

Recurso de reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Pedro Rencoret Gutiérrez y María Jesús Cifuentes Acevedo, abogados, en representación de **Inmobiliaria Power Center Ltda. ("PASMAR")**, en estos 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 N°478-2020, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 inciso final del Decreto Ley N°211 (DL 211), venimos en deducir **recurso de reclamación en contra de la Resolución N°80/2024 dictada el pasado 8 de febrero**, solicitando al H. Tribunal que lo admita a tramitación y se eleven los autos a la Excma. Corte Suprema, para que conociendo del mismo, lo acoja y, en definitiva, deje sin efecto las medidas que impuso a Pasmар.

La Resolución N°80 impone a nuestra representada una serie de medidas (las "Medidas") que **no tienen fundamento alguno en la protección de la libre competencia**. En efecto, la Resolución N°80 prescindió de una definición concreta de los mercados relevantes donde participa Pasmар y no constató que ella tenga un poder de mercado que justifique imponerle las Medidas. Esto es especialmente relevante considerando que Pasmар -a diferencia de los demás intervinientes- tiene presencia exclusivamente regional, no está verticalmente integrado con ninguna tienda ancla de retail, enfrenta una realidad competitiva distinta a aquella de otros operadores a nivel nacional y claramente tiene nulo poder de mercado.

En realidad, la Resolución N°80 se apoya en un supuesto *mayor poder de negociación* que -genéricamente- *todos* los operadores de centros comerciales tendrían sobre los locatarios, particularmente aquellos pertenecientes a la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (la “AGR”). Sin embargo, como reconoce la misma Resolución, **Pasmar se desenvuelve en una realidad competitiva completamente distinta**, por lo que **no se justifica que se le incluya en el mismo grupo de grandes operadores** que compiten a nivel nacional, en la Región Metropolitana y/o que se encuentran verticalmente integrados.

Pasmar opera exclusivamente en la Región de Los Lagos y de los Ríos, donde -a partir de un enorme esfuerzo emprendedor, innovador y tomando riesgos que nadie más se ha atrevido a correr- ha realizado importantes inversiones para establecer centros comerciales en la zona sur del país. Para ello, ha debido generar una oferta atractiva tanto a consumidores como a locatarios, realizando grandes esfuerzos para que estos últimos -particularmente los de marcas conocidas- se instalen en sus centros comerciales.

Por lo anterior, **no es efectivo que los locatarios tengan un menor poder de negociación frente a Pasmar**. La situación es generalmente al revés. Son los locatarios de reconocidas marcas quienes se encuentran en posición de exigir a nuestra representada una serie de prerrogativas contractuales para acceder a instalarse en los distintos centros comerciales de Pasmar en el sur de Chile.

De este modo, **las medidas impuestas por la Resolución N°80**, particularmente aquellas establecidas en las **letras H e I**, **deben ser eliminadas respecto de Pasmar**. Ellas no sólo no encuentran justificación alguna en la libre competencia ni en un supuesto poder de negociación de nuestra representada, sino que, además, **amenazan seriamente la estabilidad financiera de sus malls y arriesgan la destrucción de esta industria en regiones, perjudicando a nuestra representada y a sus diversos usuarios.**

Para efectos de orden, nuestro análisis se desarrolla según el siguiente índice:

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESOLUCIÓN N°80/2024 DEL H. TRIBUNAL4

**CAPÍTULO SEGUNDO. LA RESOLUCIÓN N°80/2024 IMPONE A PASMAR MEDIDAS SIN
MEDIAR FUNDAMENTOS DE LIBRE COMPETENCIA QUE LAS JUSTIFIQUEN7**

I. LA RESOLUCIÓN N°80 PRESCINDIÓ DE UNA DEFINICIÓN CONCRETA DE MERCADO RELEVANTE
QUE JUSTIFIQUE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS A PASMAR 8

 A. No existe un mercado relevante aplicable a todos los operadores y todos los locatarios 8

 B. El mercado relevante en que opera Pasmар 10

II. LA RESOLUCIÓN N°80 NO SE FUNDA EN LA LIBRE COMPETENCIA, SINO EN UN SUPUESTO
“MAYOR PODER DE NEGOCIACIÓN” DE LOS OPERADORES QUE PASMAR NO TIENE13

 A. La Resolución N°80 confunde poder de mercado con poder de negociación contractual
 (y, en cualquier caso, Pasmар no tiene ninguno de los dos)..... 13

 B. Los locatarios tienen un alto poder de negociación, al menos respecto de Pasmар 15

III. LA RESOLUCIÓN N°80 AL IMPONER LAS MEDIDAS A PASMAR EXCEDIÓ LAS FACULTADES QUE
EL ARTÍCULO 18 N°2 LE OTORGA AL H. TRIBUNAL, DELIMITADAS CON PRECISIÓN POR LA EXCMA.
CORTE SUPREMA21

 A. El análisis particular de las Medidas demuestra que la Resolución N°80 no determinó
 cómo las cláusulas objetadas podrían presentar riesgos para la libre competencia en el caso de
 Pasmар 22

 B. La Resolución N°80 modificó específicamente las cláusulas sobre término anticipado que
 puedan contener los contratos entre Pasmар y locatarios, en vez de plantear lineamientos
 generales 24

IV. LA RESOLUCIÓN N°80 PRESCINDIÓ DE UN ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL MERCADO: OMISIÓN
TOTAL DE LA PRESIÓN COMPETITIVA EJERCIDA POR EL CANAL ONLINE A PASMAR.....27

**CAPÍTULO TERCERO. LAS MEDIDAS QUE IMPONE LA RESOLUCIÓN N°80 SON
PARTICULARMENTE GRAVOSAS PARA PASMAR Y DEBEN SER DEJADAS SIN
EFECTO31**

**CAPÍTULO CUARTO. EN SUBSIDIO, PETICIONES RELATIVAS A LAS MEDIDAS H E I
ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN N°8032**

CAPÍTULO PRIMERO.

LA RESOLUCIÓN N°80/2024 DEL H. TRIBUNAL

En síntesis, la Resolución N°80 se basó en los siguientes fundamentos:

1. En cuanto a la industria, la Resolución N°80 siguió la definición de *mall* de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), esto es, aquellas "*plataformas de encuentro que agrupan un conjunto de tiendas en un lugar donde se comercializan bienes y servicios destinados a satisfacer distintas necesidades de los consumidores y que les proveen comodidades y entretenimiento*" (c. 6°). En particular, estableció que se considerarían para estos efectos solamente los "*centros comerciales de amplio alcance, con superficie mayor a 20.000m², que se orientan a público masivo, poseen gran variedad de servicios, como por ejemplo patio de comida y cines y que se suelen denominar malls*" (c. 7°).
2. Respecto de los actores que participan en este mercado, destaca que los **principales operadores** de centros comerciales pertenecerían a los grupos Plaza, Cencosud, Parque Arauco, Confuturo, VivoCorp, Patio, Marina y Pasmар, con distintas participaciones a nivel geográfico y metros cuadrados arrendables. Desde ya cabe destacar que, según la Resolución N°80, **Pasmар es el actor de menor tamaño entre los operadores** (c. 10°).

