mínimo mensual de 4 UF más IVA por cada metro cuadrado. En este caso, la renta mensual será de 238UF, lo que al día 23 de febrero de 2024<sup>46</sup> equivale a \$8.759.114.

Conforme al actual tenor de la Condición en comento, si este Locatario se viera en la necesidad de terminar el contrato en el mes 21, tendría que pagar al Operador 11 meses de renta, es decir, 2.618 UF, que equivalen a \$96.350.254. Tres meses de aviso previo, y 8 meses de indemnización de perjuicios.

Tan injusta es esta situación, que en este ejemplo, el Locatario tendría que pagar 8 rentas al Operador, en este caso por 1.904 UF, equivalentes a más de 70 millones de pesos, en circunstancias que ni siquiera usaría ni gozaría de la sala de venta y el Operador podría ya haberla arrendado a un tercero.

Imaginemos que ese Locatario tendrá que buscar alternativas donde instalarse, y tendrá que asumir, en adición a ello, un sobre costo de más de 96 millones, o al menos 70 millones de indemnización, a partir de esta sanción dispuesta por el TDLC.

Por ello, la FNE únicamente recomendó que “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.”<sup>47</sup> Es decir, sin ninguna indemnización de perjuicios asociada.

<sup>46</sup> Valor UF al día 23 de febrero de 2024 es de 36.803. Fuente [https://www.sii.cl/valores\\_y\\_fechas/uf/uf2024.htm](https://www.sii.cl/valores_y_fechas/uf/uf2024.htm)

<sup>47</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 64, párrafo 188. Literal i.

A partir de este fuerte costo de cambio para los Locatarios, se podrá generar el riesgo anticompetitivo de que disminuya la intensidad competitiva entre los Operadores, por ejemplo, por ofrecer mejores cláusulas comerciales, ya que serán conscientes que estos costos de cambios harán muy difícil que los Locatarios activen estas cláusulas de salida con el objeto de contratar con otro Operador.

- Tercero, esta indemnización podría constituirse como una fuente de enriquecimiento ilícito o injusto del Operador, lo que está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior, se verificaría, por ejemplo, si un Locatario debió pagarle al Operador 8 meses de renta de arrendamiento a título de indemnización de perjuicios, en circunstancias que éste arrendó nuevamente la sala de venta al mes siguiente de que el respectivo Locatario saliera de ésta. En este caso, el Operador recibiría doble renta durante 8 meses, lo que es injusto e ilegal.

Nadie seriamente puede estimar que un Operador se demorará tanto tiempo en arrendar una sala de venta a otro Locatario, considerando especialmente que para estos últimos un mall no tiene sustitutos razonables.

Lo anterior se ve agravado si consideramos que la mayoría de los Operadores establecen en sus Normas Generales que, frente a cualquier incumplimiento del Locatario de cualquiera de las obligaciones resultantes de su relación comercial, los Operadores podrán terminar de inmediato el contrato y exigir a éstos el pago de todas las rentas de arrendamiento faltantes, hasta el vencimiento del plazo estipulado.

Por ejemplo, un Operador establece en sus Normas Generales que “*En todos los casos de terminación anticipada de un contrato de arrendamiento, sea por incumplimiento del arrendatario o por cualquier otra causa, el arrendatario deberá pagar a la Declarante respectiva [Arrendador] la renta mensual de arrendamiento y hasta el vencimiento del plazo original del contrato o de la prórroga o prórrogas que se hubieren convenido. Para estos efectos, la renta de arrendamiento mensual será, desde la terminación del contrato hasta el vencimiento del plazo antes indicado, la renta denominada “valor mínimo mensual reajustable”.*”<sup>48</sup>

Es decir, estamos ante una evidente asimetría en los derechos contractuales de las partes de estos contratos, la que solo tiene explicación en la posición negociadora de los Operadores frente a los locatarios, quienes no tienen otra alternativa que aceptar lo que le impongan.

---

<sup>48</sup> Énfasis agregado.

- Cuarto, esta exclusión de la indemnización se ajusta a otros pronunciamientos anteriores del H. Tribunal, en los que, con ocasión de una Consulta, estableció como Condición que en los respectivos contratos se debía incluir cláusulas de salida que se permitiera al contratante más débil salir anticipadamente del contrato dando un aviso con una antelación razonable, pero sin responsabilidad posterior.

Particularmente, el H. Tribunal estableció lo siguiente en la Resolución N°57/2019:

*"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."*<sup>49</sup>

**No entendemos que haya justificación para “sancionar” al locatario cuando haga ejercicio de una facultad contractual que el propio TDLC entendió como necesaria.**

Conforme a lo expuesto, corresponde que **esta Condición fijada por el H. Tribunal se modifique en el sentido de suprimir la indemnización de perjuicios** que el Locatario tendría que pagar al Operador en caso de terminar anticipadamente el contrato de arriendo.

### **3. TERCERA FALTA Y VICIO: CIERTAS CONDICIONES FIJADAS PARA MITIGAR LOS RIESGOS ANTICOMPETITIVOS IDENTIFICADOS CARECEN DE LA PRECISIÓN SUFICIENTE PARA CONSTITUIRSE COMO IDÓNEAS PARA RESTABLECER O PERMITIR LA LIBRE COMPETENCIA.**

Si bien la Resolución de Término adoptó correctas y necesarias condiciones para mitigar los riesgos anticompetitivos identificados en la relación comercial entre operadores y locatarios, estimamos que algunas de ellas, las que desarrollaremos a continuación, carecen de la precisión suficiente para constituirse como idóneas para restablecer o permitir la libre competencia.

En efecto, el TDLC adopta ciertas medidas, entendiendo que hay claros riesgos anticompetitivos, los que se vinculan fundamentalmente con el enorme poder negociador de los Operadores, que se plasma en cláusulas que esta Corte Suprema ha entendido como cláusulas de adhesión.

Por ello, las medidas que dispone el TDLC son herramientas para mitigar o contrarrestar el poder negociador de los Operadores.

Sin embargo, al momento de decretar las medidas, el TDLC sigue dejando una enorme indefinición e incerteza en su determinación, entregando nuevamente la forma de

---

<sup>49</sup> Resolución de fecha 9 de septiembre de 2019, dictada en los autos no contenciosos Rol NC N° 445-18. Énfasis agregado.

implementarlas a aquellos que cuentan con el riesgoso poder en la relación objeto del proceso de autos.

**3.1. Las Condiciones que se adopten con ocasión de un proceso de Consulta deben ser idóneas para que el respectivo hecho, acto o contrato se ajuste a la libre competencia.**

El artículo 18 N°2 del DL 211 establece:

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

(...)

