

Recurso de reclamación.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

EDUARDO CONTESSE CARVACHO, abogado, por **FÁBRICA DE CALZADOS GINO S.A.**, 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 N° 478/2020**, a este H. Tribunal, respetuosamente, digo:

Que en conformidad a los artículos 27 y 31 del D.L. 211, interpongo recurso de reclamación en contra la Resolución N° 80/2024 dictada por este H. Tribunal en autos Rol NC N° 478/2020 con fecha 08 de febrero de 2024 -la “Resolución”- notificada por cédula a esta parte el 13 de febrero pasado, mediante la cual se declaró que los hechos y prácticas objeto de la consulta se ajustan al Decreto Ley N° 211 bajo las condiciones y medidas indicadas en la misma Resolución.

Solicito que este recurso sea admitido a tramitación y elevado a la Excmo. Corte Suprema, para que este Alto Tribunal enmiende y complemente la Resolución en su parte dispositiva en la forma y por las consideraciones que se exponen a continuación:

I. DE LA RESOLUCIÓN N° 80/2024.

La Resolución considera, concluye y resuelve, resumidamente, que ciertas circunstancias y cláusulas contractuales llevadas a su consideración por la Consulta materia de autos, podrían efectivamente poner en riesgo la libre competencia, exigiendo a los grandes centros comerciales medidas que, en general, parecen adecuadas para disminuir los riesgos detectados por el propio H. Tribunal.

En el presente recurso de reclamación -parágrafo II de esta presentación- mi parte solicita que S.S. Excmo. enmiende y modifique algunas de las medidas específicas establecidas por el TDLC en su parte resolutiva.

A su vez, en el parágrafo III, se solicita se incluyan otras medidas que fueron discutidas y analizadas por el H. Tribunal, pero que sin embargo no fueron objeto de una medida positiva por parte del mismo.

II. DE LAS MEDIDA ESTABLECIDAS EN LA PARTE RESOLUTIVA QUE MI PARTE SOLICITA SEAN MODIFICADAS.

II.1. Se modifique la “Medida A” de la parte resolutiva, cuyo texto es: “*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*”.

Se solicita a S.S. Excmo. la modificación de esta medida resolviendo que se debe especificar, de forma concreta, cuál es esa información que se estima es *estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual*.

En efecto, es la misma Resolución la que en su párrafo N° 192 identifica como un grave riesgo el que los operadores puedan hacer uso ilegítimo de la información entregada por sus locatarios, especialmente en los casos de centros comerciales en cuya propiedad participan grandes tiendas de *retail*, competidoras naturales de los comercios independientes.

Es por esta misma razón, entonces, que la Resolución debiese fijar no un mero parámetro máximo de información a compartir por parte de los locatarios (la *estrictamente necesaria*) sino que especificar directamente cuál es el único tipo de información que los arrendatarios pueden consentir en compartir sin afectar la libre competencia.

Mi parte estima que la única información que legítimamente puede ser compartida por los locatarios, en orden a determinar la renta de arrendamiento mensual, corresponde a las ventas agregadas mensuales del respectivo arrendatario.

En consecuencia, solicitamos a S.S. Excma. que enmiende la “Medida A” de la Resolución N° 80/2024 del H. TDLC, estableciendo que la única información que los locatarios deben compartir con los malls corresponde a sus ventas agregadas mensuales, quedando la medida con el siguiente texto:

“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”.

II.2. Se elimine la “Medida “B” de la parte resolutiva, cuyo texto es: *“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”.*

Mi parte solicita a S.S. Excma. elimine por completo esta medida y las razones derivan directamente de lo expuesto en el parágrafo II.1. anterior.

En efecto, mi parte solicita que la entrega de información comercial por parte de los locatarios se haga de forma aún más restrictiva que lo que actualmente establece la Resolución del TDLC. Esta “Medida B” lo que hace es abrir nuevamente la posibilidad de que los centros comerciales, aprovechando su especial posición negociadora, presionen para incluir cláusulas, supuestamente excepcionales, que les permitirían contar con aún más antecedentes de los que son, como la propia Resolución reconoce, sus potenciales competidores.

Es por lo anterior que esta medida debe ser eliminada y así se solicita a S.S. Excma.

II.3. Se modifique la “Medida H” de la parte resolutiva cuyo texto es: *“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 ”.*

Mi parte estima legítima la medida de establecer de forma obligatoria cláusulas de término anticipado de los contratos de arriendo que los locatarios mantienen con los *malls*.

Sin embargo, la multa que la misma “Medida H” dispone -equivalente a dos meses de renta por cada año que reste de vigencia del contrato- carece de todo fundamento desde que el ejercicio del término anticipado no tiene un efecto automático, sino que el locatario debe avisar con tres meses de anticipación lo que de por sí constituye una garantía suficiente para el centro comercial y que además le otorga un lapso de tiempo suficiente para encontrar un nuevo arrendatario para el respectivo local de comercio vacante.