Sin embargo, la Resolución N°80 no caracteriza de modo alguno a los **clientes de este mercado, esto es, los locatarios** y el poder de negociación que tienen respecto de Pasmар, que debe esforzarse por convencerlos de instalarse en la zona sur del país. Solamente señala que, debido a las importantes inversiones que requiere un centro comercial y las externalidades de red presentes en esta industria (c. 11° y 12°), para los *malls* es imprescindible contar con una **tienda ancla** para hacer viable el proyecto. Estas tiendas se definen como "*tiendas de gran*

tamaño [que] incluyen hipermercados, tiendas por departamento, cines, y clínicas entre otras" (c. 13°).

3. En lo que respecta al mercado relevante, la Resolución N°80 hace un análisis bajo distintas posibles definiciones, desde las más amplias a las más acotadas (c. 43° y siguientes). Por un lado, reconoce que *"el análisis de isócronas e isodistancia respecto de consumidores finales y que se ha aplicado para la definición de mercado relevante en casos de supermercados, no sería directamente aplicable al caso de autos"* (c. 53°), pero también señala que ello no significaría *"negar una vinculación entre el análisis a ser aplicado a los comercios que son clientes del mall y el aplicado a los consumidores finales usuarios de éstos"* (c. 54°).

Al mismo tiempo, destaca que Pasmarr, la FNE y la propia AGR reconocen que *"el mercado del producto es distinto para cada locatario"* (c. 61°), de modo que *"los malls pueden ser esenciales para un porcentaje de los comercios y, a la vez, muy prescindibles para otro"* (c. 62°). A mayor abundamiento, señala que *"la dependencia a cada centro comercial es diferenciada. Ello precisa una aproximación metodológica distinta, consistente con que AGR abarca una amplia gama de comercios, lo que requiere reconocer que coexisten algunos que tienen pocas posibilidades de sustituir el canal mall, con otros que tienen mayores posibilidades de hacerlo"* (c. 65°). Así, concluye que *"las mismas cláusulas contractuales, podrían o no ser contrarias a la libre competencia, sin perjuicio que siempre pudieran ser gravosas para algunos comercios"* (c. 67°), según la definición de mercado relevante que se adopte.

Pero acto seguido, la Resolución N°80 toma una decisión completamente contradictoria con todo lo anterior, señalando que el análisis se efectuará *"en el entendido de que un porcentaje relevante de comercios, independientemente que **no se pueden 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”, precisando que se trata de una “aproximación conservadora” (c. 67º) y un “criterio exigente” (c. 68º).

En definitiva, **la Resolución N°80 terminó prescindiendo de la definición de mercado relevante en particular**, y declaró simplemente que su análisis se efectúa *“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”* (c. 69º).

4. Este equivocado análisis llevó a la Resolución N°80 a adoptar una serie de exigentes **Medidas** aplicables a *todos* los operadores de centros comerciales, incluso a Pasmor en su condición de actor de menor tamaño y alcance local, para que los hechos y prácticas objeto de la consulta se ajusten al DL 211. En resumen, las Medidas fueron las siguientes:

- (i) Establecimiento de protocolos de requerimiento e intercambio de información sensible de los locatarios (Medidas A, B y C);
- (ii) Establecimiento de procedimientos específicos para cumplir dichos protocolos (Medidas D, literales (i); (ii) y (iv));
- (iii) Medidas para prevenir incurrir en la prohibición de interlocking y en la omisión del deber de informar participaciones minoritarias (Medida D literal (iii));
- (iv) Medidas que establecen ciertos deberes y requisitos para las relaciones contractuales entre los operadores y locatarios (medidas E a J); y

- (v) La obligación de implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia (medida K).

Como se puede advertir, la Resolución N°80 impuso a Pasmár una serie de exigencias sin que existan argumentos económicos que lo justifiquen, atendida su manifiesta falta de poder de mercado en general y respecto de sus locatarios, particularmente aquellos que representan marcas reconocidas a nivel internacional.

El problema es que, al no fundarse en justificaciones económicas, la Resolución N°80 termina imponiendo Medidas a Pasmár que lograrán precisamente el efecto contrario: dañar la competencia, imponiéndole mayores costos de operación, poniendo en riesgo su operación y perjudicando con ello a sus distintos usuarios (pequeños comercios y consumidores), como se explicará en esta presentación.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA RESOLUCIÓN N°80/2024 IMPONE A PASMAR MEDIDAS SIN MEDIAR FUNDAMENTOS DE LIBRE COMPETENCIA QUE LAS JUSTIFIQUEN

Como lo ha señalado la doctrina, la adopción de medidas en procedimientos no contenciosos sólo se justifica si se requiere prevenir o mitigar un riesgo concreto y previamente identificado para la libre competencia¹.

¹ En concreto, se ha señalado que “los remedios deben ser apropiados, efectivos y sujetos a ciertos principios económicos y legales del caso presentado. Así, en atención al principio de proporcionalidad, corresponde que las autoridades de la competencia identifiquen la solución menos restrictiva que remueva el riesgo anticompetitivo”. Agüero V., Francisco. Informe en derecho titulado “Incumplimiento y Modificación de Medidas de Mitigación Establecidas por el TDLC”, elaborado para la Fiscalía Nacional Económica y acompañado a los autos Rol C N°279-2014 del H. Tribunal, p. 35.

Sin embargo, la Resolución N°80 no estableció la existencia de riesgos concretos para la libre competencia, especialmente en lo que se refiere a Pasmár, pues, reconociendo la imposibilidad de definir un mercado relevante aplicable a los hechos consultados y, por ende, la existencia de poder de mercado de parte de los distintos operadores de centros comerciales, terminó estableciendo severas Medidas que no tienen justificación económica y que resultan contraproducentes para la libre competencia.

Lo anterior justifica dejar sin efecto todas las Medidas adoptadas respecto de Pasmár, como se explica en este capítulo.

I. LA RESOLUCIÓN N°80 PRESCINDIÓ DE UNA DEFINICIÓN CONCRETA DE MERCADO RELEVANTE QUE JUSTIFIQUE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS A PASMAR

A. No existe un mercado relevante aplicable a *todos* los operadores y todos los locatarios

La Resolución N°80 reconoció que no era posible definir un solo mercado relevante aplicable a todos los centros comerciales y a todos sus locatarios, como se desprende de los Considerandos 53°, 54°, 61°, 62°, 65° y 67°.

En concreto, la Resolución N°80 reconoció que Pasmár, la FNE y la propia Consultante están contestes en que **existen mercados relevantes del producto distintos para cada locatario**, pues su definición dependerá del nivel de sustitución que los distintos centros comerciales de cada operador presentan para cada uno de aquellos (c. 61°).

Lo anterior se desprende de la sola lógica. Por ejemplo, resulta evidente que el mercado relevante será distinto para el locatario Peluquerías Integrales S.A.

(*Domino's Pizza*), que apunta a un público muy masivo; que para Komax S.A. (*Brooks Brothers*), que apunta a un público exclusivo.²

Incluso más, el mercado relevante varía no sólo según el locatario, sino para cada una de las marcas que ellos operan. Tomando nuevamente el ejemplo de Komax S.A., el mercado relevante será distinto para su marca Brooks Brothers, que comercializa vestuario formal y de alta gama; que para su marca Andesgear, que vende ropa y accesorios *outdoor*. Ello explica, por ejemplo, que Andesgear esté en dos de los centros comerciales de Pasmor, pero que en ellos no haya ninguna tienda Brooks Brothers.