*2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;”<sup>50</sup>*

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha señalado respecto de la potestad consultiva del TDLC, por ejemplo, en estos autos al acoger un recurso de reclamación deducido por esta parte, y en definitiva, al declarar admisible esta Consulta que:

*“Tercero: Que, además, corresponde precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el TDLC en el presente caso. Desde luego no hay duda de que el Tribunal, a la luz de los citados artículos 18 N°2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de un hecho que, en el caso de marras, se refiere a tres puntos distintos, como son: i) las cláusulas de los contratos de arrendamiento vigentes entre locatarios y operadores de centros comerciales; ii) otros hechos y actos que se detallan en relación a los mismos instrumentos y iii) la integración vertical en este mercado. Ello ocurre, entonces, en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del TDLC para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado, al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto.”<sup>51</sup>*

Es decir, este proceso pretende entregar certeza a los actores del respectivo mercado relevante, determinando la posible contradicción entre ciertos actos, hechos o contratos con la libre competencia y **adoptar las medidas para re establecer o permitir la necesaria y sana competencia**.

En lo que respecta al alcance de las medidas que puede adoptar el TDLC en estos procesos, se ha establecido que **éstas deben ser idóneas para restablecer o permitir la sana competencia en relación con los hechos, actos o convenciones consultadas**.

Por ejemplo, el Máximo Tribunal estableció en el ya referido fallo que:

---

<sup>50</sup> Énfasis agregado.

<sup>51</sup> Resolución de fecha 10 de mayo de 2021, dictada en los autos Rol N°138.221-2020. Énfasis agregado.

**Tercero:** (...) Ello ocurre, entonces, en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del TDLC para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado, al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia.<sup>52</sup>

**Noveno:** (...) Relacionado con lo anterior, la promoción de una consulta no requiere de una afectación actual a los bienes jurídicos protegidos, sino una eventual, que precisamente será evitada o prevenida a través de la adopción de las medidas que el tribunal imponga, las cuales pueden ser propuestas por el consultante, sin resultar vinculantes para los sentenciadores, que pueden decretar aquéllas, como también otras que sean idóneas para la finalidad buscada.<sup>53</sup>

En la misma línea, el H. Tribunal ha resuelto al respecto que "El Tribunal goza de discrecionalidad respecto de las medidas y condiciones que puede imponer en un procedimiento de consulta. Es decir, puede adoptar todas las medidas que estime aptas. Así lo ha corroborado la jurisprudencia, al señalar que "un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones -de llevarse a cabo-, se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia" (C.3, Sentencia N°86/2009).<sup>54</sup>

Lo anterior, deriva no solo del hecho de que el artículo 5º del DL 211 establece que la función del TDLC será "prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.", sino que también porque el artículo 32 del referido Cuerpo Normativo dispone en lo pertinente que "Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación."<sup>55</sup>

En este caso, se vuelve especialmente necesario que las condiciones adoptadas por el TDLC sean suficientemente claras y definidas para que cumplan con su objeto de ser idóneas para resguardar la competencia en la relación comercial entre los Operadores y Locatarios, ya que, tal como lo reconoce la propia Resolución de Término, y lo avizoró el Máximo Tribunal al resolver nuestro recurso de reclamación, los contratos celebrados entre las partes, y en especial las Normas Generales que los rigen son estipulados por los propios Operadores, sin que los arrendatarios puedan modificar sus cláusulas.

<sup>52</sup> Resolución de fecha 10 de mayo de 2021, dictada en los autos Rol N°138.221-2020. Énfasis agregado

<sup>53</sup> Resolución de fecha 10 de mayo de 2021, dictada en los autos Rol N°138.221-2020. Énfasis agregado

<sup>54</sup> Resolución N°51/2018 del H. TDLC, 17 de enero de 2018, Rol Ingreso NC N° 427-14. Énfasis agregado

<sup>55</sup> Énfasis agregado.

No obstante lo expuesto, y tal como revisaremos en el capítulo siguiente, existen varias condiciones dispuestas por la Resolución de Término que se encaminan positivamente para restablecer una sana competencia en aspectos precisos de la relación comercial entre Operadores y Locatarios, pero requieren de necesarias precisiones para ser idóneas para alcanzar dicho fin.

De lo contrario, **esta indefinición, o falta de suficientes límites, podría ser utilizada como una nueva fuente de relevantes riesgos anticompetitivos, lo que podría convertir en letra muerta aquello que persigue la Resolución de Término a través de estas condiciones, pudiendo alegar que sus actos -supuestamente- se ajustan a la Resolución de Término de este proceso no contencioso, y por tanto, en virtud del artículo 32 del DL 211, su actuar no les acarrearía responsabilidad alguna en relación a la normativa que regula la libre competencia.**

O bien, esta falta de definición también podría generar nuevos focos de conflictos entre los Operadores y Locatarios en relación con las materias ya revisadas en este proceso, lo que volvería estéril aquello ya resuelto por esta Magistratura.

### **3.2. La Resolución de Término estableció condiciones que deben necesariamente ser precisadas para que los hechos y prácticas que identificó el TDLC se ajusten a la libre competencia**

Revisado lo anterior, nos referiremos a cada una de las medidas que estimamos que requieren ser precisadas, para ser idóneas para que los hechos y prácticas que identificó el TDLC se ajusten a la libre competencia.

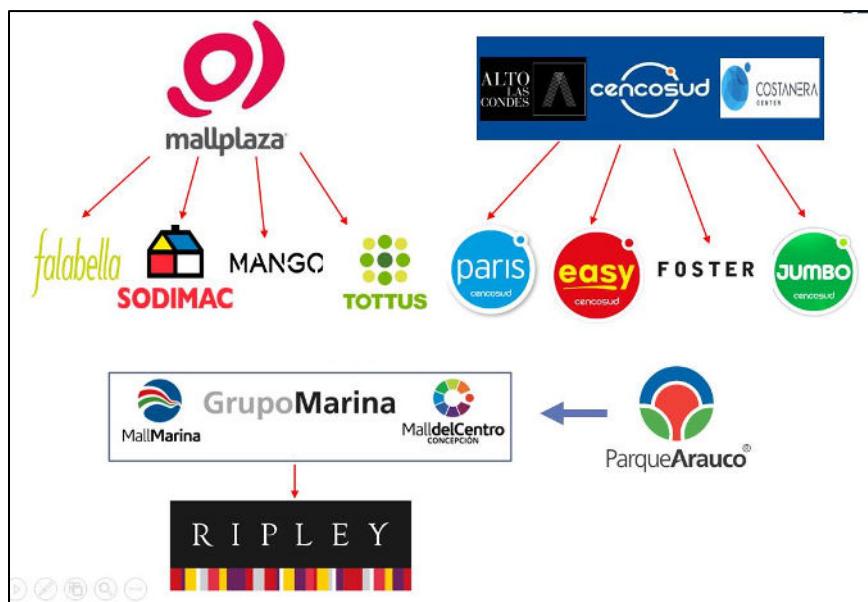
#### **3.2.1. Respecto de la Condición A. cuya actual redacción señala: “Deberán abstenerse de exigir más información que aquella estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual, la que sólo podrá ser utilizada para los efectos de administrar el centro comercial en el que arriendan los respectivos locatarios y que debe estar sujeta a estricta confidencialidad de modo de no arriesgar el traspaso de ésta a competidores;”**

Si bien nos parece que esta medida es correcta en su sentido, estimamos que requiere que se precise sobre cuál es esta información estrictamente necesaria para estimar la renta del respectivo arrendamiento.

