

En lo principal: recurso de reclamación; **otrosí:** solicitud que indica.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Juan Carlos Dörr Bulnes y Nicholas Mocarquer Grout, abogados, en representación de **Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A.** ("Grupo Marina"), en los autos caratulados "Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado", **Rol NC-478-2020**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (el "H. Tribunal"), respetuosamente decimos:

En conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 ("DL 211"), y estando dentro de plazo, interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 80/2024 de este H. Tribunal (la "Resolución"), dictada con fecha 8 de febrero de 2024, y notificada a esta parte con fecha 12 de febrero de 2024, solicitando que la Excm. Corte Suprema revoque dicha Resolución, o que al menos lo haga respecto de Grupo Marina, señalando que no hay antecedentes en autos para declarar que los hechos y prácticas analizadas por el H. Tribunal en el marco de la consulta de autos ("Consulta") puedan infringir el DL 211, y mucho menos, fijar condiciones.

En subsidio, solicitamos que la Excm. Corte Suprema deje sin efecto el literal H de la Parte Resolutiva de la Resolución, o que lo deje sin efecto al menos respecto de Grupo Marina, que, en síntesis, establece como condición de la misma, que los centros comerciales de amplio alcance tipo mall deberán cumplir con la medida consistente en 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, pudiendo la indemnización asociada ser, como máximo, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses, por cada año que reste de vigencia del contrato.

Todo lo anterior por los motivos de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

I. Grupo Marina

1. A modo de breve introducción, debemos tener presente que Grupo Marina es un operador de centros comerciales que cuenta con *malls* propios sólo en las ciudades de Viña del Mar, Curicó y Concepción y, además, administra el centro comercial Mall Barrio Independencia, que pertenece a un tercero, todos los cuales enfrentan fuerte competencia con diversas alternativas o sustitutos, sin que se pueda considerar que Grupo Marina detenta una posición dominante bajo ningún escenario o perspectiva. Entre dichas alternativas o sustitutos, además del comercio online, están los locales físicos fuera de *malls*, incluyendo en otros centros comerciales de mayor y menor tamaño y a nivel de calle en el centro de la ciudad y calles principales, siendo esto último particularmente relevante en las ciudades de regiones donde se ubican los *malls* operados por Grupo Marina. A su vez, en el caso de Mall Barrio Independencia, único ubicado en la ciudad de Santiago, cabe señalar que, desde que abrió su operación a público y a la fecha, presenta aproximadamente un 25% de vacancia, que hasta ahora no ha conseguido superar.

II. Ausencia de riesgo de libre competencia en un mercado relevante concreto

2. Como la Excm. Corte Suprema lo señaló al conocer respecto a la admisibilidad de la Consulta, en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva, el H. Tribunal califica o determina “(...) *la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto*”¹ (el destacado en esta cita y en todas las citas del presente recurso es nuestro).

3. En el mismo sentido, señala la Excm. Corte Suprema que “[e]l asunto sometido al conocimiento del tribunal no debe implicar la existencia de una controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la eventual **disconformidad entre unas disposiciones singulares y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto**”².

4. A su vez, en el párrafo 43 de la Parte Considerativa de la Resolución, el H. Tribunal, al referirse al mercado relevante, señala que “[/]la Consulta dice relación con el eventual abuso que ejercerían los *malls* sobre sus arrendatarios (en particular, los comercios independientes de los operadores). **Según AGR, los *malls* tendrían una posición dominante (...). La posibilidad de abuso de posición dominante depende de las**

¹ Excm. Corte Suprema, Sentencia de fecha 10 de mayo de 2021, dictada en autos Rol N° 138.221-2020 (“Sentencia 10 de mayo de 2021”), considerando tercero.

² Sentencia 10 de mayo de 2021, considerando noveno.

*alternativas o sustitutos que tienen los comercios de canalizar sus ventas a través de medios y formatos distintos al mall, lo que **requiere centrarse en la definición del mercado relevante***".

5. La necesidad de dicha definición es reiterada en el párrafo 32 de la Parte Considerativa de la Resolución al señalar que "(...) **la determinación de si un agente posee o no posición dominante requiere de un análisis del mercado relevante que el Informe Valdés no realiza**".

6. Pues bien, en la Resolución recurrida, el H. Tribunal simplemente no definió un mercado relevante concreto, por lo que mal pudo detectar un riesgo de libre competencia que justificara la imposición de las medidas decretadas en la Resolución, especialmente respecto de las supuestas conductas abusivas alegadas, que requieren de una posición dominante para ser consideradas riesgosas en sede de libre competencia.