Lo anterior quedó en evidencia en el Informe de Aprobación que puso fin a la investigación Rol N°F181-2019 de la Fiscalía Nacional Económica. En efecto, la empresa que opera la marca Papa John's señaló que *"lo que nos interesa es la ubicación geográfica, independiente del formato, salvo los casos en que se define estar dentro de un mall. Además consideramos que strip center, power center o locales a la calle son sustitutos entre ellos, cuando abarcan una misma área de influencia"*.³

Sin embargo, la Resolución N°80 terminó renunciando a definir un mercado relevante concreto, señalando solamente que *"un porcentaje relevante de comercios, independientemente que no se pueden 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"* (c. 67°).

Es decir, en base a que *algunos malls* podrían ejercer poder de mercado respecto de *algunos* comercios, terminó dictando Medidas que afectan a todos ellos,

² Ver <https://www.brooksbrothers.cl/tiendas> y <https://www.dominospizza.cl/locales>.

³ Fiscalía Nacional Económica. Informe de aprobación de Cesión de activos de Patio Comercial SpA a un fondo de inversión administrado por Larrain Vial S.A. Administradora General de Fondos. 18 de abril de 2019, Rol FNE F-181-2019, §16.

incluyendo a nuestra representada, que opera en un mercado relevante específico con características muy particulares, como reconoció la propia Resolución N°80 y según se expone a continuación.

B. El mercado relevante en que opera Pasmар

Pasmар opera una cadena de centros comerciales y edificios de oficinas, exclusivamente localizadas en las regiones de Los Lagos y de Los Ríos, sin que tenga proyectado expandirse a otras regiones⁴. Nuestra representada cuenta actualmente con nueve centros comerciales, de los cuales siete podrían eventualmente calificar como *mall* según los criterios expresados en la Resolución N°80:

Centro comercial	Ciudad
Mall Paseo Costanera	Puerto Montt
Mall Ampliación Paseo Costanera	Puerto Montt
Mall Paseo del Mar	Puerto Montt
Mall Paseo Puerto Varas	Puerto Varas
Mall Paseo Chiloé	Castro
Outlet Paseo Alerce	Puerto Montt
Mall Paseo Valdivia	Valdivia

Tabla 1: Malls operados por Pasmар

Estos *malls* representan una participación ínfima de la industria nacional: son menos del 10% del total de metros cuadrados disponibles para arriendo de locales, como lo destacó la Resolución N°80. De hecho, esta participación sería

⁴ FNE, Informe de Archivo de fecha 25 de marzo de 2021 en la Investigación Rol N°2638-20, sobre Denuncia contra Jack Mosa por compra de acciones en Parque Arauco, §20 y §21. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/03/inpu_003_2021-Rol-2638-20.pdf

aún menor de considerarse a Falabella Inmobiliario como parte del grupo Plaza, como se desprende de la tabla inserta en el Considerando 10⁵:

Ilustración 1: Tabla N°2 del Considerando 10°

Tabla N°1: Metros cuadrados disponible para arriendo de los desarrolladores inmobiliarios de centros comerciales ²⁷		
Desarrollador inmobiliario centro comercial	Metros cuadrados disponible arriendo	Participación de acuerdo a metros cuadrados
Grupo Plaza	[1.200.000-1.400.000]	[20-30]%
Grupo Cencosud	[1.000.000-1.200.000] ²⁸	[10-20]%
Grupo Parque Arauco	[400.000-600.000]	[0-10]%
Grupo Confuturo	[200.000-400.000] ²⁹	[0-10]%
Grupo VivoCorp	[200.000-400.000] ³⁰	[0-10]%
Grupo Patio	[200.000-400.000] ³¹	[0-10]%
Grupo Marina ³²	[200.000-400.000]	[0-10]%
Grupo Pasmarr	[200.000-400.000]	[0-10]%
Falabella Inmobiliario	[200.000-400.000] ³³	[0-10]%
Otros	[600.000-800.000]	[10-20]%
Total	[5.000.000-6.000.000]	100,00%

Fuente: Elaboración propia a partir de información aportada por los Operadores en respuesta a los Oficios Ord. N°928-21 FNE, N°929-21 FNE, N°930-21 FNE, N°931-21 FNE, N°932-21 FNE y N°933-21 FNE y fuentes públicas.

Es muy relevante para este caso recalcar que **Pasmarr no está integrada con empresas de retail** y tampoco tiene proyectado hacerlo en el futuro. Esto hace que las inversiones en que ha incurrido nuestra representada para desarrollar centros comerciales tengan un riesgo mayor que las que realizan los operadores integrados, según se desprende del Considerando 13° de la Resolución N°80⁶.

⁵ Véase, pie de página N°36 de la página 9 del Aporte de Antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica de folio 141, donde se señala que Falabella Inmobiliario está relacionada al grupo Plaza.

⁶ El Considerando 13° de la Resolución señala lo siguiente: “Como señalan distintos aportantes y la FNE, estas características tienen incidencia en los riesgos de desarrollar los proyectos, lo que se traduce en el costo del financiamiento. Ello explicaría, al menos en parte, que un 73% de los malls construidos en Chile esté integrado verticalmente con una “tienda ancla”, que se refieren a tiendas de gran tamaño, e incluyen hipermercados, tiendas por departamento, cines, y clínicas entre otras, con la que negocia previamente un contrato de larga duración que ayuda a hacer viable el proyecto. A su vez, la garantía de contar con tiendas ancla asegura un flujo de clientes, lo que aumenta el atractivo del proyecto para comercios menores, que toman su decisión con una perspectiva de clientes más

Por otra parte, **el hecho que Pasmар opere exclusivamente en la Región de Los Lagos y en la Región de Los Ríos hace que su mercado sea más desafiante**, ya que enfrenta la presión competitiva no sólo de otros centros comerciales y del canal *online* (al igual que otros operadores), sino también -y en mayor medida- **de las tiendas ubicadas en las calles céntricas de las ciudades donde opera**. Así lo ha reconocido además el H. Tribunal, al señalar que los centros urbanos “*pueden ser sustitutos relevantes de los malls, especialmente en regiones*”.⁷

Sólo a modo ejemplar, los miembros de la AGR, Komax S.A., Oxford S.A. y Peluquerías Integrales S.A., que representan importantes marcas de *retail*⁸, arriendan locales en la Región de Los Lagos o de Los Ríos fuera de los centros comerciales de Pasmар.⁹

Así las cosas, resulta incomprensible que la Resolución N°80 haya desconocido que en el mercado relevante donde opera, Pasmар enfrenta mayor presión competitiva de las tiendas ubicadas en las calles céntricas de la ciudad y mayores dificultades para atraer a importantes marcas comerciales a zonas alejadas de la capital. Ello amerita dejar sin efecto las Medidas respecto de Pasmар, por el grave daño que producirá a nuestra representada y a sus usuarios a los dos lados de la plataforma.

cierta. Ello también reduce el costo de financiamiento para los desarrolladores, toda vez que a través de esa integración y de los contratos de larga duración, aseguran un flujo estable de pagos”.

⁷ TDLC, Resolución N°24/2008, §186.

⁸ Según la Consulta, Komax S.A. representa a numerosas y reconocidas marcas de vestuario formal y outdoors, y accesorios, como GAP, Brooks Brothers y AndesGear (ver *infra*); y Oxford a Oxford, Muvo, Kona, Kali y Zefal (Consulta de folio 11, pp. 7 y 8).

⁹ Fuente: páginas web de las marcas North Face, Oxford y Domino's Pizza.