A este respecto, estimamos pertinente que **esta información se limite, a lo sumo, al reporte de las ventas agregadas mensuales de los Locatarios**, sin referencias al stock disponible, unidades de venta, ventas diarias, ni otras variables.

Lo anterior, especialmente por los riesgos que surgen del traspaso de información comercial sensible en relación con los Operadores integrados verticalmente. Esto, porque ciertas marcas integradas con los Operadores podrían acceder a información comercialmente sensible de sus competidores Locatarios, como serían sus ventas, con una desagregación incluso diaria, lo que afectaría la sana competencia, ya que los primeros conocerían los patrones y tendencias de consumo de los clientes y el desarrollo y estado del negocio de los competidores, pudiendo usar dicha información para definir su propia estrategia de comercialización y de competencia.

El siguiente cuadro grafica lo expuesto, ya que muestra algunas integraciones verticales que se producen:



Así, por lo demás, lo identificó la FNE en su escrito de Aporta Antecedentes, proponiendo que el traspaso de información se limite exclusivamente al reporte de las ventas agregadas mensuales de los Locatarios:

*"164. En efecto, a partir del acceso a este tipo de información, es posible que las entidades relacionadas a ciertos Operadores puedan acceder a información comercialmente sensible de sus competidores relativa a sus ventas, con una desagregación incluso diaria, lo que podría restringir la competencia<sup>178</sup> al permitir a los Locatarios integrados conocer los patrones y tendencias de consumo de los clientes y el desarrollo y estado del negocio de los competidores, pudiendo usar dicha información para definir su propia estrategia de comercialización y de competencia<sup>179</sup>. Por lo anterior, no parece justificado ni razonable que los Operadores puedan acceder a más información que el reporte de las ventas agregadas mensuales de los Locatarios, sin que se incluyan referencias al stock disponible, unidades de venta, ni ventas diarias, con facultades limitadas para su fiscalización (limitándose, por ejemplo, a las boletas de liquidaciones de IVA), pero sin que exista un acceso a los registros, reportes e informes internos de los Locatarios."*<sup>56</sup>

Confirma lo expuesto la propia Resolución de Término, en cuanto a que no validó que los Operadores pudieren requerir a sus Locatarios información diferente a las de las ventas:

<sup>56</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, páginas 57 y 58. Énfasis agregado.

*“103. (...) Sin embargo, los operadores han desconocido u omitido pronunciarse requerimientos de información adicional a las de ventas y que hace referencia la FNE, por lo que este Tribunal no puede validar su pertinencia y que los operadores accedan a ella.”<sup>57</sup>*

Por estas razones, cuesta entender que el TDLC no haya sido preciso, concreto y claro al disponer la medida en comento.

A partir de lo expuesto, solicitamos que la Condición A. se precise en la siguiente forma:

*“Deberán abstenerse de exigir más información que aquella estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual, la que corresponderá exclusivamente al reporte de las ventas agregadas mensuales del respectivo arrendatario, la que sólo podrá ser utilizada para los efectos de administrar el centro comercial en el que arriendan los respectivos locatarios y que debe estar sujeta a estricta confidencialidad de modo de no arriesgar el traspaso de ésta a competidores;”*

**3.2.2. En cuanto a la Condición E. cuyo actual texto dispone: “En caso de incluir ventas online para estimar la renta de arrendamiento, éstas deberán comprender sólo aquellas que tengan conexión con la tienda física;”**

En lo que respecta a esta Condición, estimamos necesario que **se precise qué se entiende por conexión** entre una venta online y la respectiva tienda física, ya que el actual texto de esta Condición no lo determina.

De hecho, la propia Resolución de Término reconoce que es complejo distinguir entre una venta online que tiene o no conexión con la respectiva sala de venta del mall, pero pretende solucionar este asunto dejando de cargo de los malls el que justifiquen la efectividad de esta conexión:

*“128. 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 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.”<sup>58</sup>*

Sobre este punto, nos parece necesario precisar que **no sería pertinente estimar que se entienda como una venta online conectada con la tienda física, aquella que realice el respectivo Locatario por su propia página web, desligada del respectivo centro comercial.**

---

<sup>57</sup> Resolución recurrida, página 80. Énfasis agregado.

<sup>58</sup> Resolución recurrida, página 88. Énfasis agregado.

por el solo hecho que el retiro del producto pudiere realizarse en la respectiva tienda, ya que el esfuerzo de venta del producto es ajeno al respectivo Operador.

Tan claro es lo expuesto que, la propia Resolución de Término (párrafo 127) reconoce que **la FNE no identifica una justificación razonable para incluir este tipo de ventas en los contratos de arrendamiento**, agregando que, por el contrario, **si estas ventas generan un flujo, como podría ser una venta con retiro en tienda de una compra realizada online, se pueden generar ventas en otros locatarios, lo que beneficiaría al propio Operador.** Al efecto, señala el Órgano fiscalizador:

*"152. 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 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."*<sup>59</sup>

Debido a lo señalado precedentemente, solicitamos que la Condición E. se precise en la siguiente forma:

*"En caso de incluir ventas online para estimar la renta de arrendamiento, éstas deberán comprender sólo aquellas que tengan conexión con la tienda física, lo que se verifica exclusivamente en aquellos casos en que la venta se realiza mediante un dispositivo electrónico facilitado dentro de la tienda de un mall determinado, u otra modalidad similar al interior de ésta."*

**3.2.3. En lo relativo a la Condición F. cuya actual redacción señala: "En relación con otros cobros aplicables a los locatarios, como gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y servicios públicos, ellos deben estar claramente definidos y distribuidos entre comercios según variables conocidas y sujetos a rendición periódica a los locatarios;"**

Si bien esta medida es correcta, en cuanto a que se dirige a mitigar el riesgo anticompetitivo que presentaba la **opacidad de estos conceptos en la relación comercial entre los Operadores y Locatarios**, y va en línea con aquello identificado por esta parte y lo recomendado por la FNE en su escrito aporta antecedentes, entendemos que se requieren ciertas precisiones para que esta Condición sea idónea para alcanzar el fin perseguido.