7. En efecto, como lo ha señalado reiteradamente el H. Tribunal, para que se pueda configurar una conducta anticompetitiva abusiva, se requieren 2 elementos: (i) una posición de dominio; y (ii) que el agente dominante despliegue un comportamiento abusivo. Así, si no existe una posición dominante, simplemente no puede existir abuso de esta, por lo que es imposible que se materialice un riesgo de libre competencia respecto de las conductas alegadas como abusivas. En ese sentido, dado que el H. Tribunal no definió un mercado relevante, tampoco pudo establecer la existencia de una supuesta posición dominante o poder de mercado de Grupo Marina. Ello conlleva que la imposición de medidas para prevenir o mitigar supuestas conductas abusivas, al menos en lo que se refiere a nuestra representada, no tiene justificación alguna en sede de libre competencia.

8. Al respecto, el H. Tribunal dedica varios párrafos de la Resolución a describir la dificultad que existe para definir un mercado relevante en el marco de la Consulta —lo que es un problema derivado en gran parte de la amplitud, dispersión y falta de especificidad de esta—, para luego omitir una definición concreta del mismo, pasando simplemente a **asumir**, sin una justificación concreta o clara, **que todos los malls pueden ejercer poder de mercado** respecto de algunos comercios.

9. En ese sentido, a modo de ejemplo, en el párrafo 48 de la Parte Considerativa de la Resolución, al describir los problemas que existen para definir un mercado relevante en este contexto, el H. Tribunal señala que "(...) **los distintos formatos se ubican en un**

continuo en el que el grado de sustitución de uno respecto de otro es difícil de precisar. Adicionalmente, el comercio electrónico, que demostró ser una alternativa de compras significativa a raíz del confinamiento por la pandemia (...), pudiera ser una alternativa pertinente para ciertas tiendas en algunos de los formatos señalados”.

10. En la misma línea, el H. Tribunal agrega en el párrafo 57 de la Parte Considerativa de la Resolución, que “[l]a distinta naturaleza de los clientes finales, las posibilidades de canalizar sus productos por vías alternativas y especialmente, el hecho que los precios de los arriendos reflejan el atractivo de la localización y la escasez de terrenos es consistente con que, en la evidencia comparada, se haya tendido a ampliar fuertemente la definición de mercado relevante o derechamente, se observe cierta reticencia a considerar la relación mall-comercio como una que derive en condiciones monopólicas”.

11. A su vez, señala el H. Tribunal en el párrafo 62 de la Parte Considerativa de la Resolución, que “(...) los comercios pueden usar distintos canales, de forma única o simultánea; focalizarse en un área geográfica precisa o amplia; orientar sus ventas a segmentos de clientes determinados o en general; y que los comercios difieren en sus características y estrategias, por lo que **hay un continuo de sustitución entre distintos canales para diversos comercios**”.

12. Luego, y producto de dicha dificultad antes descrita, en el párrafo 67 de la Parte Considerativa de la Resolución, el H. Tribunal señala que “(...) 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 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 [sic] no ser contrarias a la libre competencia, sin perjuicio que siempre pudieran ser gravosas para algunos comercios**”.

13. Continúa el H. Tribunal, en el párrafo 69 de la Parte Considerativa de la Resolución, señalando que “[a]sí, **el análisis que sigue se realizará asumiendo que los malls pueden ejercer poder de mercado respecto de un tipo de comercios, con independencia de**

la presencia de otros malls o zonas comerciales en las cercanías, en función de las características particulares que presenta esta industria para este subconjunto de comercios".

14. En otras palabras, y desde la perspectiva de nuestra representada, sin justificarse ni menos acreditarse una supuesta posición dominante o poder de mercado de Grupo Marina —elemento esencial sin el cual no puede existir riesgo de una eventual conducta abusiva en sede de libre competencia—, la Resolución infundadamente le impone medidas que afectan sus derechos, una de ellas particularmente gravosa, como expondremos *infra*.

15. Del mismo modo que la afectación del bien jurídico protegido puede ser potencial al existir una posición dominante que permita cometer un eventual abuso, si no existe tal posición dominante, la potencial afectación desaparece por completo. En ese sentido, el H. Tribunal ha excedido sus facultades al imponer medidas gravosas para atenuar un potencial riesgo, en base a **simplemente asumir**, arbitrariamente, un supuesto poder de mercado.

