

Recurso de reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett y Beatriz Hidalgo Silva, abogadas, y **Diego Hernández De Lamotte**, abogado, en representación de Plaza S.A. (“Plaza” o la “Compañía”), en autos no contenciosos caratulados “**Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado**”, Rol NC N°478-2020, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (el “H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N°211 sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), dentro de plazo, deducimos recurso de reclamación en contra de la Resolución N°80/2024 del H. Tribunal (“Resolución N°80”), notificada a esta parte el 9 de febrero de 2024, solicitando que ésta se enmiende parcialmente, en el sentido de dejar sin efecto o modificar las obligaciones impuestas en: **(i)** el literal H. de su parte resolutive; y, **(ii)** el literal I. de su parte resolutive. Todo ello, en virtud de las consideraciones de hecho, de derecho y económicas que se exponen en esta presentación.

La Resolución N°80 impuso a Plaza y a los demás centros comerciales de amplio alcance tipo *mall* la obligación de implementar una serie de medidas individualizadas en su parte resolutive. En concreto, el H. Tribunal impuso once medidas al efecto. Considerando la continua voluntad de Plaza de precaver controversias con los miembros de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (“AG Retail”) y de mantener con cada uno de ellos una relación comercial buena y fluida, Plaza implementará o continuará implementando dichas medidas, según el caso, y de buena fe desarrollará las acciones pertinentes para darles eficaz y adecuado cumplimiento. Ello, con la justificada excepción de dos medidas que son objeto del presente recurso de reclamación, por las razones que se indican a continuación.

En efecto, existen dos medidas cuya adopción, en la respetuosa opinión de Plaza, podría generar efectos contrarios a los buscados por el H. Tribunal, pues podría impactar seria y directamente a los locatarios, a los centros comerciales, a los consumidores y, en definitiva, al sistema que constituye la operación de los centros comerciales como un todo, dada la característica de plataforma de este mercado (característica que se explica más adelante). Se trata de las medidas contenidas en los literales H. e I. de la parte resolutive de la Resolución N°80 (las “Medidas Reclamadas”) que obligan a los centros comerciales de amplio alcance tipo *mall* a:

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

I. No (...) imponer cláusulas que faculden al operador poner fin a dos o más contratos en caso de que el locatario incurra en una causal de término o incumplimiento contractual de alguno de ellos”.

En las §§II. Y III. expondremos las razones en virtud de las cuales, en la respetuosa opinión de Plaza, la Excma. Corte Suprema debiera dejar sin efecto o, en subsidio, modificar las Medidas

Reclamadas.

Antes de ello, sin embargo, y como contexto general, en la §I. daremos cuenta de algunas consideraciones fundamentales relativas a la operación de los centros comerciales que justifican las solicitudes formuladas en el presente recurso de reclamación.

I.

El rol de Plaza en cuanto administradora de una plataforma

Los centros comerciales, como se ha sostenido en este procedimiento por la propia AG Retail¹ y por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)², así como por Plaza, son plataformas –mercados de dos lados– a las que concurren dos tipos de usuarios –locatarios de tiendas y clientes– cuyas interacciones generan efectos o externalidades tanto de forma cruzada entre grupos (por ejemplo, porque la presencia de tiendas atractivas, genera, al otro lado del mercado, que aumente el flujo de clientes y, viceversa, el mayor flujo de usuarios aumenta el interés de las tiendas por contratar con los centros comerciales), como entre un mismo grupo de usuarios (por ejemplo, porque la presencia de una tienda atractiva en el centro comercial, beneficia a las demás, dada su importante capacidad de atraer flujo).

Dicho de otra manera, los centros comerciales gestionan la forma en que diferentes tipos de usuarios se interrelacionan entre sí: por una parte, los locatarios, quienes demandan del centro comercial un espacio para instalarse y ofrecer sus bienes o servicios a los consumidores y, por la otra, el público consumidor, que acude al centro comercial a la espera de encontrar esa oferta de productos y servicios³. También gestionan el contar con el *mix* adecuado de locatarios para hacer más atractiva la oferta del *mall* a favor de los consumidores, al tiempo que atraer también a otros arrendatarios que tendrán interés en que su propuesta de valor se combine con la de otros locales altamente demandados por los usuarios⁴.