II. LA RESOLUCIÓN N°80 NO SE FUNDA EN LA LIBRE COMPETENCIA, SINO EN UN SUPUESTO “MAYOR PODER DE NEGOCIACIÓN” DE LOS OPERADORES QUE PASMAR NO TIENE

A. La Resolución N°80 confunde poder de mercado con poder de negociación contractual (y, en cualquier caso, Pasmár no tiene ninguno de los dos)

Tal como lo señala la Resolución N°80, la Consulta de la AGR decía relación con eventuales abusos que ejercerían los *malls* sobre sus arrendatarios. En este sentido, estableció que “*la posibilidad de abuso de posición dominante depende de las 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*” (c. 43°).

Sin embargo, como se revisó en la sección anterior, la Resolución terminó prescindiendo de una definición de mercado relevante, por lo que **no es posible establecer la existencia de riesgos para la libre competencia que justifiquen adoptar medidas aplicables a la relación comercial entre los referidos actores.**

Tan es así, que la Resolución N°80 decidió imponer medidas bajo el entendido que *algunos* de los locatarios se encontrarían en una supuesta *desventaja negociadora* respecto de *algunos operadores*, como se desprende de los Considerandos 67° y siguientes, que por su relevancia se reproducen a continuación:

“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 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.**

68. La aceptación de un criterio exigente, que asegura que ningún comercio quede expuesto a una situación de negociación muy desfavorecida, reconoce también que **otros comercios tendrán alternativas y poder de negociación, por lo que cláusulas abusivas no podrían aplicarse sobre ellos.** En consecuencia, este Tribunal tendrá en especial consideración la transparencia de las condiciones y contratos que impliquen diferenciaciones sin una explicación razonable, particularmente basada en costos.

69. Así, **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.** Esta aproximación permite indagar en el potencial anticompetitivo de las cláusulas contractuales y de las prácticas, considerando la heterogeneidad de los comercios y, en particular, la vulnerabilidad en la que pudieran quedar los que tienen menor capacidad de negociación”.

De estos Considerandos es fácil advertir que la Resolución N°80 no consideró argumentos de libre competencia para imponer las Medidas a Pasmár, sino sólo un supuesto *mayor poder de negociación* genérico que *todos* los operadores de centros comerciales tendrían respecto de sus locatarios, pero sin hacer distinción, precisión ni análisis alguno respecto de Pasmár. Lo anterior, en directa contradicción de lo señalado más arriba en la misma Resolución, donde estableció

que **no resulta procedente** *“confundir eventuales diferencias en la posición negociadora de las partes con la existencia de poder de mercado”,* ya que *“la determinación de si un agente posee o no posición dominante requiere de un análisis del mercado relevante [...] y, aun cuando la imposición de ciertas condiciones contractuales podría dar un indicio de su existencia, **éstas podrían justificarse en el marco del modelo de negocios de los centros comerciales y la distribución de riesgos, de corto, mediano y largo plazo,** que en él se plantea”* (c. 32°).

En definitiva, nos encontramos frente a una decisión del H. Tribunal que impuso exigentes Medidas a *todos* los operadores de centros comerciales, sin contar con una justificación económica ni jurídica. Y lo que es más grave, aplicó las mismas Medidas a Pasmár, aún cuando la misma resolución explica y reconoce que es un actor menor, que opera en sólo dos regiones al sur del país y que enfrenta una realidad competitiva totalmente distinta, mucho más intensa.

B. Los locatarios tienen un alto poder de negociación, al menos respecto de Pasmár

Incluso bajo el criterio de la Resolución N°80, que vela más por una supuesta desventaja de los locatarios en la negociación de sus contratos que por la libre competencia, el análisis es equivocado respecto de Pasmár.

En efecto, la AGR afirmó en su Consulta que es una asociación gremial *“fundamentalmente constituida por pequeños y medianos empresarios”*¹⁰. No obstante, en el mismo listado inserto en el escrito, es posible advertir que la AGR reúne

¹⁰ Consulta de folio 11, página 7.

diversos comercios que difícilmente podrían calificarse como “pequeños y medianos empresarios”.

De hecho, varios de ellos son empresas de gran tamaño que representan no una sino que diversas marcas ampliamente conocidas a nivel nacional. Por ejemplo:

- ***Valverde Norambuena S.A.***

Esta empresa representa a las marcas ***Black and Blue***, ***Limonada*** y ***4Kids!***. Tiene 110 tiendas a lo largo del país y se está expandiendo a Estados Unidos, donde proyectan tener 50 puntos de venta durante los próximos años. Además, su gerente general afirma que buscan potenciar el canal *online*, para llegar a un 30% de penetración al 2026¹¹.



- ***Komax S.A. (Grupo Axo)***

Komax S.A. se transformó en **Grupo AXO**, una empresa multinacional que distribuye más de 50 marcas reconocidas en México, Chile, Perú, y Uruguay. En su página web, el Grupo Axo afirma ser “***líder multimarca y multicanal dentro del ámbito de la moda, accesorios, calzado, belleza y cuidado personal***” y contar con “***una presencia dominante en tres de los más atractivos sectores de la industria.***”

¹¹ Diario El Mercurio, “*Limonada fortalecerá estrategia online en EE.UU. y busca expandirse a California y Texas en los próximos años*”. Publicado el 24 de abril de 2023, link: <https://digital.elmercurio.com/2023/04/24/B/VM492E4B#zoom=page-width>.

*Lifestyle, Athletics & Outdoors y Off-Price*¹². Las marcas más conocidas del Grupo Axo son *Old Navy, Kivül, Victoria's Secret, UGG, Kipling, DC Shoes, Andesgear, Bath & Body Works, Banana Republic, GAP, Brooks Brothers, Marmot y Mammot*, entre varias otras¹³. Estos productos además son comercializados a través de su propia plataforma de e-commerce, <https://www.kliper.cl/>.



- *Calzados Gino S.A.*

Esta fábrica nacional de calzado comercializa zapatos y zapatillas bajo reconocidas marcas como *Pollini, 16Hrs, Panama Jack, Bruno Rossi, Mingo y Zappa*.¹⁴ La empresa forma parte del Grupo Gino, y se declara como “*líder en la fabricación y comercialización de calzado*”, cuenta con más de 40 tiendas y 1.000 trabajadores. Además, hace algunos años¹⁵, inauguró el dominio www.pz.cl, donde el Grupo Gino comercializa todas sus marcas vía online.

¹² La página web www.komax.cl deriva a la página <https://grupoaxo.com/>. En el apartado <https://grupoaxo.com/nosotros> se puede ver la información citada.

¹³ Véase, <https://grupoaxo.com/marcas>, sección Chile.

¹⁴ Fuente: <https://www.linkedin.com/company/fabrica-de-calzados-gino-s-a/?originalSubdomain=cl>.

¹⁵ El dominio www.pz.cl fue creado el año 2008. Fuente: <https://www.nic.cl/registry/Whois.do?d=pz.cl>.



Como se puede advertir, estas empresas son grandes (incluso multinacionales) y multimarca, por lo que tienen un gran poder de negociación, particularmente respecto de Pasmár. Lo anterior, por cuanto **tienen el potencial de abrir diversas tiendas en un solo mall (o en más), representando a distintas e importantes marcas que son relevantes para el mix que ofrecen los centros comerciales.**

También, hay empresas que pertenecen a la AGR y que, si bien no representan un elevado número de marcas, estas son tan conocidas, que también tienen la capacidad de tener presencia en varios *malls* (por ejemplo, Badamax Retail S.A. (*Ferouch*); o Distribuidora Comercial Textil Limitada (*Monarch*), que operan distintas tiendas en casi todos los *malls* de Pasmár).