16. De hecho, el H. Tribunal reconoce expresamente que, en caso de definir un mercado relevante desde la perspectiva geográfica, que es lo que corresponde, ya sea según isócronas, regiones o zonas, lo anterior podría llevar a concluir que las cláusulas contractuales no serían contrarias a la libre competencia. A su vez, y desde un punto de vista de mercado relevante de producto, el H. Tribunal también reconoce que hay un continuo de sustitución en distintos grados entre *malls*, *power centers*, *strip centers* y otras alternativas, como podrían ser tiendas en la calle y comercio electrónico. En consecuencia, el mercado relevante quedó completamente abierto en cuanto a producto y zona geográfica, sin que el H. Tribunal haya efectuado una definición específica y concreta respecto del mismo.

17. En definitiva, ¿puede el H. Tribunal dirimir diferencias actuales o eventuales entre partes que han libremente pactado un contrato sin que se haya constatado un problema de libre competencia? Evidentemente no. Ello sería contrario al elemento esencial de su mandato legal. Pues bien, al no definirse un mercado relevante concreto que permitiera sostener la existencia de una eventual posición dominante, no se ha justificado la existencia de un problema de libre competencia que permita la intervención del H. Tribunal mediante la imposición de medidas. En otras palabras, en este caso, el H. Tribunal ha excedido

claramente sus facultades legales, que conforme a los artículos 1, 2³ y 18 N°2 del DL 211 sólo lo habilitan para fijar condiciones, cuando los actos o contratos puedan infringir la libre competencia en un mercado determinado.

18. Todo contrato involucra cierta diferencia en la posición negociadora de las partes, pero ese no es un problema de libre competencia. El problema de libre competencia puede eventualmente surgir si dicha diferencia es producto de una posición dominante en un mercado relevante concreto y definido. Plantear lo contrario supondría que prácticamente todo contrato involucra un problema de libre competencia y que, por lo tanto, todo contrato podría o debiera ser intervenido y modificado por el H. Tribunal, para corregir aquellas obligaciones que una de las partes desea no cumplir por haberse tornado inconvenientes para ella. Ello atentaría contra los más esenciales principios de nuestro ordenamiento jurídico.

19. Aceptar lo anterior supondría que se estaría creando en nuestro sistema legal una causal especial de modificación de contratos: la "inconveniencia". Si algo de lo pactado se torna incómodo para una de las partes, ésta puede recurrir al H. Tribunal para que modifique lo acordado, bastando para ello que exista una eventual diferencia en la posición negociadora de las partes. Todo ello, sin la necesidad de que se confirme en autos un problema de libre competencia. La afectación a la certeza jurídica que ello conllevaría es gravísima.

20. Por todo lo anterior, la imposición de las medidas incluidas en la Resolución no tiene justificación alguna en sede de libre competencia, al menos respecto de Grupo Marina.

II. Improcedencia de la verdadera sanción establecida en el literal H de la Parte Resolutiva de la Resolución

21. En subsidio de lo anterior, esta parte solicita que la Excma. Corte Suprema deje sin efecto, al menos respecto de Grupo Marina, el literal H de la Parte Resolutiva de la Resolución, que, además de no tener justificación, es una verdadera sanción para los operadores de centros comerciales, y que por lo tanto no tiene cabida en un procedimiento

³ El inciso primero del artículo 1 del DL 211 expresa que "*[l]a presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*". A su vez, el artículo 2 del DL 211 dispone que "*[c]orresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*".

no contencioso de consulta. Ello por los fundamentos ya esgrimidos, que reiteramos, además de los que se detallan a continuación.

22. Como ya señalamos, en síntesis, dicho literal de la Resolución establece, como condición de la misma, que los centros comerciales de amplio alcance tipo mall deberán cumplir con la medida consistente en 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, pudiendo la indemnización asociada ser, como máximo, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses, por cada año que reste de vigencia del contrato.

23. Al respecto, lo primero que llama la atención es que, al establecer la señalada facultad de término unilateral, anticipado y sin causa, el H. Tribunal, además de omitir un análisis de libre competencia concreto del mercado relevante, simplemente clasifica de manera abstracta y genérica a todos los centros comerciales de más de 20.000 m² prescindiendo absolutamente de sus características individuales, tales como si se trata de un centro comercial que enfrenta mucha o poca competencia en su entorno, si está ubicado en el centro de ciudades o no, si está ya consolidado o no, si enfrenta niveles de vacancia altos o bajos, si ha tenido dificultades para la renovación de contratos con los comercios o no, etc.