Más en específico, dicha gestión por parte de los operadores de centros comerciales implica llevar adelante las siguientes tareas: **(i)** idear estratégicamente el *mix* correcto de tiendas a incluir en el centro comercial y ofrecer otros servicios adicionales y condiciones de calidad de manera más o menos estable en el tiempo; **(ii)** negociar y proponer la ubicación de cada una de las tiendas dentro del centro comercial; e, **(iii)** incentivar la buena operación de las tiendas, en lo que se refiere a calidad de servicio, oferta atractiva, buena presentación del local, limpieza, entre otros. Todo lo anterior, con el objeto de: **(a)** beneficiar a los clientes finales con la presencia,

¹ AG Retail, escrito de consulta, p.16.

² FNE, aporte de antecedentes de folio 141, p.11.

³ Refrendando lo anterior, la FNE ha sostenido que: “Cuando se está frente a un centro comercial que cuenta con una administración centralizada, se señala tanto en la literatura como en la jurisprudencia, que este tipo de centros comerciales corresponde a un mercado de dos lados (*“two-sided market”*). En éstos se cuenta con la presencia de dos tipos de clientes o usuarios, ubicados cada uno en un lado de la plataforma, y se caracterizan por la interdependencia de ambos grupos. En los centros comerciales, se encuentran, por un lado, los arrendatarios de locales comerciales –las tiendas–, y por el otro, los clientes de ellas o compradores. De esta forma, el valor del centro comercial para cada grupo depende del número y calidad del grupo presente en el otro lado de la plataforma”. FNE, Informe Rol F58-2015, de 13 de julio de 2016 (Enajenación de Espacio Urbano); ¶21. Citas internas omitidas.

⁴ Si bien el H. Tribunal lo examinó en detalle con motivo del análisis de los criterios de determinación de la renta de arrendamiento, fue claro en reconocer la importancia que tiene el *mix* de tiendas para el valor del centro comercial: “El éxito del proyecto de un centro comercial es incierto y depende de cómo evolucione la aceptación del público y de la capacidad de lograr una mezcla de comercios que atraiga masivamente a consumidores” (H. Tribunal, Resolución N°80, ¶92); “En primer lugar, como se ha señalado en la sección B. supra, resulta fundamental para el éxito comercial del mall la existencia de una mezcla de comercios que, en su conjunto, permitan atraer la mayor cantidad de clientes que apunten al grupo objetivo del mall. Por lo tanto, en cada momento la necesidad específica de un tipo de comercio, como su disponibilidad, puede variar respecto de otro momento, lo que es esperable afecte el valor del arriendo” (H. Tribunal, Resolución N°80, ¶114).

cantidad y variedad de tiendas, así como con servicios complementarios de calidad de manera estable en el tiempo; y, **(b)** generar un flujo de clientes que permita que cada uno de sus locatarios obtenga beneficios por participar en el centro comercial.

Si el operador del *mall* no ejerce estos roles diligentemente, entonces el resultado es subóptimo pues cada actor, cada tienda, tomaría sus decisiones velando por sus intereses particulares, sin considerar los equilibrios del conjunto ni así, el bienestar de los consumidores de centros comerciales, asociado a esos equilibrios.

Así, en ese escenario, cada actor velaría sólo por sus propios intereses (en términos económicos, no internalizaría las *externalidades negativas* de su conducta) por vía de acciones como las que siguen: atendería en los horarios en que mejor le parezca, tendría menores incentivos a invertir en una adecuada mantención y presentación de su local, o tomaría la decisión de salir del centro comercial de un momento para el otro afectando intempestivamente el *mix* de tiendas ofrecidas al consumidor; todo lo que haría que el centro comercial pierda atractivo para los clientes, lo que a su vez redundaría en un menor interés de los locatarios por estar presentes en dicha plataforma, cuestión que, en definitiva, haría que la plataforma como un todo pierda su valor. Esa falta de visión de mediano a largo plazo determinaría que el negocio o no fuera relevante o fuera menos importante para todos los actores concernidos, incluidos los consumidores finales.