De lo contrario, estamos ante un escenario equivalente al que se presentaba antes de la Consulta, y con los mismos riesgos.

- Primero, estimamos que la determinación de los valores de los gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones y servicios públicos, no solo tienen que

---

<sup>59</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, páginas 51 y 52.

estar claramente definidos y distribuidos según variables conocidas para los Locatarios, sino que **esta definición debe basarse en criterios objetivos, uniformes y no discriminatorios.**

Lo anterior, es relevante porque, por ejemplo, en lo que respecta a los Gastos Comunes, acreditamos que **las Normas Generales de los Operadores dan cuenta de una manifiesta opacidad en su determinación, aplicación y distribución.**

Por ejemplo, en el caso de las Normas Generales de Arrendamiento de uno de los operadores, los conceptos que se incluyen dentro de dichos gastos son **absolutamente difusos y abiertos**. Revisemos lo que señala al respecto:

*"aparte de la renta de arrendamiento y junto con ella, en las condiciones y lugar establecidos por la Declarante, los arrendatarios de locales comerciales deberán pagar la proporción que les corresponda del total de las obligaciones, gastos, costos, tributos, impuestos y contribuciones de bienes raíces que directa o indirectamente incidan o vayan a incidir, o que correspondan o que se deriven del respectivo Centro Comercial, en especial, todos los originados en la correcta administración, mantenimiento y conservación del mismo según los estándares propios de Centros Comerciales como los pertenecientes al Grupo .... Igualas disposiciones se aplicarán respecto de los gastos o primas de aquellos seguros que haya debido tomar, contratar o pagar cada Declarante, conforme a lo señalado en el Capítulo Décimo Primero siguiente. Asimismo, se incluirán entre otros, todos aquellos gastos y costos generales asociados al funcionamiento administración, conservación, fiscalización y mejoramiento de los espacios exteriores comunes del Centro Comercial respectivo, como por ejemplo, vías de circulación, estacionamientos, seguridad, accesos, jardines, iluminación, etc."<sup>60</sup>*

De la cita anterior se puede apreciar, por ejemplo, que: (i) nadie sabe (salvo el Centro Comercial) cuál es la proporción que le corresponde a cada locatario; (ii) nadie sabe (salvo el Centro Comercial) cuáles son esas obligaciones, gastos, costos, tributos e impuestos que inciden o vayan a incidir; y (iii) nadie sabe (salvo el Centro Comercial) cuáles son los estándares propios de los centros comerciales pertenecientes al Grupo.

Incluso, la propia Resolución de Término refiere que el informe económico elaborado por la Consultora FK Economics, identificó que **existirían tiendas que, dentro de un mismo centro comercial y para un mismo mes, habrían pagado hasta tres veces más por metro cuadrado por gastos comunes y hasta casi cinco veces más por fondo de promoción, sin que existan justificaciones económicas claras:**

*"136. El Informe FK, que utiliza datos sobre los pagos por conceptos de gastos comunes y fondo de promoción realizados por los integrantes de AGR en los centros comerciales operados por Cencosud Shopping, Mall Plaza y Parque Arauco, identifica gran variación. **Existirían tiendas que, dentro de un mismo centro comercial y para un mismo mes, habrían pagado hasta tres veces más por metro cuadrado por gastos comunes y hasta casi cinco veces más por fondo de promoción. Segundo los autores, no existiría justificación económica clara para tales variaciones**, y sugieren las siguientes alternativas para tales diferencias: (a) una práctica de discriminación según el rubro de tienda; (b)*

---

<sup>60</sup> Énfasis agregado.

*el resultado de negociación entre el locatario y el centro comercial, y (c) la imputación de conceptos adicionales (Informe FK, pp. 43-45).<sup>61</sup>*

A partir de lo anterior, que el Informe de FK Economics, establece lo siguiente “*En conclusión, la determinación de cobros distintos a la renta de arrendamiento, tales como los gastos comunes y los fondos de promoción, debiera ser explicada y transparentada, y eventualmente corregida, para evitar que en la actualidad y el futuro se produzcan discriminaciones o prácticas abusivas de parte de los CC en contra de sus locatarios.*<sup>62</sup>

**La FNE estableció en su escrito de aporta antecedentes que no existe claridad en las Normas Generales respecto al mecanismo para determinar los cobros** por partidas de gastos comunes, fondos de promoción y publicidad y otros, contribuciones de bienes raíces y cuentas de servicios públicos, **recomendando su necesaria transparencia**:

*“171. Dentro de los cobros que los Operadores exigen a los Locatarios se encuentran partidas de gastos comunes, fondos de promoción y publicidad y otros, contribuciones de bienes raíces y cuentas de servicios públicos. De la revisión de las Normas Generales de los Operadores, no existe claridad respecto al mecanismo para determinar estos cobros ni tampoco existe una obligación de los Operadores para rendir cuentas sobre estos cobros que tendrían por objeto financiar el pago de ciertos gastos para la administración y desarrollo del centro comercial.*

*(...) 174. En virtud de lo anterior, esta Fiscalía estima que, por tratarse de cobros asociados a gastos comunes y objetivos específicos de cada centro comercial (por ejemplo, pago de cuentas de servicios públicos o financiamiento de publicidad), los Operadores deben transparentar y dar cuenta periódicamente a los Locatarios sobre el uso efectivo de estos cobros para los fines que ellos han sido establecidos.”<sup>63</sup>*

A partir de lo expuesto, es fundamental que esta Condición se precise en el sentido que la definición de estas partidas no solo debe determinarse a partir de variables conocidas para los Locatarios, sino que debe basarse y ajustarse a criterios objetivos, uniformes y no discriminatorios.

- Segundo, en lo que respecta a la rendición periódica que deben hacer los Operadores a los Locatarios, si bien constituye un relevante avance para evitar los abusos denunciados e identificados por la FNE y la Resolución de Término, **debe precisarse en el sentido de que debe ser mediante partidas desagregadas, que permitan su fácil identificación y comprensión por los arrendatarios, y que ilustren debidamente el uso efectivo de estos cobros para los fines que se han establecido, adjuntando los debidos comprobantes de pago.**

Confirma la pertinencia de esta precisión, el hecho que la Resolución de Término señaló que “*155. En particular, este Tribunal no considera objetable que los gastos comunes se distribuyan según la superficie, localización o tipo de negocio, si los conceptos que incluyen el gasto común y su*

<sup>61</sup> Resolución recurrida, página 91. Énfasis agregado.