24. Asimismo, el H. Tribunal prescinde absolutamente de las particularidades que pueda tener cada uno de los contratos de arrendamiento que pretende injustificadamente intervenir, prescindiendo por ejemplo de las características de la contraparte de los centros comerciales (salvo por la exclusión de las tiendas anclas), de si la duración libremente pactada por las partes tuvo incidencia en la elección del arrendatario frente a otros interesados en el mismo local, en el valor de la renta pactada, en inversiones que las partes hayan comprometido con motivo del contrato, o en otras estipulaciones de las partes, especialmente en el caso de locatarios con cadenas de tiendas que arriendan varios locales al interior de un mismo centro comercial o en distintos centros comerciales de un mismo operador cuando han optado por negociar las condiciones de todos sus contratos en forma conjunta. La intromisión que el H. Tribunal pretende hacer a los contratos de arrendamiento sería una indebida justificación del incumplimiento al principio de la buena fe por parte de los arrendatarios de los centros comerciales en caso de que decidieren ejercerla. Notará la Excma. Corte Suprema que podría consagrarse una derogación de los principios generales

de toda contratación, pues el término anticipado que pretende imponer el literal H. de la Parte Resolutiva de la Resolución aparece concebido como un derecho absoluto que ni siquiera exige una fundamentación, y cuyo ejercicio incluso abusivo e intempestivo por parte de un arrendatario estaría asociado a un exiguo límite de responsabilidad. Se privaría así a los centros comerciales de derechos y protecciones de general aplicación en la contratación.

25. A su vez, y más allá de todo lo señalado, sorprende que no se haya expuesto ni fundamentado el problema de libre competencia concreto que justificaría la adopción de dicha medida en particular, tan extrema y perjudicial para nuestra representada. En efecto, para fundamentar su decisión de imponer esta medida e intervenir de manera tan grave y sustancial prácticamente todos los contratos de arriendo —que constituyen el principal activo de los operadores de centros comerciales y el elemento esencial de todo su negocio—, el H. Tribunal únicamente esgrime argumentos de simple “conveniencia” para una de las partes, lo que no se encuentra amparado por la regulación de libre competencia.

26. En ese sentido, en el párrafo 164 de la Parte Considerativa de la Resolución, el H. Tribunal cita una opinión de la FNE que señala “(...) *la falta de cláusulas de salida deja a los locatarios en una situación de desventaja, ya que se ven obligados a continuar con el arriendo cuando no les es conveniente*”.

27. En esa misma línea, en el párrafo 166 de la Parte Considerativa de la Resolución, el H. Tribunal menciona, como único criterio en apoyo de la medida que impugnamos, una consideración aparentemente salomónica, ya que al parecer consideraría injusto que los locatarios que no son tiendas anclas “(...) *se vean en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración*”. En otras palabras, sería poco conveniente que los contratos sean honrados de la manera en que fueron libremente convenidos.

28. Es en base a ello, y no a fundamentos de protección de la libre competencia, que el H. Tribunal decide no permitir la existencia de contratos de arriendo en que dichos locatarios no tengan el derecho de salir prácticamente cuando quieran, con un efecto patrimonial mínimo para ellos.

29. Por otra parte, y como ya se señaló, la medida decretada corresponde a una verdadera sanción en contra de esta parte, desconociéndose así el tenor de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia 10 de mayo de 2021.

30. Al respecto, la Excma. Corte Suprema señaló que, al ejercer la potestad consultiva en este caso y sólo de ser procedente, el H. Tribunal puede “(.) *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 deberán respetarse en todo instrumento*”⁴.

31. Ese marco dado por la Excma. Corte Suprema al H. Tribunal no es trivial y se deriva directamente del tipo de procedimiento de autos: un procedimiento no contencioso de consulta. En ese sentido, la Excma. Corte Suprema expresa que “(...) *también resulta de la máxima relevancia establecer ciertas delimitaciones en la naturaleza y fines del procedimiento no contencioso en materia de libre competencia. (...) Por otro lado, tampoco resulta procedente confundir las condiciones que puedan ser impuestas por el TDLC en el marco del ejercicio de la potestad contenida en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, con aquellas medidas de orden preventivo, correctivo o prohibitivo que podría establecer en una sentencia como complemento o en lugar de una sanción en el marco del ejercicio de su potestad jurisdiccional. En este orden de ideas, aun cuando el artículo 26 señale como posibles medidas a adoptar en la sentencia definitiva, la de “modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”, tal prerrogativa debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión*”⁵.

32. Es claro que la medida impugnada supone una modificación específica de contratos existentes, modificando un elemento esencial de los mismos, como es el plazo, para introducir un nuevo y muy relevante derecho en favor de los locatarios, con medidas y prerrogativas precisas, como lo son un plazo determinado de anticipación para avisos de terminación y un monto máximo de indemnización por el ejercicio de las mismas. Ello incumple derechamente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema.