De lo anterior se sigue un punto fundamental para entender cómo se gestiona un centro comercial y para evaluar los efectos de las Medidas Reclamadas: el operador del centro comercial debe equilibrar ambos tipos de demanda –la de locatarios y de consumidores–, de modo tal que, en el conjunto, aquel sea considerado un espacio de encuentro atractivo para ambos grupos. Esto implica que el titular del centro comercial debe crear un ecosistema que sea interesante para los consumidores, lo que a su vez hace más atractivo para distintos locatarios (no sólo los más grandes) el instalarse en el centro comercial debido al mayor flujo de visitantes.

Este efecto de *retroalimentación* entre ambos grupos –que va en beneficio no solamente de la plataforma, sino que también de los locatarios– está en la esencia del funcionamiento de una plataforma, y es una consecuencia de lo que se conoce como *externalidades indirectas o inter-grupos*⁵. A esto precisamente se refería la FNE en la cita de unas líneas más arriba, y a esto se refería también el H. Tribunal al analizar los centros comerciales como un ejemplo de plataforma⁶⁻⁷.

Existe además otro fenómeno particular a los centros comerciales, que está asociado a la manera en que se vinculan los distintos locatarios. Es sabido que no todos los locatarios son capaces de atraer el mismo flujo de visitantes, pues existen algunos que, por su reconocimiento o prestigio, número de tiendas operadas bajo distintas marcas, tamaño, o rubro de operación, por mencionar

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “The Digital Economy”. Nota de la Secretaría DAF/COMP(2012)22, p.8.

⁶ H. Tribunal, Sentencia N°29/2005 (Caso *Transbank*), considerando 14°.

⁷ El H. Tribunal también ha explicado esta externalidad inter-grupo que se produce en mercados de dos o más lados: “Asimismo, el mercado de tarjetas de pago (de crédito, débito y prepago) se caracteriza por ser un mercado de dos lados (PMN N°19/2017, § 235 y siguientes), es decir, uno donde existen dos demandas o grupos de consumidores que valoran el producto o servicio sólo si es consumido de manera conjunta por ambos tipos de consumidores. En otras palabras, como es común en los mercados de dos lados, ambos grupos son interdependientes en cuanto las decisiones de cada grupo afectan al otro. Es decir, se genera una externalidad de un grupo sobre otro -externalidad de red indirecta- cuya internalización debe ser coordinada por un intermediario capaz de facilitar la transacción entre ambos lados del mercado. Por la misma razón, la estructura de precios para cada grupo de consumidores, aun en un escenario de competencia, no refleja necesariamente los costos de cada lado del mercado, siendo común la existencia de estructuras de precios donde se cobra más a un lado que a otro, lo que puede constituir un subsidio cruzado”. H. Tribunal, Resolución N°67/2021 (Caso *Sistema Tarifario Transbank*), ¶105. Citas internas omitidas.

algunas características, son más atractivos para los consumidores. En este caso se producen subsidios entre locatarios, pues aquellos de menor reconocimiento se benefician de la presencia de los más relevantes y los flujos de consumidores que originalmente fueron atraídos por estos últimos. Así, existen también *externalidades directas o intra-grupo*⁸, que es como se denomina este fenómeno, que se encuentra reconocido en la doctrina más autorizada –y de frecuente cita– en materia de organización industrial de los *malls*⁹. Tan cierta es la existencia de este tipo de *externalidades positivas* entre locatarios que se dedican a rubros totalmente independientes entre sí, que cada vez con mayor frecuencia está ocurriendo que un locatario solicita a Plaza como requisito fundamental para participar de un centro comercial, que otro locatario determinado también esté presente. Esto, a su vez, da cuenta del poder de negociación que puede tener un locatario, sabiendo que existe(n) otro(s) cuya su presencia en el centro comercial es fundamental.

De este modo, una característica fundamental de la operación de los centros comerciales es que el éxito de una tienda depende de manera relevante de la presencia, conducta y esfuerzo de venta que realicen las demás tiendas del centro comercial, y de la capacidad del operador de mantener su atractivo en base a un *mix* adecuado de locales, para que los clientes lo sigan visitando.

Así, la necesidad de hacerse cargo de (en términos económicos, *internalizar*) externalidades como las referidas y reducir costos de transacción entre los usuarios de un centro comercial justifica la manera en que en la actualidad los contratos de Plaza con los locatarios regulan las cláusulas de salida y las de incumplimiento cruzado, que son aquellas a las que se refieren las Medidas Reclamadas.