De otra parte, la multa carece de causa jurídica pues el ejercicio del término anticipado corresponde a un derecho propiamente tal y no a una infracción contractual. Es más, desde el momento que centro comercial celebra un nuevo contrato de arriendo con un nuevo locatario, la multa se transforma en un doble pago para el *mall* por el mismo local de ventas, esto es, un enriquecimiento sin causa.

Por último, S.S. Excma. debe tener en consideración que todos estos contratos de arriendo implican por parte del locatario una gran inversión inicial que solo comienza a ser recuperada después de transcurridos varios años de vigencia del respecto contrato de arriendo. Así las cosas, los primeros interesados en persistir en estos contratos son los propios locatarios que solo en circunstancias en extremo excepcionales harán uso de esta facultad de termino anticipado que regula la Resolución del H. Tribunal.

Es por estas consideraciones que solicitamos S.S. Excma. eliminar la multa establecida en la “Medida H” de la parte resolutiva de la Resolución del TDLC, para el caso de término anticipado de contrato por parte de un locatario, quedando la medida con el siguiente texto:

“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”.

III. SE COMPLEMENTE LA RESOLUCIÓN DEL H. TRIBUNAL CON LAS MEDIDAS QUE SE PROponen.

III.1. Se establezca como medida que la estructura tarifaria de la renta que se cobra a los arrendatarios se debe fundar en criterios razonables y transparentes, de acuerdo a las reales posibilidades de ingresos de los locatarios.

La renta mensual que deben pagar los locatarios está compuesta por un valor mínimo mensual reajustable y por un valor porcentual mensual. El Valor Mínimo Mensual (VMM), consiste en un monto fijo de dinero, que se reajusta cada cierto tiempo por sobre el valor de la UF; por su parte, el Valor Porcentual Variable (VPM) corresponde a un porcentaje de todos los ingresos netos mensuales por ventas y servicios obtenidos por el arrendatario.

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

El TDLC fue consultado sobre este aspecto precisamente con el objeto de que se pronunciara sobre la legitimidad de esta estructura de renta, para que en definitiva obligara a los operadores de centros comerciales a establecer una estructura tarifaria basada en criterios transparentes, objetivos, razonables, no discriminatorios y siempre relacionados con los reales ingresos de los locatarios.

Sin embargo, el H. Tribunal desestimó esta aprehensión de los locatarios, dictaminando en el Considerando N° 87, entre otros, que: “*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 (...) 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*”.

Es manifiesto el error en que incurre el H. Tribunal.

No se está cuestionando que distintas estructuras de renta pueden ser perfectamente legítimas. Lo que se cuestiona es que, en el caso de los centros comerciales de gran envergadura, esta estructura no se encuentra debidamente fundada y justificada en criterios razonables, sino que por el contrario, obedecen a una mera imposición de los *malls* a los locatarios, imposición que tiene su causa no en el ánimo *distribuir los riesgos* como proclama la Resolución, sino que simplemente en cobrar lo más posible, aprovechando su innegable posición de preponderancia en las negociaciones con los locatarios.

Es por esta razón que se solicita a S.S. Excma. agregar como medida a ser cumplida por los centros comerciales que la estructura de renta establecida en los contratos de arriendo entre *malls* y locatarios debe fundarse en criterios razonables y transparentes, de acuerdo a las reales posibilidades de ingresos de los locatarios.

III.2. Se establezca como medida que las diferencias de renta entre los distintos locales comerciales se deben fundar en antecedentes objetivos y conocidos de las partes.

Señala el Considerando N° 114 de la Resolución del H. Tribunal: “En relación con la transparencia y objetividad del monto cobrado por el arriendo, particularmente del cobro fijo, no hay antecedentes en autos que permitan concluir que la variabilidad en los precios por superficie tenga relación con un abuso contrario a la libre competencia”.

No objeta mi parte que este puede ser el caso y que efectivamente pueden existir razones que justifiquen el diferente cobro de rentas entre distintos locatarios, especialmente en relación a las tiendas *anclas*. El mismo H. Tribunal enumera algunas posibles circunstancias justificantes.

Lo que se reclamaba del TDLC es que constatará que estas supuestas *justificaciones* son desconocidas para el resto de los locatarios, a los que simplemente se les impone una tarifa con absoluto desconocimiento de cuáles son los criterios tomados en cuenta para dicha determinación.

Los locatarios, los mismos que se encuentran obligados a compartir su información de ventas, desconocen cuál es, en cambio, la información manejada por los grandes centros comerciales al momento de, aprovechándose de su privilegiada posición negociadora, imponer una determinada renta.

Es por lo anterior que se solicita a S.S. Excma. que, complementando la Resolución del H. Tribunal, disponga como una de las medidas el que cualquier diferencia de renta entre los distintos locales comerciales se debe fundar en antecedentes objetivos conocidos por los locatarios.

III.3. Se establezca como medida la prohibición de aumentar de la tarifa de arrendamiento durante el mes de diciembre.