33. Además, ¿por qué tres meses y no seis o doce meses? Y, ¿por qué ese límite de indemnización en particular? No hay razones en la Resolución que apoyen los detalles de esa definición adoptada por el H. Tribunal. Tampoco se hace un análisis de por qué un

⁴ Sentencia 10 de mayo de 2021, considerando undécimo.

⁵ Sentencia 10 de mayo de 2021, considerando octavo.

contrato de duración superior a un año debiera ser considerado de “larga duración” —como se desprende del párrafo 167 de la Parte Considerativa de la Resolución, pese a que dicha referencia es omitida en el literal H impugnado—, y con ello potencialmente justificar (en aras de la libre competencia) el establecimiento de este colosal derecho en favor de los locatarios.

34. En ese sentido, la medida que impone el H. Tribunal aparece como completamente arbitraria en sus bordes, sin que se explique ni justifique la racionalidad detrás de la manera que se establece y dibuja este nuevo derecho para todos los locatarios que no sean tiendas anclas. Ello, considerando, de forma adicional, que entre dichos locatarios que no calificarían como tiendas anclas, también se encuentran marcas y actores muy relevantes, muchos de ellos pertenecientes a cadenas internacionales, que se verían desproporcionadamente favorecidos con esta infundada medida.

35. En efecto, la medida beneficiará a grandes operadores que pertenecen a la asociación gremial consultante, tales como Komax (representante de marcas como GAP, Polo Ralph Lauren, Brooks Brothers, The North Face, Mammut, The Banana Republic, UGG, Old Navy, Marmot, etc.), que a su vez fue recientemente adquirida por Grupo Axo —conglomerado que reúne más de cincuenta marcas comerciales, más de nueve mil colaboradores, más de siete mil puntos de venta y opera en cuatro países⁶—(representante de marcas como Calvin Klein, Victoria’s Secret, Tommy Hilfiger, Guess, Abecrombie & Fitch, DC Shoes, Bath & Body Works, etc.); y MacOnline (filial de Sonda); así como también a otros que no pertenecen a la referida asociación gremial, como Forus (representante de CAT, Columbia, Under Armour, Vans, Hush Puppies, Patagonia, Rockford, Brooks, Billabong, Burton, Jansport, Mango, Calpany, etc.). Pero no solo eso; también beneficiará a bancos, farmacias, empresas de telecomunicaciones (e.g., Entel, Movistar, Claro, Wom), La Fête (filial de Nestle), Samsung, H&M, Zara, Nike, Casa & Ideas, Derco (recientemente adquirida por Inchcape); marcas relacionadas a tiendas ancla; etc. Todos los anteriores tienen seguramente mucho mayor tamaño o patrimonio que Grupo Marina.

36. La manera de razonar contenida en la Resolución al imponer esta medida, sin justificación alguna que la apoye, excede con mucho el ámbito de competencia del H. Tribunal. Excluida la protección de la libre competencia como fundamento, una decisión de esta naturaleza como medida preventiva, resulta tan alejada de nuestro ordenamiento

⁶ <https://www.grupoaxo.com/nosotros>

jurídico que dudamos siquiera que un árbitro arbitrador intentaría establecerla en una sentencia.

37. La potestad de intervenir un contrato en estas materias, yendo en contra de principios básicos del derecho contractual como su obligatoriedad e intangibilidad, viene dada sólo por la necesidad de proteger un principio fundamental de orden público económico cual es la libre competencia. Entonces, fuera de la hipótesis en que esa libre competencia se vea claramente amenazada o derechamente vulnerada, la potestad de alterar un contrato, modificando sus términos y condiciones, debe verse severamente restringida. En ausencia de ese escenario de afectación de la libre competencia, que podría operar como justificación para entrometerse normativamente en un contrato, son las normas del derecho común las únicas que confieren y ofrecen los remedios correctivos o preventivos a los que pueden recurrir las partes, y es solo en ese ámbito que puede incursionarse, evaluarse o afectarse lo que han convenido libremente las partes.

38. En este caso, el establecimiento de un derecho unilateral y absoluto, que puede ejercerse sin invocación de causa, solo para una de las partes de los contratos de arriendo, es verdaderamente una sanción que se impone a la parte que resulta desmejorada. Al ser un derecho unilateral conferido solo a una de las partes, introduce una clara asimetría en los contratos de arrendamiento, y si se considera que ese derecho se otorga a prácticamente todos los locatarios, tenemos que esa asimetría conjunta se transforma en una dificultad global en la operación y administración de los centros comerciales. Ello, sin que se expresen fundamentos de libre competencia que lo justifique.