<sup>62</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 46.

<sup>63</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, páginas 60 y 61. Énfasis agregado

*forma de distribución están establecidos al firmar el contrato y no se aplican variaciones de esos criterios bajo parámetros que no estén claramente definidos. Para asegurar el cumplimiento de estos criterios, los operadores deberán rendir cuenta periódicamente a los locatarios sobre los valores incluidos en los gastos comunes y establecer los criterios para utilizar los recursos recaudados a cuenta del fondo de promoción u otros fondos al firmar el contrato.*<sup>64</sup>

Mientras que la FNE recomendó, al aportar antecedentes, lo siguiente: “174. En virtud de lo anterior, esta Fiscalía estima que, por tratarse de cobros asociados a gastos comunes y objetivos específicos de cada centro comercial (por ejemplo, pago de cuentas de servicios públicos o financiamiento de publicidad), los Operadores deben transparentar y dar cuenta periódicamente a los Locatarios sobre el uso efectivo de estos cobros para los fines que ellos han sido establecidos.<sup>65</sup>

Solo de esta forma, los Locatarios podrán conocer debidamente la razonabilidad de los montos que se le cobran por estos conceptos y que son debidamente utilizados por los Operadores para los fines ya definidos. Y en caso de que éstos no fueren utilizados de esa forma, se podrá pedir su respectiva devolución o reducción para el mes siguiente.

Además, entendemos que la rendición debe ser mensual, periodicidad que coincide, por ejemplo, con el cobro que realizan los Operadores a los Locatarios por partidas de gastos comunes, fondos de promoción y servicios públicos.

A partir de lo expuesto, solicitamos que la Condición F. se precise de la siguiente forma:

*“En relación con otros cobros aplicables a los locatarios, como gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y servicios públicos, ellos deben estar claramente definidos y distribuidos entre comercios según variables conocidas, objetivas, uniformes y no discriminatorias y sujetos a rendición mensual a los locatarios, la que deberá realizarse mediante partidas desagregadas y que ilustren debidamente el uso efectivo de estos cobros para los fines que se han establecido, adjuntando los debidos comprobantes de pago;”*

**3.2.4. En lo que respecta a la Condición G. cuyo actual texto dispone: “G. Para los casos descritos en los literales A., B., E. y F., deberán definir un mecanismo de solución de controversias que garantice la rapidez y ecuanimidad de las soluciones, y generar instancias de información y reclamación, sin que ellas signifiquen la injerencia de los locatarios en las decisiones estratégicas del centro comercial;”**

En primer lugar, debemos destacar que esta Condición persigue equiparar un poco más la cancha en la relación comercial entre los Operadores y los Locatarios, y con ello neutralizar en alguna medida el poder de mercado de los primeros.

<sup>64</sup> Resolución recurrida, página 96. Énfasis agregado.

<sup>65</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 61. Énfasis agregado

Sin perjuicio de lo anterior, nuevamente estimamos que la Condición es insuficiente para tal fin en los términos que actualmente está redactada, ya que existe el riesgo de que la incertidumbre que representa pudiere ser utilizada abusivamente por los Operadores en contra de los Locatarios, haciendo inviable este mecanismo.

Por lo anterior, es necesario que se precise esta Medida en el sentido de que **este mecanismo de solución de controversias y las instancias de información y reclamación deberán ser aprobadas por la FNE previo a su implementación, fijándose un plazo prudente para que los Operadores lo presentaren**. Este procedimiento **deberá reiterarse cada vez que un determinado Operador decida modificar estos referidos mecanismos e instancias, sin que pudiere hacerlo mientras no cuente con la autorización expresa de la FNE**.

Solo de esta forma, **se podrá garantizar la necesaria ecuanimidad en las soluciones que exige la Resolución de Término**, ya que, de lo contrario, los Operadores serían juez y parte en estos conflictos, lo que, en definitiva, haría perder toda eficacia a esta Condición.

Esta precisión solicitada es muy importante, pues **el mecanismo de solución de controversias dice relación con cuatro materias relevantes que fueron resueltas por el TDLC**, como por ejemplo, aquella información que puede solicitar un Operador a un Locatario para determinar el monto de la renta, cobros de gastos comunes y otras partidas y ventas online, de forma tal que si este mecanismo no es lo suficientemente sólido y ecuánime, tales Condiciones podrían verse truncadas por el actuar anticompetitivo de los Operadores, quienes podrían conflictuar todas estas medidas, bajo la tranquilidad y confianza que ellos mismos resolverán las controversias que pudieran surgir entre éstos y los Locatarios.

No podemos olvidar que este proceso se inició a partir de los riesgos anticompetitivos que se identificaron por las cláusulas abusivas que contienen los contratos, y en especial, las Normas Generales que fijan unilateralmente los Operadores, lo que vuelve aún más necesario que sea el Órgano Fiscalizador en materia de libre competencia aquel que pueda determinar la validez de este mecanismo de solución de controversias, en el que efectivamente prime la imparcialidad y no se afecte a los Locatarios, quien mantienen una posición contractual desmejorada.

De hecho, la propia FNE reconoció en las conclusiones de su escrito de aporta antecedentes, que “187. *Como se indicó, desde el punto de vista de los Locatarios, existen Operadores relevantes a nivel nacional, que cuentan con significativas superficies arrendables para la instalación de locales comerciales en malls. Si bien el presente Informe no identifica todos los mercados relevantes específicos en que participan los Operadores, sí ha sido posible para esta Fiscalía identificar cláusulas que darían cuenta de un poder de negociación desequilibrado entre*

*Locatarios y Operadores, donde no sería evidente la razonabilidad ni la proporcionalidad de ciertas cláusulas en relación a los objetivos y eficiencias que dichas cláusulas permitirían alcanzar.”<sup>66</sup>*

Esta precisión **se ajusta plenamente al artículo 39 letra d) del DL 211**, el que establece que la Fiscalía Nacional Económica tiene la atribución y el deber de velar por el cumplimiento de las decisiones que adopte el Tribunal de Defensa de la Libre competencia.

Señala la respectiva norma:

*“Artículo 39º.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.*

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

(...)

**d) Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;”<sup>67</sup>**

Además, lo pretendido se ha dispuesto en otros procesos de Consulta, en los que la Excma. Corte Suprema y el TDLC han entregado a la FNE – y a otros organismos – el monitoreo expreso del cumplimiento de las medidas adoptadas en determinadas resoluciones de término dictadas en procesos no contenciosos.