Es un hecho no discutido. Los operadores de grandes centros comerciales imponen en los contratos de arriendo un cobro de renta extraordinaria durante el mes de diciembre de cada año que significa, en general, un recargo en la renta de un 75% al 100%. Por supuesto, esta es una ventaja que solo juega a favor del arrendador y no se somete a negociación.

La Resolución del H. Tribunal constata esta situación pero desestima su carácter atentatorio a la libre competencia pues, a su juicio, “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” (Considerando N° 122).

En el Considerando citado se aprecia como el TDLC elude el objeto más importante de la consulta. Y es que precisamente lo que se alega es que no *existe transparencia y claridad*, ni sobre este doble

cobro del mes de diciembre, ni, como se ha referido en este recurso, sobre ninguno de los cobros que los grandes centros comerciales realizan a sus locatarios.

Lo cierto es que el aumento de la renta del mes de diciembre sólo tiene su causa en que los grandes centros comerciales ven ahí una oportunidad de imponer un cobro superior al regular.

Dado lo anterior es que se solicita que S.S. Excma. agregue como medida la prohibición de aumentar de la tarifa de arrendamiento durante el mes de diciembre.

III.4. Se establezca como medida la obligación de los centros comerciales de justificar debidamente las restricciones y diferencias en el horario de atención al público, principalmente, en razón al comportamiento del público consumidor objetivo de cada tienda.

Es un hecho no discutido que no todo el comercio agrupado dentro de un centro comercial de gran envergadura tiene un mismo horario de funcionamiento. Eso no debería llamar la atención dada la distinta naturaleza de los locales y el carácter de sus consumidores.

El problema radica en que estos horarios de funcionamiento no son elegidos por los locatarios en base a sus propios criterios económicos y comerciales en un contexto de libre mercado, sino que a una decisión, imposición, de los centros comerciales.

Señala el H. Tribunal en su Considerando N° 191: “Este Tribunal 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”.

Razón Tiene el H. Tribunal cuando señala que *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*; se equivoca, en cambio, al no constatar que ese es precisamente el caso actual que se da entre locatarios y la imposición de horarios de los centros comerciales.

En efecto, no se ha justificado bajo ningún respecto esta diferencia de horario entre, por ejemplo, las grandes tiendas ancla y los locatarios de menor envergadura.

La Resolución en el Considerando citado reitera el mismo vicio. Y así señala que las tiendas ancla requerirían un horario de apertura retrasado por el supuesto distinto tiempo que les es necesario para estar en condiciones operativas para servir a los consumidores lo que no es necesariamente efectivo pues se no toma en cuenta el hecho indubitado de que las grandes tiendas cuentan, de la misma forma, con una mayor dotación de personal destinado precisamente a preparar las *condiciones operativas para servir a los consumidores*; además, no son buenos ejemplos los citados, esto es, los *cines y restaurantes*, pues precisamente respecto de ellos el distinto horario está justificado por el distinto comportamiento de los consumidores que componen su clientela.

Pero ¿qué comportamiento de los consumidores justifica, en cambio, que las tiendas de, por ejemplo, ropa y vestimenta, tengan un horario diverso al de una gran tienda *ancla*? No lo sabemos y aún así la Resolución, equivocadamente, lo da por justificado.

Lo que se solicita a S.S. Excma. es, entonces, que establezca como medida que el horario de funcionamiento sea fijado por criterios económicos y comerciales efectivos, fundados principalmente en el comportamiento de los consumidores objetivos de cada uno de los locales o tiendas que integran los *malls*.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO, tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 80/2024, dictada el 08 de febrero de 2024 y notificada

por cédula a esta parte el 13 de febrero del presente, darle tramitación y elevarlo a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo del mismo, lo acoja y enmiende, rectifique y complemente la Resolución N° 80/2024 conforme a Derecho y a las consideraciones expuestas en esta presentación, esto es:

- I. Se modifique la “Medida A” de la parte resolutiva de la Resolución N° 80/2024 según se señaló en el apartado II.1. de este recurso de reclamación.
- II. Se modifique la “Medida B” de la parte resolutiva de la Resolución N° 80/2024 según se señaló en el apartado II.2. de este recurso de reclamación
- III. Se modifique la “Medida H” de la parte resolutiva de la Resolución N° 80/2024 según se señaló en el apartado II.3. de este recurso de reclamación.
- IV. Se complemente la parte resolutiva de la Resolución N° 80/2024 del H. Tribunal con las medidas que se proponen en el parágrafo III de este recurso de reclamación.
- V. En subsidio, se enmiende, modifique o complemente la Resolución N° 80/2024 del H. Tribunal, según lo estime pertinente S.S. Excma. conforme al mérito de autos.

EDUARDO
ANDRES
CONTESSE
CARVACHO

Firmado digitalmente
por EDUARDO
ANDRES CONTESSE
CARVACHO
Fecha: 2024.02.24
11:11:25 -03'00'