39. Sin perjuicio de todo lo señalado y, en cualquier caso, la medida es además improcedente pues alteraría una cláusula que **tiene una justificación plenamente legítima, que es beneficiosa para la plataforma de dos lados presente en la administración de los centros comerciales** y, por tanto, que no es abusiva.

40. Lo anterior es reconocido expresamente por el H. Tribunal, que indica que los plazos más bien largos son beneficiosos para ambas partes del contrato y que pueden ser positivos en términos de eficiencia. En efecto, en el párrafo 165 de la Parte Considerativa de la Resolución, el H. Tribunal expresa que *“[e]ste Tribunal concuerda con que **contratos de mayor plazo permiten reducir riesgos para las partes y, consecuentemente, pueden tener un efecto positivo en la eficiencia.** En particular, es consciente de los costos que puede generar al mall y a todos los comercios que permanecen en él la vacancia generada*

por el abandono intempestivo de locales. Por ello, concuerda con que eliminar toda restricción a la salida, particularmente en los comercios de mayor tamaño, repercutiría adversamente en el atractivo del mall y eventualmente en el valor de los arriendos”.

41. Es decir, no sólo hay ausencia de riesgos, sino que, por el contrario, **el H. Tribunal reconoce que existen razones de competencia que justifican una limitación al término unilateral, anticipado y sin causa de los contratos.**

42. La administración centralizada de la plataforma de dos lados presente en los centros comerciales, cuyas bondades el H. Tribunal reconoce en varios pasajes de la Resolución, debe incentivar una oferta lo más variada y constante en el tiempo, para intentar obtener la mayor afluencia posible de consumidores fidelizados, que vean en la misma una alternativa confiable y estable, que es lo que determina a su vez el interés de los diversos locatarios por arrendar los locales y permanecer en ellos, generándose un círculo virtuoso. Ese es el fin de las cláusulas que limitan el término unilateral, anticipado y sin causa de los contratos, y que permiten mantener una adecuada modulación entre los plazos de duración de los diversos contratos de arrendamiento para que experimenten términos diferidos.

43. Por el contrario, permitir que los locatarios pongan término unilateral, anticipado y sin causa a sus contratos de arriendo, en el cortísimo plazo y demás condiciones fijadas en la Resolución, sin permitir al operador organizar adecuadamente su salida y administrar contratos con vencimientos diferidos, hará que aumente la vacancia, afectando la señalada estabilidad de la oferta y la percepción de los consumidores, y, por tanto, a la plataforma en su conjunto, generándose un círculo vicioso. Un lugar en que desordenadamente van cambiando las tiendas en breves periodos, debilita sin duda la relación con los consumidores, afectando a todas las partes. En efecto, habrá locatarios que, velando legítimamente por su propio interés, generarán externalidades negativas, que no internalizarán, perjudicando a todas las partes de la plataforma en el largo plazo, incluyendo a locatarios y consumidores.

44. Al respecto, en la práctica, si se mantuviere la medida establecida por el H. Tribunal y se permite el término anticipado de los contratos por parte de los locatarios, cabe preguntarse: ¿se buscará establecer en los contratos el mismo derecho para los operadores de los centros comerciales? Es previsible que sí. Con ello, al introducirse mayor incertidumbre respecto a la duración de los contratos, los locatarios perderán seguridad respecto a que sus inversiones realizadas en la habilitación del local y construcción de

clientela, podrán ser recuperadas. ¿Beneficiará ello realmente a todos los locatarios de centros comerciales —incluyendo a los que no participaron de la Consulta, que son la mayoría— que buscan estabilidad en sus contratos? ¿Beneficiará ello a la plataforma en su conjunto?

45. Adicionalmente, es probable que los locatarios de menor tamaño, con marcas nuevas y emergentes, se vean más afectados por esta medida. Dado que carecen de trayectoria, su desempeño es menos predecible, lo que representa un mayor riesgo para los operadores y la plataforma. En este contexto, ante una menor estabilidad en los flujos debido a la medida, los operadores buscarán reducir otros riesgos, como apostar por marcas nuevas, prefiriendo en su lugar marcas reconocidas o internacionales, que al menos ofrecen una mayor certeza en cuanto al rendimiento de sus ventas.

46. Más aún, el aumento en el riesgo que tendrán los operadores de perder el flujo proveniente de contratos que se terminen anticipadamente, se reflejará necesariamente en una presión al alza de la renta de arrendamiento, lo que probablemente termine afectando más a cierta parte de los locatarios, en beneficio de otros que tengan mejor posición negociadora. Nuevamente, ¿beneficiará esta medida realmente a todos los locatarios de centros comerciales?