La otra gran justificación de la manera en que en la actualidad los contratos de Plaza con los locatarios regulan las cláusulas referidas, es el rol fundamental que tiene la previsibilidad en esta industria. Para Plaza, y para la operación de toda la plataforma, la previsibilidad es crítica, por cuanto la Compañía asume riesgos relevantísimos al embarcarse en este negocio, que involucra inversiones significativas para la construcción y habilitación de los centros comerciales, la tramitación de permisos y largos períodos de incertidumbre durante el desarrollo del proyecto, así como la adecuación de diferentes estructuras de locales a nivel de *mix*.

A modo ilustrativo, es posible mencionar que hace algunos meses Plaza ha venido realizando grandes inversiones y desarrollo de proyectos para la creación de un área específicamente destinada a zonas de esparcimiento y disfrute como son las nuevas atracciones gastronómicas, en cuyo contexto ha creado los denominados “Mercados de Mallplaza”, como el “Mercado del 14” en Mallplaza Vespucio o “Mercado del Puerto” en Mallplaza Antofagasta. Del mismo modo, Plaza ha realizado importantes inversiones en potenciar los espacios entregados en arrendamiento a la industria automotriz. En ambas industrias –que se han visto fuertemente afectadas por el escenario económico desde inicios de la pandemia– Plaza ha invertido y tenía

⁸ DotEcon, “E-commerce and its impact on competition policy”, 2015, p.12.

⁹ Gould, Eric D., et al, “Contracts, Externalities, and Incentives in Shopping Malls”. The Review of Economics and Statistics, vol. 87, N°3, 2005, p.412: “*Aunque los malls reducen los costos de búsqueda de los consumidores al reunir un gran número de tiendas en un mismo lugar, también crean una complicada red de externalidades e incentivos entre los propietarios de las tiendas y el operador del mall. En primer lugar, algunas tiendas, como las tiendas ancla (grandes tiendas) y las de reconocimiento nacional, generan externalidades positivas al atraer el tráfico de clientes no sólo a su propia tienda, sino también a otras. Por ello, los contratos deberían reflejar estos beneficios proporcionados a otras tiendas. En segundo lugar, las ventas de una tienda dependen de las acciones de otras tiendas y del operador. Por ejemplo, es probable que el tráfico de clientes al centro comercial se vea afectado por la limpieza del centro comercial y el mantenimiento de cada tienda (...) Mostramos que las externalidades se internalizan (i) subvencionando el arriendo de las tiendas que generan tráfico en el mall a otras tiendas (y cobrando una prima adicional de arriendo a los beneficiarios) para que el espacio del mall se asigne de forma eficiente, y (ii) creando disposiciones contractuales que alineen los incentivos para inducir un esfuerzo óptimo por parte del operador y de cada tienda del mall en función de la externalidad generada por el esfuerzo de cada tienda.* Traducción libre.

considerado seguir invirtiendo altísimas sumas (a modo de ejemplo, en los últimos cuatro años, Plaza invirtió cerca de [400.000-500.000 Unidades de Fomento]¹⁰ solamente en estas iniciativas). Este tipo de inversiones se ven necesariamente puestas en entredicho cuando se impone una regulación como aquella de las Medidas Reclamadas, pues se introduce un factor muy relevante de incertidumbre que las afecta. Si Plaza sabe que un locatario podrá poner término en cualquier momento a un contrato, o que no podrá hacer efectivas las garantías que lo tutelan, lo cierto es que sus incentivos a invertir disminuyen, en perjuicio de los propios locatarios y de los clientes y, así, de la plataforma en general.

Esos relevantes riesgos asumidos por el desarrollador del centro comercial junto con la rentabilidad proyectada para recuperar las inversiones realizadas también deben ser tenidos en consideración al analizar el diseño contractual contemplado en los contratos y normas generales de Plaza, pues justifican económicamente sus disposiciones.