Además, es importante señalar que la Resolución N°80 es aplicable a todos los *malls* y a todos sus locatarios, particularmente los que no califican como *tienda ancla* y aún cuando sean estratégicas para Pasmár. Por ejemplo, Forus S.A.:

- **Forus S.A.**

Esta empresa comercializa un amplio portafolio de marcas licenciadas y propias en Chile, Perú, Uruguay y Colombia. Entre las más conocidas, se encuentran CAT, RKF, Columbia, Under Armour, Merrell, B.Soul, VANS, Hush Puppies, Azaleia y Norseg, entre muchas otras. La empresa actualmente cuenta con 3.300 trabajadores y tiene 389 tiendas físicas. Además, actualmente **comercializa el 24% de sus productos a través del canal online**, por medio de plataformas propias y

*marketplaces*¹⁶, el que busca potenciar con diversos proyectos de digitalización y mejoras logísticas.



Así, empresas de gran tamaño, múltiples marcas e incluso alcance internacional, se verán injustamente beneficiadas por las Medidas adoptadas por el H. Tribunal, aunque evidentemente tienen un mejor poder negociador que nuestra representada (que opera a nivel local y no en la capital).

El escaso poder de negociación que Pasmart tiene respecto de los locatarios quedó además establecido en la Encuesta FNE¹⁷, la que permitió establecer que **los malls de Pasmart son esenciales o importantes para una parte muy reducida de los locatarios (38 de 320, esto es, tan sólo un 12%)**, lo que tampoco fue considerado en la Resolución N°80. Así se advierte del siguiente gráfico inserto en la página 7 de la Encuesta:

¹⁶ Fuente: Memoria Anual Forus S.A. año 2022, disponible en: https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=07fb473bac9541cedf368504433d9b9dVFdwOmVVMTZRWHBOUkVWNIRucE5ORTEzUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1708381443

¹⁷ Documento N°1 acompañado en el segundo otrosí del escrito de Aporte de Antecedentes de la FNE a folio 141, titulado “ANEXO A – CONFIDENCIAL”.

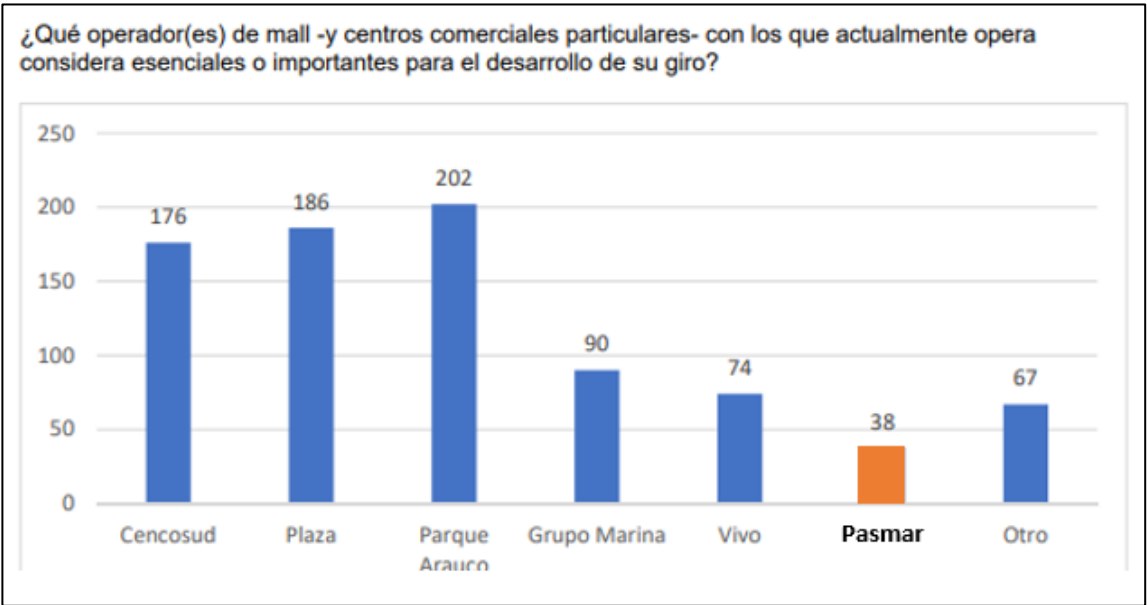


Ilustración 2: Gráfico de la página 7 de la Encuesta FNE

En cambio, para Pasmarr sí resulta completamente esencial contar con un *mix* de marcas representadas por los locatarios, particularmente los de mayor tamaño. Por lo tanto, es completamente irrisorio sostener que éstos tienen un menor poder de negociación respecto de nuestra representada.

Tan es así, que varias de estas marcas negocian en paquete la apertura de tiendas en distintos malls de Pasmarr, solicitando importantes descuentos en el arriendo de aquellos que estiman menos atractivos, como condición para instalarse en otros de mayor afluencia de público. Es decir, **son ellos quienes imponen a nuestra representada las cláusulas de empaquetamiento impugnadas por la AGR.**

De todo lo anterior se desprende que **el principal fundamento esgrimido en la Resolución N°80 para imponer las Medidas, esto es, el supuesto menor poder de negociación de los locatarios, es completamente inexistente en el caso de Pasmarr.**

III. LA RESOLUCIÓN N°80 AL IMPONER LAS MEDIDAS A PASMAR EXCEDIÓ LAS FACULTADES QUE EL ARTÍCULO 18 N°2 LE OTORGA AL H. TRIBUNAL, DELIMITADAS CON PRECISIÓN POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA

En su sentencia de fecha 10 de mayo de 2021¹⁸, la Excma. Corte estableció los siguientes parámetros para que el H. Tribunal ejerciera su facultad consultiva en este caso concreto: (i) determinar si el contenido y aplicación de las cláusulas de los contratos celebrados entre los operadores de centros comerciales y los locatarios eran susceptibles de facilitar eventuales conductas anticompetitivas; y (ii) en ese caso, adoptar medidas o lineamientos generales que no podían referirse a modificaciones específicas.

Así se advierte en el Considerando 11º de su sentencia, donde se expresa lo siguiente:

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.

¹⁸ En esta sentencia, dictada en los autos Rol N°138.221-2020, la Excma. Corte Suprema ordenó al H. Tribunal admitir a tramitación la consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (en adelante, la “Asociación” o la “AGR”), que originalmente se había declarado inadmisibles mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2020 (folio 22).

Pues bien, la sola lectura de la Resolución N°80 permite establecer que no se cumplió con el parámetro establecido por el Excmo. Tribunal, ya que: (i) no se determinó cómo las cláusulas objetadas podían facilitar eventuales conductas anticompetitivas y (ii) se establecieron modificaciones específicas a los respectivos contratos, como se explica a continuación.