47. Por otra parte, cabe mencionar que, en nuestra experiencia, lo habitual en la generalidad de los contratos de arrendamiento comercial de cualquier tipo, no sólo en centros comerciales, es que no se permita a ninguna de las partes ponerle término anticipado al mismo (salvo, obviamente, en casos de incumplimiento). A su vez, es usual en los contratos de arrendamiento a plazo fijo de diversa índole, que la pena que acuerdan las partes para el arrendatario incumplidor sea el pago de las rentas por el plazo residual. De hecho, así lo establece el propio Código Civil, que en su artículo 1955 señala que “[c]uando el arrendamiento debe cesar en virtud del desahucio de cualquiera de las partes, o por haberse fijado su duración en el contrato, el arrendatario será obligado a pagar la renta de todos los días que falten para que cese, aunque voluntariamente restituya la cosa antes del último día”. Lo anterior busca en parte establecer incentivos adecuados para que los arrendatarios cumplan las obligaciones asumidas, e impedir la alternativa de que el incumplimiento de sus obligaciones llegue a ser económicamente más eficiente o conveniente que el cumplimiento de las mismas. Por ello, extraña profundamente a esta parte que lo anterior pueda siquiera ser considerado abusivo, al punto que se intente limitar

severamente la posibilidad de acordar lo anterior. Una herramienta como la que el H. Tribunal ha estimado a bien entregarle a los arrendatarios facilita tanto la liberación de sus obligaciones que desincentiva la generación de esfuerzos para intentar tener éxito en su emprendimiento. Ante cualquier inconveniente que se presente, le saldrá más fácil y económico a los locatarios abandonar el centro comercial que desplegar medidas, en conjunto con las que despliega la administración, para afrontar los inconvenientes y lograr buenos resultados.

48. Por último, además del grave efecto en la operación de los centros comerciales, la medida impugnada tendría otros gravísimos efectos negativos para Grupo Marina, algunos de los cuáles señalamos a continuación, y que la tornan totalmente injustificada y desproporcionada.

49. En primer lugar, la medida afectaría la estabilidad de los flujos de los operadores de centros comerciales, al alterar gravemente sus contratos de arrendamiento que son su principal activo. Estos representan flujos valorizables y son el corazón del negocio. Si los contratos a plazo fijo renovable se transforman en la práctica en contratos de cortísimo plazo o precarios, al ser terminables en cualquier momento en un lapso de sólo tres meses, el valor de esos contratos se vería seriamente afectado. En su análisis, el H. Tribunal le asigna mucho valor estabilizador a los contratos de las tiendas ancla, pero obvia el hecho que el principal activo del operador de centros comerciales está dado por la suma de los contratos que no son tiendas ancla. Al respecto, en el caso de Grupo Marina, tomando los datos del año 2023, aproximadamente el 83% de los ingresos provienen de comercios que no calificarían como tiendas anclas. La adopción de una medida que impactaría gravemente dichos flujos, sin que existan razones de vulneración de la libre competencia como fundamento, resulta en una abierta vulneración al derecho de propiedad del operador. Se le arrebataría parte del principal activo y corazón de su negocio por medio de remedios destinados a corregir situaciones que en la especie no se presentan.

50. A su vez, es previsible que la medida encarecerá el financiamiento de los operadores de centros comerciales. En la Resolución, el H. Tribunal se refirió en repetidas oportunidades a la importancia de los contratos con tiendas anclas para facilitar el financiamiento de los proyectos de centros comerciales y hacerlos viables. Sin embargo, sin explicación, minimiza y obvia el papel fundamental que tienen los contratos con los otros locatarios, incluyendo también a la hora de buscar financiamientos para ampliaciones,

remodelaciones o expansiones, o refinanciar pasivos preexistentes. Como ya se señaló, si dichos contratos se transforman en contratos de cortísimo plazo, se estaría generando un riesgo que encarecerá el financiamiento de los operadores, lo que nuevamente terminará por afectar a la plataforma y sus miembros.