La previsibilidad a la que se viene haciendo referencia es también crítica para los consumidores durante la operación del centro comercial, pues ellos esperan encontrar una oferta de tiendas razonablemente estable, al menos a nivel de *mix*. Una salida intempestiva, por ejemplo, impide que el operador del centro comercial pueda negociar con otro potencial locatario que tenga una propuesta igualmente atractiva para su ingreso al centro comercial en reemplazo del anterior arrendatario dentro de la categoría de que se trate, al menos dentro de plazos razonables para no perjudicar a los consumidores y la previsibilidad que ellos buscan tener (v.gr., cuando visitan un centro comercial en busca de un local, esperan encontrarlo, y el no hacerlo genera un perjuicio para el conjunto de otros locales y para el atractivo del *mall* en su conjunto que, no debe olvidarse, compite con otros *malls* y con diversas otras plataformas, entre ellas las electrónicas, y por ello debe cuidar mantener su atractivo de cara a los usuarios).

Finalmente, también debe considerarse que uno de los principales beneficios que traen aparejados los centros comerciales como operadores de una plataforma es que reducen de manera relevante los *costos de transacción*. En efecto, al contar con una única administración que adopta ciertas decisiones de forma centralizada, la operación del centro comercial se vuelve considerablemente más eficiente –en corto, porque evita que un número elevado de personas deba ponerse de acuerdo en un número elevado de materias–, en beneficio de todos los partícipes de la plataforma.

Sin hacerse cargo de las externalidades y sin una previsibilidad adecuada, la plataforma es en sí más riesgosa y menos atractiva, pudiendo llegar incluso a ser inviable, destruyendo valor para todos sus miembros (incluyendo entonces a demás locatarios y consumidores). Por ello, es fundamental que el operador de la plataforma se haga cargo de ambos puntos, y la única manera en que puede hacerlo es estableciendo ciertas normas generales que organicen adecuadamente las posibilidades de operación de los locatarios. Esa, ni más ni menos que esa –hacer que el ecosistema del cual depende el éxito de los locatarios, la plataforma y los clientes sea sustentable–, es la razón de ser de las normas generales y de las cláusulas contenidas en los contratos de Plaza, y es por ello que resulta indispensable aproximarse a esos documentos teniendo en consideración estas variables y esa justificación.

De este modo, si Plaza es hoy un operador de *malls* exitoso y atractivo para locatarios actuales o potenciales y para el público consumidor (logrando competir con otros operadores por la preferencia de ambos grupos), es porque los contratos que negocia con sus locatarios y sus

¹⁰ El monto de la inversión se presenta como un rango para resguardar la confidencialidad de la información.

normas generales, así como en general la relación con éstos y la aplicación práctica de tales contratos y normas generales, logran precisamente equilibrar el interés y bienestar de todos los partícipes del ecosistema, entre otras cosas, *internalizando las externalidades directas e indirectas* derivadas de la gestión de sus centros urbanos, disminuyendo costos de transacción y dotando de la previsibilidad necesaria a la plataforma.

Alterar ese equilibrio, por ejemplo, con medidas como las Medidas Reclamadas, supondría afectar negativamente la operación de la plataforma, en perjuicio de la propia plataforma, sin duda, pero también y muy relevantemente de ambos grupos de usuarios: locales comerciales y consumidores. Ello, particularmente considerando que Plaza participa de una industria altamente competitiva, tal como quedó demostrado en la tramitación del procedimiento ante el H. Tribunal.

II.

El literal H. de la Resolución N°80 y la necesidad de que la Excma. Corte Suprema lo deje sin efecto o modifique

II.1. El literal H. de la Resolución N°80 del H. Tribunal

De modo general, al aproximarse a la regulación de las cláusulas de salida en la relación contractual entre centros comerciales y locatarios, que es la materia abordada por el literal H. de la Resolución N°80, el H. Tribunal sostuvo, acertadamente, que:

“Este 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”¹¹.

Esto es plenamente consistente con lo que Plaza ha argumentado de forma sistemática en este procedimiento.

Sin embargo, a continuación, el H. Tribunal agregó que:

“Sin perjuicio de lo anterior, ello no puede dar lugar a que algunos comercios, particularmente los que según los mismos aportantes generan menos externalidades, es decir, en categorías que excluyen las llamadas tiendas ancla y que consecuentemente no generan un mayor costo asociado a la eventual vacancia, se vean en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración. La consideración especial a tales comercios es por dos razones: (a) el daño que ellos pueden sufrir de una cláusula de salida inflexible puede ser irremediable y, (b) el efecto en la vacancia general del mall y consecuentemente, el eventual daño que ellos pueden llegar a producirle al resto de los comercios con su salida es menor”¹².