Por ejemplo, nos referimos a la Consulta caratulada “Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz”, tramitada ante el H. Tribunal bajo el Rol N° NC-448-2018, en la que la Excma. Corte Suprema, por sentencia de fecha 13 de julio de 2020, dictada en los autos Rol N°181-2020, adoptó la siguiente medida:

*“c) “Monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Se encomienda a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, y facilidades. El tipo de monitoreo deberá ser semejante al que la FNE suele exigir en materia de operaciones de concentración, esto es, la empresa monitoreada debe contratar a su cargo una auditoría independiente y que los auditores le reporten directa y exclusivamente a la FNE y a Subtel”<sup>68</sup>*

<sup>66</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, página 64. Énfasis agregado

<sup>67</sup> Énfasis agregado.

<sup>68</sup> Énfasis agregado.

Mientras que el H. Tribunal había adoptado la siguiente Condición en la Resolución de Término N°67/2021<sup>69</sup>:

*"7. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211, la Fiscalía Nacional Económica velará por el cumplimiento de la presente resolución, debiendo Transbank S.A. remitirle la información necesaria para su adecuada supervisión. Para estos efectos se ordena a Transbank S.A. que, en un plazo de 45 días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución, entregue a la FNE las justificaciones y los cálculos que sustentan las tarifas de su Sistema Tarifario ajustado, así como las bases de datos utilizadas para efectuar las estimaciones pertinentes."*

Por último, confirma la pertinencia de esta precisión solicitada, la circunstancia de que esta validación que deberá realizar la FNE, no implicará que los locatarios puedan tener injerencia en las decisiones estratégicas del respectivo centro comercial, cuestión que fue resistida por la Resolución de Término, en general, y en esta Condición, en particular.

Conforme a lo revisado, solicitamos que la Condición G. se precise de la siguiente manera:

*"G. Para los casos descritos en los literales A., B., E. y F., deberán definir un mecanismo de solución de controversias que garantice la rapidez y ecuanimidad de las soluciones, y generar instancias de información y reclamación, sin que ellas signifiquen la injerencia de los locatarios en las decisiones estratégicas del centro comercial. Este mecanismo de solución de controversias y las instancias de información y reclamación deberán ser aprobadas por la FNE previo a su implementación, fijándose un plazo de 60 días hábiles para que los Operadores lo presentaren a revisión a contar de que la presente resolución se encuentre firme y ejecutoriada. Además, este procedimiento deberá reiterarse cada vez que un determinado Operador decida modificar estos referidos mecanismos e instancias, sin que pudiere hacerlo mientras no cuente con la autorización expresa de la FNE;"*

Lo anterior es sin perjuicio de que, a continuación, solicitamos la eliminación de la actual Condición B.

---

<sup>69</sup> Finalmente la Excma. Corte Suprema dejó sin efecto esta Resolución de Término al acoger un recurso de reclamación interpuesto contra ésta.

4. **CUARTA FALTA Y VICIO: LA CONDICIÓN B. FIJADA POR LA RESOLUCIÓN DE TÉRMINO PERMITE A LOS OPERADORES ACCEDER A INFORMACIÓN COMERCIALMENTE SENSIBLE DE LOS LOCATARIOS, AFECTANDO LA LIBRE COMPETENCIA Y SIN QUE EXISTA UNA RAZÓN JURÍDICA NI ECONÓMICA QUE LA JUSTIFIQUE.**

La Condición B. dispone: *“Sin perjuicio de la medida anterior, los operadores podrán solicitar a los locatarios la entrega de información o de registros contables con mayor desagregación y especificidad, siempre y cuando ésta sea destinada a evaluar políticas de promoción del centro comercial o estrategias de largo plazo. En tal caso, ello deberá implementarse por medio de acuerdos específicos y limitados en el tiempo;”*

Sin ánimo de reiterar lo ya señalado con ocasión de la solicitud de precisión de la Condición A., estimamos que la medida en comento transforma en letra muerta aquel resguardo y medida de mitigación que se fijó en la ya mencionada Condición precedente.

Porque no obstante que la Condición A. permite a los Operadores solicitar únicamente información estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual, esta medida **amplía ilimitadamente las prerrogativas del Operador para que nuevamente pueda requerir y exigir al respectivo Locatario información comercial sensible**, pero ahora en base a otros criterios, como sería para políticas de promoción del centro comercial o estrategias de largo plazo. Es decir, a partir de criterios y oportunidades que se definirán exclusivamente por el Operador del respectivo centro comercial y que resultan extraordinariamente difíciles de concretizar.

Sobre este punto, la Resolución de Término señala en el Párrafo 103 que *“103. Este Tribunal considera pertinentes las justificaciones de los operadores sobre la necesidad de acceder a información mensual de las ventas de los locatarios para estimar las tarifas de arriendo y de otra más detallada que permita realizar actividades propias de su rol de administrador de plataforma, como podrían ser las ventas con un mayor nivel de desglose. Más aun, como se verá en el acápite siguiente, no existen antecedentes que permitan concluir sobre una eventual discriminación a los diferentes locatarios, lo que era una de las aprensiones de la Consultante y Achiga en términos que la información pudiera utilizarse con un fin discriminatorio. Sin embargo, los operadores han desconocido u omitido pronunciarse requerimientos de información adicional a las de ventas y que hace referencia la FNE, por lo que este Tribunal no puede validar su pertinencia y que los operadores accedan a ella.”*<sup>70</sup>

Nos parece relevante referirnos a este contradictorio párrafo de la Resolución de Término.

---

<sup>70</sup> Resolución recurrida, página 80. Énfasis agregado.

- Primero, no se requiere un desglose de las ventas de los locatarios para fines de administración de la plataforma, vinculados a tendencias de consumo, ya que basta para ello que los Operadores conozcan las ventas mensuales agregadas de los Locatarios para conocer los resultados operacionales de determinadas tiendas en un respectivo mall, y en definitiva, si éstas resultan o no atractivas para los consumidores.

De hecho, al recibir esta información agregada de las diferentes tiendas que compiten entre sí en determinados productos o grupos de productos, como podría ser por ejemplo calzados, los Operadores pueden evaluar y analizar si aquel producto o grupo de productos es o no atractivo para los consumidores, y si ello está o no incluido por alguna marca en particular.

- Segundo, si lo anterior no fuere suficiente, confirma la pertinencia de suprimir esta Condición y el rechazo de esta argumentación de la Resolución de Término y de los Operadores, el hecho de que esta eventual utilidad de acceder al desglose de las ventas de los locatarios no es suficiente para preferirla por sobre el riesgo anticompetitivo que conlleva a partir de la integración vertical entre los Operadores y comercios que compiten con los Locatarios no integrados.