A. El análisis particular de las Medidas demuestra que la Resolución N°80 no determinó cómo las cláusulas objetadas podrían presentar riesgos para la libre competencia en el caso de Pasmár

El análisis particular de los fundamentos que la Resolución N°80 explicitó para adoptar cada una de las Medidas confirma que las cláusulas contractuales pactadas entre Pasmár y sus locatarios no presentan riesgos para la libre competencia. En concreto:

1. Respecto de los eventuales **riesgos derivados de las relaciones entre los operadores**, la Resolución N°80 concluyó que no existen antecedentes que sugieran que la industria tenga características particulares que la hagan especialmente proclive a la concreción de los riesgos aparejados a vínculos estructurales o personales entre los distintos operadores (c. 42°). Sin embargo, aún declarando que no existen mayores riesgos comparados con otras industrias, la Resolución N°80 impuso a Pasmár medidas como la adopción de programas de cumplimiento, capacitaciones y suscripción de protocolos. Debemos desde ya consignar que nuestra representada comparte plenamente la utilidad y valor de adoptar programas de esta naturaleza y de hecho lo hace, pero no existen razones de libre competencia que justifiquen imponérselo como medida preventiva, en circunstancias de que carece de todo poder de mercado.

2. Respecto del **acceso de los operadores a la información comercial de sus locatarios**, la Resolución N°80 estableció que la práctica se encontraba económicamente justificada, aunque el requerimiento de ciertos detalles adicionales podía afectar la libre competencia por el *“riesgo que locatarios integrados accedan a información comercialmente sensible de sus competidores”* (c. 99°). Sin embargo, se establecieron Medidas aplicables a todos los operadores, estuvieran o no integrados verticalmente con tiendas de retail, sin ninguna justificación (c. 104°). Es decir, estas Medidas aplican inexplicablemente a Pasmár, en circunstancias que la ausencia de vínculos entre nuestra representada y locatarios aguas abajo implica que no existe ningún riesgo para la libre competencia derivado del acceso a esta información.
3. Respecto del **traspaso de costos de administración, gastos comunes, inversión en publicidad y otros a los locatarios en cobros adicionales** a la renta, la Resolución N°80 concluyó que *“no reviste un problema desde la perspectiva de la libre competencia ni puede considerarse un abuso, en el entendido que el valor del arriendo estará estrechamente relacionado con la existencia o no de tales traspasos”* (c. 152°). Es decir, si no se traspasara a los locatarios estos gastos, el mayor costo se traduciría igualmente en un aumento a la renta. Sin embargo, ordenó a los operadores *“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”* (c. 155°), basándose exclusivamente en razones de “transparencia” y no en eventuales riesgos para la libre competencia (c. 153°).
4. Respecto de la **ausencia de cláusulas de salida** para los arrendatarios, la Resolución N°80 estableció que la vacancia producida por la salida

intempestiva de un locatario puede generar costos al *mall* y a todos los comercios que permanecen en él, ya que los contratos de largo plazo reducen riesgos para las partes y pueden tener un efecto positivo en la eficiencia (c. 165°). Sin embargo, acto seguido, asumió -esta vez sin dar ningún fundamento económico o jurídico- que la salida anticipada de locatarios que no son *tiendas ancla* no generaría un mayor costo al *mall*, porque el efecto de su vacancia sería menor (c. 166°). Es decir, **no hay fundamento económico, fáctico o jurídico alguno que permita justificar la adopción de la Medida H.**

Como se puede advertir, **ninguna de las Medidas impuestas a Pasmár tiene justificación económica en argumentos de libre competencia**, sino que se fundan en otro tipo de circunstancias que se encuentran completamente fuera del ámbito del DL 211¹⁹, en contravención a lo establecido por la Excma. Corte Suprema.

B. La Resolución N°80 modificó específicamente las cláusulas sobre término anticipado que puedan contener los contratos entre Pasmár y locatarios, en vez de plantear lineamientos generales

En concreto, la Resolución N°80 ordenó permitir a los locatarios abandonar las tiendas con tan sólo 3 meses de anticipación, restringiendo además la indemnización de perjuicios que el operador puede obtener por la vacancia.

¹⁹ Solamente en el caso de las **cláusulas de cross-default**, la Resolución N°80 mencionó argumentos económicos. En concreto, estableció que podrían “*impedir o al menos obstaculizar el ingreso de malls competidores*” (c. 177°). No obstante, no existe justificación para prohibir totalmente este tipo de cláusulas, pues el mismo H. Tribunal reconoce sus eficiencias, al señalar que son ventajosas “*para generar cierta homogeneidad entre centros comerciales controlados por un grupo*” (c. 177°). Además, como se explica *infra*, estas cláusulas se justifican en la estabilidad de los centros comerciales y la seguridad de sus clientes.

El problema de la especificidad de esta Medida es que no se explica por qué tres meses de aviso previo (y no 4, 5 o 6) sería suficiente para no perjudicar la eficiencia de los *malls*, particularmente considerando la diversidad y las distintas externalidades producidas por sus locatarios. Tampoco se advierte cómo se beneficiaría la libre competencia al limitar la indemnización respectiva a hasta dos meses por año que reste de cumplir del plazo prefijado (y no más, si es que ello objetivamente se encuentra justificado). En otras palabras, **la Medida se vuelve completamente arbitraria y no se basa en análisis económico o jurídico alguno.**

Esta errada decisión no es inocua al mercado. Por el contrario, se perjudica seriamente el equilibrio de eficiencia que los operadores de centros comerciales buscan como administradores de los dos lados de la plataforma que constituye un *mall*, amenazando su estabilidad financiera. Y con ello, termina siendo perjudicada no sólo nuestra representada, sino también las tiendas de *retail* de menor tamaño y los consumidores, particularmente en las zonas geográficas en las que opera Pasmár.

En efecto, para Pasmár es esencial no tener vacancias en sus centros comerciales, porque ello disminuye la afluencia de público y desincentiva el arriendo de otros locales. Incluso más, la vacancia de locales influye en la estabilidad financiera de los proyectos, particularmente al inicio de su operación.

De hecho, al inaugurar centros comerciales, Pasmár abre por etapas, de modo de asegurar que haya una presencia de locales suficiente para tener un *mix* que logre atraer público²⁰ y un piso mínimo para hacer viable el proyecto. Entonces, si nuestra representada se ve obligada a incluir en sus contratos cláusulas de salida

²⁰ Véase <https://www.diariodevaldivia.cl/noticia/actualidad/2023/07/mall-paseo-valdivia-prepara-apertura-de-su-segunda-etapa>.

con un aviso previo de tan sólo tres meses de anticipación, ello podría incluso poner en peligro la inauguración de las etapas siguientes, con el consecuente impacto financiero e incertidumbre para sus accionistas.

Si bien esta Medida permite a los operadores cobrar una indemnización con un tope de hasta dos meses por año que reste del plazo prefijado con el respectivo locatario, ello resulta completamente insuficiente para compensar los perniciosos efectos de la vacancia. De hecho, las indemnizaciones actualmente pactadas (generalmente equivalentes a todas las rentas a cobrarse durante lo que reste del plazo) tampoco compensan el daño producido por su vacancia, particularmente respecto de muchos locatarios de marcas reconocidas.

Incluso más, el efecto es devastador considerando empresas que representan múltiples marcas y que arriendan varias tiendas. En ese caso, el efecto dañino de la vacancia se multiplica varias veces, sin que exista indemnización que pueda compensarlo.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que las cláusulas que impiden la salida anticipada de los locatarios son comunes a los contratos de arrendamiento regidos por el Código Civil y acordadas libremente por los locatarios (artículos 1497 y 1976, en relación con el artículo 1545). Por lo anterior, es de especial gravedad que se modifiquen estas cláusulas o se dejen sin efecto cuando no existen razones económicas que así lo justifiquen.