51. Por otra parte, la medida impugnada introduce un riesgo que puede ser extremadamente grave para los centros comerciales: el de retiro masivo, o amenaza de retiro masivo, de locatarios. Este fenómeno, podría producirse de manera espontánea o incluso concertada. Puede causarlo una situación coyuntural, como lo fue la pandemia o el estallido social, o una estrategia para negociar de manera grupal condiciones nuevas, como ha ocurrido con esta Consulta. Más allá de la falta de legitimidad de lo anterior, lo cierto es que la mantención de esta medida introduciría un riesgo que puede perfectamente llevar al colapso de un centro comercial —como ya señalamos, aproximadamente el 83% de los ingresos de Grupo Marina provienen de comercios que no calificarían como tiendas anclas—, antes de que se pudiera adoptar ninguna medida preventiva o correctiva. Imaginemos un escenario en que, de un momento a otro, todos los locales del patio de comida notificaran, de forma separada, pero en forma prácticamente paralela, la decisión de poner término a sus contratos en tres meses. Es imposible para un centro comercial conseguir en ese tiempo locales de reemplazo. Ello afectaría gravemente la plataforma y la dejaría expuesta ante cualquier tipo de presión en el marco de procesos negociadores de futuras condiciones contractuales. En su análisis, el H. Tribunal parece haber considerado el potencial efecto del cierre de cada locatario individualmente considerado, minimizando por tanto sus consecuencias, pero **no consideró el efecto de un ejercicio masivo de dicho derecho (o amenaza de ello), que sería mucho más grave que el retiro de una tienda ancla.**

52. Según se ha descrito *supra*, son múltiples los efectos perniciosos que ocasionaría la medida de introducir un derecho a término unilateral, anticipado y sin causa de los contratos por parte de los locatarios. Todos ellos deteriorarían el negocio de operación de centros comerciales, impactando negativamente la plataforma que administran, y con ello a todos los participantes de la misma, incluyendo los locatarios que se buscaba proteger. Y todo ello, no en base a riesgos de libre competencia, y ni siquiera dentro del marco de un proceso contencioso, sino que para supuestamente mejorar los niveles de “conveniencia” de locatarios. Por ello, esta medida a todas luces debe ser dejada sin efecto, al menos respecto de Grupo Marina.

Por tanto,

Al H. Tribunal respetuosamente pedimos: tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 80/2024 del H. Tribunal, dictada con fecha 8 de febrero de 2024, y notificada a esta parte con fecha 12 de febrero de 2024, declararlo admisible, darle tramitación y, en definitiva, elevarlo a la Excma. Corte Suprema, a fin de que esta última, sobre la base de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, acoja el presente recurso, y, en consecuencia:

1. Que la Excma. Corte Suprema revoque la Resolución N° 80/2024 del H. Tribunal, o que al menos lo haga respecto de Grupo Marina, señalando que no hay antecedentes en autos para declarar que los hechos y prácticas analizadas en el marco de la Consulta puedan infringir el DL 211, y mucho menos, fijar condiciones; o
2. En subsidio, que la Excma. Corte Suprema deje sin efecto íntegramente el literal H de la Parte Resolutiva de la Resolución N° 80/2024 del H. Tribunal o que lo deje sin efecto al menos respecto de Grupo Marina.

Otrosí: En conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del DL 211, solicitamos a la Excma. Corte Suprema que, al conocer del presente recurso de reclamación, resuelva desde luego, y al proveer esta presentación, suspender totalmente los efectos de la Resolución.

Esta solicitud se funda en que la imposición inmediata de las medidas que el H. Tribunal improcedentemente ha decretado en su Resolución, especialmente aquella incluida en el literal H de su Parte Resolutiva, generarán efectos negativos de una magnitud tal que luego serían muy difíciles de revertir. Ello, generando graves perjuicios a nuestra representada. Todo ello, tal como se ha descrito en lo principal de nuestra reclamación, y que aquí reiteramos. Por tal motivo, resulta absolutamente necesario que se suspendan los efectos de la Resolución. En otras palabras, si no se suspenden tales efectos, el daño provocado por las medidas contenidas en la Resolución, que puede llegar a ser irreversible, se generaría antes que la Excma. Corte Suprema pueda tener la oportunidad de dejarlas sin efecto, conforme a lo solicitado por esta parte.

Por otro lado, tampoco se ve la urgencia de introducir las medidas fijadas por la Resolución, con efecto inmediato. En ese sentido, el daño puede ser más permanente que el beneficio que la inmediatez podría procurar obtener.

Por tanto,

A la Excma. Corte Suprema respetuosamente pedimos: que resuelva suspender totalmente los efectos de la Resolución recurrida mientras se resuelve el presente recurso de reclamación.

Firmado digitalmente
por JUAN CARLOS
DORR BULNES
Fecha: 2024.02.23
16:10:36 -03'00'

Firmado
digitalmente por
NICHOLAS
ADRIAN
MOCARQUER
GROUT
Fecha: 2024.02.23
16:16:42 -03'00'