Plaza entiende que lo que busca este considerando del H. Tribunal es evitar que los locatarios, a todo evento, “*se vean en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración*”. Sin embargo, según desarrollaremos más en detalle, ello no debiera llevar al extremo contrario, esto es que un locatario pueda poner término en cualquier momento a su relación contractual con un centro comercial, sin expresión de causa y pagando una indemnización de perjuicios

¹¹ H. Tribunal, Resolución N°80, ¶165.

¹² Ibid., ¶166.

injustificadamente acotada y no representativa del daño causado. Expusimos previamente los efectos perniciosos que ello produciría no sólo en el operador del centro comercial, sino que en los propios demás locatarios y en los consumidores, dada la condición de plataforma de este mercado.

Y la dificultad del literal H. de la Resolución N°80, es que precisamente lleva el problema a un extremo, fomentando comportamientos estratégicos de los locatarios, al mandar la necesidad de que los centros comerciales de amplio alcance tipo malls permitan “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 [sólo] con un mínimo de tres meses de anticipación. La indemnización asociada será, como máximo, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses, por cada año que reste de vigencia del contrato”.

Sostenemos que el H. Tribunal llevó la regulación de las cláusulas de salida a un extremo que podría perjudicar severamente el funcionamiento de los centros comerciales de amplio alcance tipo malls, al menos, por cuanto: **(i)** no es efectivo que las cláusulas de salida que Plaza pacta con los locatarios generan que éstos, a todo evento, “se vean en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración”; **(ii)** una medida como la impuesta por el H. Tribunal pone en riesgo la eficiente operación de la plataforma; **(iii)** al establecer la regla de aviso de tres meses de anticipación y el pago de una indemnización de máximo de dos meses de renta por año se impone una regulación de precios sin siquiera dar cuenta de las razones técnicas para ello; y, **(iv)** existen otras medidas que pueden adoptarse, menos gravosas para todos los actores del sistema, algunas de las cuales Plaza ya tiene vigentes, que permiten hacerse cargo de la preocupación de base manifestada por el H. Tribunal.

II.2. La necesidad de que la Excma. Corte Suprema deje sin efecto o modifique la medida contenida en el literal H. de la Resolución N°80

II.2.1. No es efectivo que las cláusulas de salida que Plaza pacta con los locatarios generan que estos, a todo evento, “se vean en la práctica imposibilitados de salir antes de que venza un contrato de larga duración”. Son, de hecho, consistentes con la fórmula que contempla la Ley N°18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos

El punto de partida del H. Tribunal no es correcto, al menos respecto de Plaza, por cuanto sus locatarios, a todo evento, no “se ven en la práctica imposibilitados de salir antes que venza un contrato de larga duración”.

En efecto, los contratos de Plaza suelen incluir cláusulas de salida ya sea al momento en que éstos son negociados, o bien, como resultado de una negociación que tiene lugar en virtud de la necesidad sobreviniente de un locatario.

A modo de ejemplo, las cláusulas de término anticipado que se incluyen en los contratos particulares producto de la negociación entre Plaza con sus socios comerciales se refieren, en general, a la posibilidad de:

- Poner término anticipado al contrato en un mes específico, previa notificación, como oportunidad de salida.
- Establecer cláusulas de salida condicionadas al rendimiento de la tienda en particular.

- Terminar el contrato vigente si se presenta, en un plazo determinado, a un locatario que lo sustituya¹³.

Más aún, en la práctica cuando éstos han necesitado poner término a su relación contractual con Plaza, la Compañía ha estado disponible para discutir caso a caso dichas situaciones y, cuando los costos de cambio para Plaza han sido razonables, no ha puesto dificultad alguna para su salida. La explicación de ello es muy sencilla: Plaza analiza el caso concreto en base a su gestión del centro comercial como un todo, siempre procurando velar por los intereses de los locatarios en su conjunto, incluido aquel con el cual se negocia en un momento dado, y los consumidores. Por ello, no corresponde afirmar, sin más, que los contratos que Plaza celebra con sus locatarios son inflexibles en lo referido a sus cláusulas de salida.