IV. LA RESOLUCIÓN N°80 PRESCINDIÓ DE UN ANÁLISIS PROSPECTIVO DEL MERCADO: OMISIÓN TOTAL DE LA PRESIÓN COMPETITIVA EJERCIDA POR EL CANAL ONLINE A PASMAR

El H. Tribunal ha resuelto que “[l]as resoluciones en procedimientos ‘no contenciosos’, responden a un fin tutelar-preventivo que [...] tiene como trasfondo la aplicación de un **análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado** y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas”²¹.

En este sentido, los avances tecnológicos esperables han servido de fundamento en variadas ocasiones para anticipar la mayor presión competitiva que enfrentarán los mercados, haciendo innecesarias la adopción de medidas de mitigación o remedios que pueden ser contraproducentes. Por ejemplo, en la Resolución N°1/2004, el H. Tribunal estableció que *“el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada”* y que *“el constante desarrollo de nuevas tecnologías, y en especial la convergencia de éstas, crea condiciones muy dinámicas en los mercados, abriendo la posibilidad de competencia”*²².

Incluso más, muy recientemente, en su Sentencia N°89/2023 (caso *Criptomonedas*), el H. Tribunal confirmó que los avances tecnológicos y **la evolución o madurez de ciertos mercados permiten aumentar la competencia en ellos**, lo que es

²¹ H. Tribunal. Sentencia N°117/2011, Considerando Vigésimo Primero.

²² Resolución N°1/2004 que aprobó la operación de concentración entre Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y CristalChile Comunicaciones S.A. (*fusión Metrópolis Intercom con VTR*) p. 45.

fundamental en un análisis prospectivo propio de los procedimientos no contenciosos²³.

Pues bien, en este caso, la Resolución N°80 renunció completamente a efectuar un análisis prospectivo del mercado, omitiendo la presión competitiva creciente del canal *online* sobre Pasmар (que, de paso, al mismo tiempo además enfrenta la presión competitiva del comercio local, como no ocurre respecto de los otros intervinientes).

Al respecto, cabe recordar que la Consulta de la AGR se inició el 20 de octubre de 2020, esto es, en plena pandemia. Y resulta que es de público conocimiento el inmenso auge de los canales de venta *online* que la pandemia trajo consigo y que se mantienen en la actualidad. Así lo reconoció la propia AGR en su consulta, cuando afirmó que el canal online no sería un sustituto de los centros comerciales, *“sin perjuicio del desarrollo que ha tenido el comercio online a partir de las restricciones provocadas por el COVID 19”*²⁴.

En este sentido, llama la atención que el H. Tribunal haya descartado la importancia de la presión competitiva del *e-commerce* sobre los operadores de centros comerciales, especialmente Pasmар, basado únicamente en los dichos de la propia AGR (c. 48° a 51°)

En efecto, tal como lo advertimos al aportar antecedentes en el proceso de consulta hace dos años y medio, *en septiembre de 2021* (folio 128), la pandemia

²³ Sentencia TDLC N°89/2023 (Caso *Criptomonedas*), c. 154° y siguientes y c. 185°.

²⁴ Véase, pie de página N°40 de la Consulta a folio 11.

solamente aceleró un fenómeno que ha venido en aumento desde hace años, como se demuestra con el siguiente gráfico:²⁵

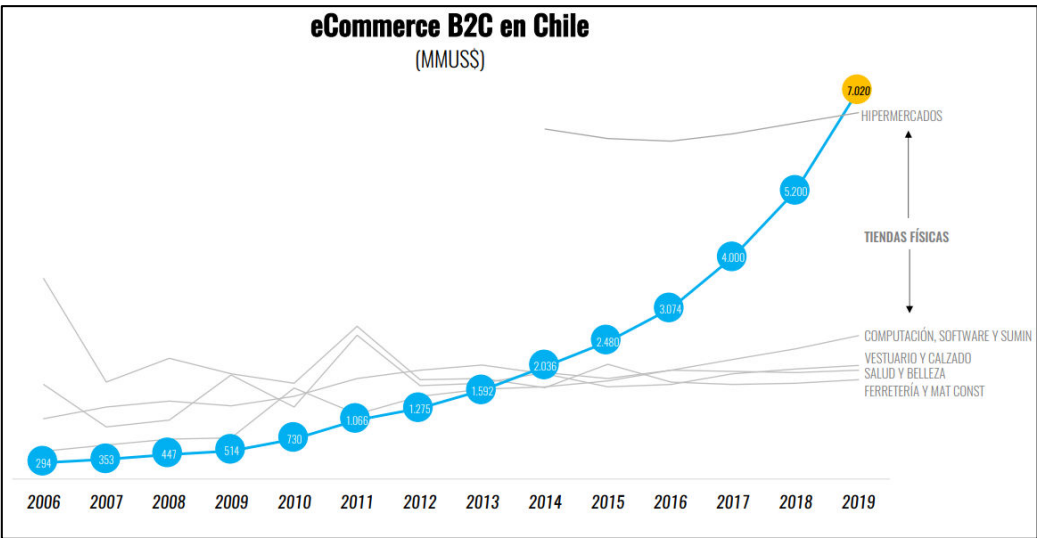


Ilustración 3: Aumento de comercio online 2006-2019. Fuente: CCS.

Este explosivo aumento del comercio online no fue transitorio ni dependiente de la pandemia, puesto que ha significado un verdadero cambio en los hábitos de consumo, tal como lo demuestra el informe *ECommerce Innovation Summit – Tendencias del e-commerce de 2023*, elaborado por la Cámara de Comercio de Santiago²⁶. En efecto, en el siguiente gráfico se aprecia el enorme crecimiento que ha tenido el e-commerce, ya pasados los efectos de la pandemia:

²⁵ Cámara de Comercio de Santiago, *Tendencias del comercio electrónico en Chile*. Centro de Economía Digital CCS, p. 7. Disponible en: https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2019/04/Tendencias-Ecommerce-2019_George-Lever_eCommerce-Day-2019.pdf.

²⁶ Informe disponible en: <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2023/10/glever-SUMMIT-2023-EISummit2023.pdf>.