En relación con ello, la FNE señaló en su escrito de aporta antecedentes de folio 141 que “no parece justificado ni razonable que los Operadores puedan acceder a más información que el reporte de las ventas agregadas mensuales de los Locatarios, sin que se incluyan referencias al stock disponible, unidades de venta, ni ventas diarias, con facultades limitadas para su fiscalización (limitándose, por ejemplo, a las boletas de liquidaciones de IVA), pero sin que exista un acceso a los registros, reportes e informes internos de los Locatarios.”<sup>71</sup>

Esta E. Corte comprenderá que **no se puede permitir que los operadores, que se relacionan además con marcas que compiten con los locatarios, accedan a información sensible y estratégica, bajo la sola justificación de que ello obedece a “estrategias de largo plazo”**. ¿Alguien puede definir cuál es el alcance de esas “estrategias de largo plazo”?

Reiteramos, el Tribunal dispone ciertas medidas por el poder incontrarrestable de los Operadores, y curiosamente les entrega herramientas a éstos para que, al amparo de conceptos amplios e indeterminados, mantengan y sigan consolidando aquel poder y la asimetría en la relación comercial que analizamos.

---

<sup>71</sup> Informe de la Fiscalía Nacional Económica presentado a folio 141, páginas 57 y 58, párrafo 164. Énfasis agregado.

Sin duda que una medida como ésta, cuya eliminación solicitamos, revive los riesgos denunciados e identificados por la FNE en este proceso, referidos a que ciertas marcas integradas con los Operadores podrían acceder a información comercialmente sensible de sus competidores Locatarios, como serían sus ventas, con una desagregación incluso diaria, lo que afectaría la sana competencia.

- **Tercero, no es efectivo que no existan antecedentes sobre una eventual discriminación** a Locatarios no integrados, como sostiene el referido Párrafo 103.

El ya referido **Informe Económico de FK Economics** identificó estas posibles **discriminaciones**, concluyendo expresamente que *"Se identifica que los locatarios que compiten con empresas relacionadas a los CC tendrían una estructura de rentas diferente que la del resto de las tiendas de retail, y más aún, que esta aumentaría con el poder de mercado del CC. En particular, se identifica que las tiendas competidoras a relacionados de los CC pagarían un 37,7% más de arriendo que las tiendas que no compiten con éstos cuando el CC tiene una participación de mercado del 100%, mientras que cuando tiene una participación de mercado menor al 100% esta brecha sería de 12,2%."*<sup>72</sup>

- **Cuarto, esta medida es contraria a lo dispuesto en la propia Resolución de Término en la parte final del citado Párrafo 103,** en cuanto a que **no validó que los Operadores pudieren requerir información adicional a las ventas**, como sería aquella que se incorporaría, por ejemplo, en registros contables con mayor desagregación y especificidad, como lo plantea esta medida.

La necesidad de eliminar esta Condición B. se ratifica cuando verificamos que constituirá un evidente foco de conflicto entre los Operadores y los Locatarios, ya que esta medida no es especialmente clara en cuanto a qué se entiende o comprenden *"registros contables con mayor desagregación y especificidad"*, y porque se señala que esta Condición deberá implementarse por medio de acuerdos específicos entre las partes.

\*\*\*\*\*

Por lo anterior, por su indeterminación, evidentes riesgos anticompetitivos, y por ser contradictoria y limitar el alcance real de la Condición A estipulada en la misma Resolución de Término, **solicitamos la eliminación de esta Condición B.**

---

<sup>72</sup> Informe económico FK Economics agregado al expediente a folio 511, página 47. Énfasis agregado

5. **QUINTA FALTA Y VICIO: LAS DIFERENCIAS DE HORARIO DE FUNCIONAMIENTO ENTRE LOS RETAILERS Y LAS GRANDES TIENDAS SÍ PRESENTAN RIESGOS ANTICOMPETITIVOS EN DETRIMENTO DE LOS PRIMEROS, ESPECIALMENTE SI CONSIDERAMOS QUE TAL COMO LO IDENTIFICÓ EL TDLC LOS SEGUNDOS ESTÁN INTEGRADOS A LOS OPERADORES – SON INSUFICIENTES LAS RAZONES ESGRIMIDAS POR LA RESOLUCIÓN DE TÉRMINO**

Señalamos en la Consulta que otra conducta que podría provocar efectos anticompetitivos consiste en que a los retailers menores se les impone un **horario de funcionamiento distinto al de las grandes tiendas**, muchas de ellas integradas con el centro comercial en el que se encuentran.

En algunos centros comerciales los retailers menores deben operar una hora antes de las grandes tiendas y también mantener sus locales abiertos por una hora más que las ya mencionadas “tiendas por departamentos”, no obstante que la afluencia a público en este período de tiempo es residual, y los costos de mantener las tiendas abiertas superan los ingresos.

¿Qué justificación hay detrás de dicha exigencia, más que el de beneficiar a las grandes tiendas con lo que coloquialmente se conoce como “calentar el mall”?

Estas disposiciones deben ser necesariamente acatadas por los locatarios, ya que conforme indican las Normas Generales, éstos están obligados a respetar rigurosamente los horarios fijados por el respectivo Centro Comercial.

Tal como reconoce el Párrafo 189 de la Resolución de Término, los Locatarios Biarritz, Valverde, Liolá y Calzados Gino, manifestaron la misma preocupación por esta exigencia de los Operadores.

Por su parte, la Resolución de Término estimó – erradamente a nuestro entender – que esta diferencia horaria no sería contraria a una sana competencia, sino que estaría justificada, planteando en el Párrafo 191 que “*considera que la diferenciación de horario de funcionamiento de las tiendas ancla aparece justificada por el distinto tiempo para estar en condiciones operativas para servir a los consumidores*. Asimismo, tipos de tienda como cines y restaurantes tienen distintos horarios en función de la demanda. Por ello, no aparecen contrarias a la libre competencia disposiciones de horario de funcionamiento que tiendan, por una parte, a homogenizar el horario de funcionamiento del mall, con otras que, bajo principios y justificaciones objetivas, permitan una diferenciación por tipos de tienda. Por el contrario, sí serían contrarias a la libre competencia eventuales disposiciones relativas al funcionamiento del mall que diferencien

*horarios sin relación con tipologías objetivas y que no conlleven una explicación razonable, como sería la mera relación de propiedad con el controlador del mall.”<sup>73</sup>*

Si bien es factible aquello que menciona el TDLC en cuanto a la pertinencia de diferentes horarios en lo que respecta exclusivamente a los cines y supermercados en función de su diferente demanda, **ello no es extensible al caso de las denominadas tiendas anclas, ya que la demanda de éstas es similar a la de los locatarios menores.**

Por otra parte, **tampoco se constituye como una razón económicamente eficiente que permitirá mantener esta diferencia de horaria la circunstancia planteada por la Resolución de Término referida a que las tiendas anclas requerirían de un mayor tiempo para estar en condiciones operativas para servir a los consumidores.**

Tal supuesta circunstancia, no acreditada en el proceso, no habilita a determinar horarios diferenciados y menos perjudiciales para comercios menores, los que incluso podrían ser más eficientes en su inicio y cierre de funcionamiento.

Evidentemente, si una tienda ancla requiere de más horas hombres para aperturar y para cerrar, deberá contratar personal que se encargue de dichas labores, pero en caso alguno, esta circunstancia podría ser “remediada” por el respectivo Operador del mall en detrimento de los locatarios que sí cuentan con un personal suficiente para operar correctamente.

Esta determinación del Tribunal constituye una discriminación arbitraria, ya que implica asumir la existencia de empresas de primer y segundo nivel, o lo que es más grave, de primera o segunda categoría.

La E. Corte entenderá que los Locatarios deben contratar personal para cubrir el horario de funcionamiento que les impone el respectivo Mall, personal que ha de tener derechos y obligaciones equivalentes a aquel que trabaja para los Operadores.

Por ello, entendemos necesario que **se disponga una Condición que impida a los Operadores imponer a los Locatarios y/o comercios menores un horario de funcionamiento diferente a aquel de las denominadas tiendas anclas.**

---

<sup>73</sup> Resolución recurrida, páginas 107 y 108. Énfasis agregado.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos señalar lo siguiente:

- La Resolución de Término **correctamente identificó aquello que señalaba la Consulta y que la Excma. Corte Suprema ya anticipó** al revisar este asunto y declarar admisible este proceso no contencioso. Por ejemplo:
  - El TDLC comprobó que la relación comercial existente entre los Operadores de los Principales Centros Comerciales y los Locatarios, se estructura principalmente a partir de las denominadas Normas Generales, fijadas unilateralmente por los Operadores, siendo el resultado de un limitado o inexistente poder de negociación de los locatarios, lo que se plasma en cláusulas abusivas o, al menos, potencialmente abusivas para los arrendatarios, quienes carecen de sustitutos para la venta de sus productos, identificándose riesgos para la competencia.
  - El TDLC identificó los riesgos anticompetitivos derivados de la integración vertical que existe entre los Operadores y comercios que compiten con los locatarios no integrados, encontrándose los asociados de nuestra representada dentro de estos últimos.
- La FNE, en su escrito de aporta antecedentes de folio 141, **también identificó correctamente los referidos riesgos para la competencia** derivados de la relación comercial entre Operadores y Locatarios y la Integración vertical ya comentada, **recomendando una serie de medidas para mitigarlos**, muchas de las cuales fueron consideradas en la Resolución de Término.
- A partir de esta realidad y de estos riesgos, **la Resolución de Término adoptó una serie de medidas o condiciones**, aunque en algunos casos carentes de la necesaria y mínima precisión, con el objeto de tutelar la sana competencia en el mercado relevante en el cual se desenvuelve esta relación comercial.
- Sin perjuicio que lo anterior, la Resolución de Término **invierte en ciertas faltas y yerros que deberán ser enmendadas por la Excma. Corte Suprema, con el objeto de que dicha Resolución sea idónea y suficiente para tutelar la libre competencia en relación a los hechos, actos y convenciones consultadas**. Particularmente, corresponde que se acoja este recurso, y en definitiva:
  - Se modifique la actual estructura tarifaria fijada unilateralmente por los Operadores a partir de su poder de mercado, en el sentido de que en virtud de ésta se comporte el riesgo del negocio o que, al menos, la estructura de cobros tenga alguna relación

con los ingresos de los Locatarios, sin reajustes periódicos por sobre el IPC, y sin incrementarse durante los meses de diciembre de cada año.

- En cuanto a la **Condición H.** si bien es necesario y correcto el establecimiento de cláusulas de salida, corresponde que se elimine la obligación de los Locatarios de tener que indemnizar al Operador, la que carece de razonabilidad jurídica y económica e incluso podrá constituirse como fuente de un enriquecimiento injusto.
- Respecto a la **Condición A.** corresponde que se precise en el sentido de que los Operadores solo podrán exigir a los Locatarios un reporte de las ventas agregadas mensuales y solo para estimar la renta de arrendamiento mensual.
- En lo relativo a la **Condición E.** se precise en el sentido que se entenderá por ventas online que tienen conexión con la tienda física aquellas que se realicen mediante un dispositivo electrónico facilitado dentro de la tienda de un mall determinado, u otra modalidad similar al interior de ésta.
- En lo concerniente a la **Condición F.**, se precise en el sentido de que (i) la determinación de los valores de los gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones y servicios públicos, se base en criterios objetivos, uniformes y no discriminatorios; y (ii) la rendición periódica de los Operadores debe realizarse a partir de partidas desagregadas y que ilustren el uso efectivo de estos cobros.
- En cuanto a la **Condición G.**, se precise en el sentido de que el mecanismo de solución de controversias y las instancias de información y reclamación que deben definirse, sean aprobadas previamente por la FNE, en ejercicio de sus atribuciones contenidas en el artículo 39 letra d) del DL 211.
- **Debe eliminarse la Condición B.**, ya que amplía ilimitadamente las prerrogativas del Operador para que nuevamente pueda requerir y exigir al respectivo Locatario información comercial sensible, manteniéndose los riesgos anticompetitivos identificados que derivan de la integración vertical que existe entre los Operadores y comercios que compiten con los locatarios no integrados.

## **POR TANTO**

Conforme el mérito de autos, las consideraciones de hecho y derecho planteadas en esta presentación y de acuerdo con los artículos 2°, 5°, 18 n°2, 27 y 31 del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

**PEDIMOS A ESTE H. TRIBUNAL tener por interpuesto recurso de reclamación contra la Resolución de Término N°80/2024, dictada con fecha 8 de febrero de 2024, de folio 603, notificada por cédula a esta solicitante con fecha 13 de febrero del presente año,**

**y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, y en definitiva, modifique la referida Resolución recurrida en los términos que se indican en este escrito, o en la forma que US. Excma. estime pertinente.**

JOSE MIGUEL  
GANA  
EGUIGUREN

Firmado  
digitalmente por  
JOSE MIGUEL GANA  
EGUIGUREN  
Fecha: 2024.02.24  
15:05:32 -03'00'

RUBEN  
URRUTIA  
PULIDO

Firmado digitalmente por RUBEN  
URRUTIA PULIDO  
Fecha: 2024.02.24 15:05:59 -03'00'