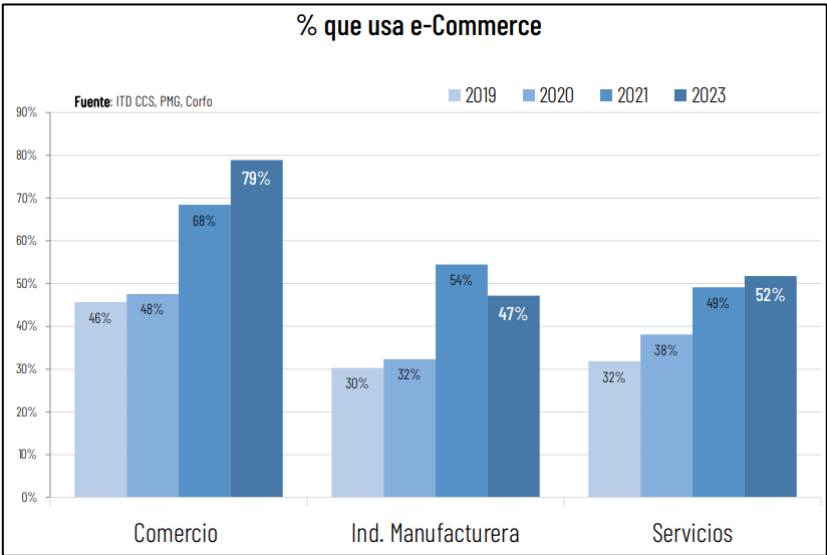


Ilustración 4: Uso de e-commerce por industria

Este mismo informe confirma que, si bien las ventas online han disminuido un poco después de la pandemia, la tendencia a la sustitución es cada vez más fuerte y estable, como lo demuestran estos gráficos:

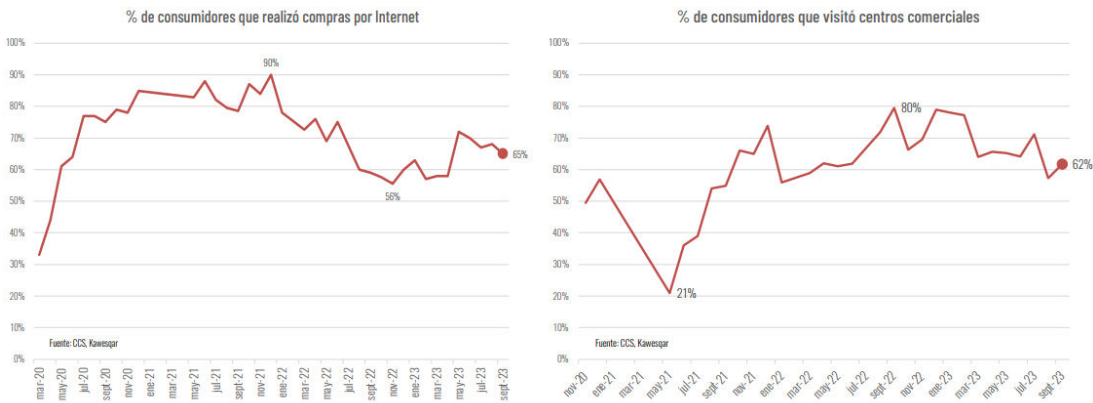


Ilustración 5: Hábitos de compras por internet vs. visita a centros comerciales

De este modo, erra la Resolución al soslyar este análisis, que lo hubiera inclinado a descartar que exista un poder de mercado de parte de Pasmarr respecto de los locatarios. La evidencia confirma que, ante un alza de precios en las rentas de arrendamiento o la imposición de supuestas cláusulas abusivas, las tiendas de retail potenciarán sus canales online, sustituyendo las ventas en los centros comerciales, tal como de hecho ocurrió durante la pandemia.

CAPÍTULO TERCERO.

LAS MEDIDAS QUE IMPONE LA RESOLUCIÓN N°80 SON PARTICULARMENTE GRAVOSAS PARA PASMAR Y DEBEN SER DEJADAS SIN EFECTO

Por todas las razones explicadas el capítulo anterior, las Medidas deben ser dejadas sin efecto respecto de Pasmár, por no tener sustento económico o jurídico alguno en la libre competencia.

Pero lo que es todavía más grave, es que estas Medidas aumentan artificialmente los costos operativos para nuestra representada, lo que no sólo perjudica a Pasmár, sino también a sus pequeños locatarios y a sus consumidores.

Por ejemplo, las Medidas F y G, que imponen severas obligaciones en materia de gestión de los gastos comunes y del fondo de promoción, y la obligación de contar con un mecanismo de controversias con estándar de tribunal, requiere de la creación y desarrollo de áreas especializadas para tales efectos por parte de un operador de menor tamaño como es Pasmár, sin ninguna justificación.

Peor aún, las Medidas H e I modifican radicalmente la relación contractual entre Pasmár y sus locatarios, beneficiando el poder negociador de estos últimos, muchos de ellos -como se ha visto- en realidad ejercen un gran poder sobre nuestra representada, aún sin que califiquen como *tienda ancla*.

Es decir, **estas medidas aumentan el riesgo financiero de la operación de Pasmár y por lo tanto, redundan en un aumento de costos para nuestra representada que no tiene ninguna justificación**, en directo perjuicio de nuestra representada, de los pequeños locatarios y de los consumidores, atendidas las externalidades de red de este mercado. Por lo tanto, son medidas cuya imposición a Pasmár carece de justificación económica y jurídica.

CAPÍTULO CUARTO.

EN SUBSIDIO, PETICIONES RELATIVAS A LAS MEDIDAS H E I ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN N°80

En SUBSIDIO y en el caso hipotético que la Excma. Corte Suprema estime que se justifica imponer Medidas a Pasmár, solicitamos respetuosamente que al menos se dejen sin efecto las Medidas H e I, por ser particularmente gravosas para la estabilidad financiera de nuestra representada y el necesario equilibrio de incentivos y externalidades que debe existir en sus *malls*.

En concreto, como se explicó *supra* (p. 24), **permitir la salida anticipada de los locatarios con un aviso mínimo de tan sólo 3 meses resulta catastrófico para la operación de los *malls* de Pasmár, donde la vacancia de sus locales es particularmente sensible y no se compensa con la indemnización asociada que permite la Medida H.** La vacancia de locatarios es el peor de los escenarios para Pasmár, porque impacta directamente en la eficiencia de la plataforma y en el financiamiento de sus centros comerciales, por lo que ninguna indemnización resulta suficiente para compensar ese daño. La indemnización es en realidad una sanción disuasiva de prevención general.

Por su parte, la Medida I impide el término de contratos *cross-default* incluso ante circunstancias que afecten la relación contractual entre Pasmár y alguna empresa de *retail* en su totalidad, con independencia del número de locales que arriende y su ubicación. Por ejemplo, en caso de comercializarse artículos peligrosos para la salud de las personas, o la infracción de alguna de las normas de la Ley N°20.393 que Regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la Ley N°19.913 en materia de prevención de lavado de activos o de la recientemente publicada Ley N°21.595 que sistematiza los delitos económicos.

En otras palabras, es una medida que perjudica a Pasmár, y muy especialmente a sus locatarios y clientes, pues tiene el potencial de afectar su seguridad.

En definitiva, las Medidas H e I deben ser eliminadas, por el grave perjuicio que significa para el desempeño competitivo de nuestra representada, de los locatarios que tienen tiendas en sus *malls* y para los consumidores.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la Resolución N°80/2024 dictada el pasado 8 de febrero, solicitando que se admita a tramitación y se eleven los autos a la Excma. Corte Suprema, para que conociendo de ellos, la revoque en todas sus partes y declare:

- (i) Que se dejan sin efecto las Medidas impuestas respecto de Pasmár, por carecer de toda justificación jurídica y económica, atendidas las especiales características del mercado relevante en que opera; o
- (ii) **EN SUBSIDIO** de lo anterior, que se dejan sin efecto las Medidas I y H establecidas en la Resolución N°80/2024, por ser particularmente gravosas para nuestra representada y para el mercado en general.

Pedro
Rencoret
Gutiérrez

Firmado digitalmente
por Pedro Rencoret
Gutiérrez
Fecha: 2024.02.21
19:32:40 -03'00'

María Jesús
Cifuentes
Acevedo

Firmado digitalmente
por María Jesús
Cifuentes Acevedo
Fecha: 2024.02.21
19:41:38 -03'00'