Así, no hay que perder de vista que, si un locatario desea poner término a su contrato de arrendamiento con Plaza porque está teniendo un mal desempeño, los intereses de la Compañía van a estar plenamente alineados con los del locatario, pues en ese caso esa tienda no estará generando externalidades que beneficien ni a los demás locatarios, ni al operador del centro comercial ni a los clientes, por lo que Plaza también buscará negociar una salida adecuada para el locatario.

De esta forma, y sin perjuicio de la existencia de cláusulas de salida como las referidas, si se suscribe un contrato de arrendamiento por el plazo de cinco años, y una de las partes quiere poner término anticipado al mismo, es lógico y justo que aquella parte indemnice a la otra. Esta es, por lo demás, la fórmula que contempla la Ley N°18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, fórmula que protege ciertamente a ambas partes del contrato, pues, en el caso de la industria que nos convoca, ello es al mismo tiempo la garantía para los arrendatarios de que los operadores de centros comerciales respetarán y cumplirán el plazo establecido en el contrato. Podría incluso argumentarse que el H. Tribunal está modificando esa ley por intermedio de una resolución, lo que ciertamente no es procedente ni respeta los estándares constitucionales aplicables.

II.2.2. La medida en comento fija contraprestaciones económicas sin fundamento legal

En efecto, debe considerarse que la Resolución N°80 impone en lo que respecta a esta medida, como se ha explicado, una verdadera regulación de precios (contraprestaciones económicas de un contrato) para una industria, sin contar con competencias legales al efecto, violando con ello el artículo 19 N°21 y 19 N°24 de la Constitución Política de la República ("Constitución") (y de esta manera el principio de reserva legal).

Como bien lo sabe el H. Tribunal, en nuestro sistema jurídico, el principio general es el de la libre estipulación de los precios y demás prestaciones económicas. Excepcionalmente, por razones de orden público económico, calificadas por el legislador, y con pleno respeto a las garantías y principios constitucionales¹⁴, puede limitarse la libertad de los particulares para convenir o fijar los precios o demás estipulaciones económicas de un contrato mediante: **(a)** la fijación por ley general del precio o contraprestación económica, o bien, según resulta más común, de la forma y procedimiento para su cálculo, estableciendo los derechos de las partes en el procedimiento, la información que deben entregar, los mecanismos de su revisión; delegando en un regulador sectorial la fijación propiamente tal de la tarifa, mediando normalmente en forma

¹³ Esto opera como una práctica comercial y no como cláusula en los contratos propiamente tal.

¹⁴ Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N°207-95.

previa la opinión de expertos (comisión o panel); y precisando en detalle el rol del H. Tribunal o de otros tribunales en los casos en que a éstos les cupiera alguno (como sucede con la normativa vigente en materia de telefonía o gas); o, **(b)** una sentencia judicial, emanada de un procedimiento jurisdiccional contencioso que, decidiendo una cuestión litigiosa respecto de un contrato o negocio determinado entre partes, califique un precio o contraprestación económica de abusivo y establezca lineamientos para poner término al abuso. Aun en este último caso, el H. Tribunal no actúa propiamente tal como un regulador de precios, sino que determina los criterios generales que deberán seguirse en la determinación de los mismos¹⁵.

Pues bien, resulta evidente que la Resolución N°80 no se enmarca en ninguno de esos casos. No es necesario ahondar en la circunstancia de que la hipótesis (a) no concurre en este caso, pues ello es público y notorio: ninguna ley autoriza al H. Tribunal a regular el monto de las indemnizaciones a pagar en caso de incumplirse un contrato de arrendamiento. Por otro lado, la hipótesis (b) estuvo lejos de darse, al no haberse desarrollado un procedimiento contencioso que culminara en la dictación de una sentencia.

Fuera de esos dos casos, el valor económico de un servicio ofrecido no puede imponerse en contra de la voluntad de una de las partes del contrato o negocio.

El punto que hacemos no es baladí. Además de la afectación de derechos constitucionales de los agentes regulados, existen otras razones por las cuales la fijación tarifaria de una industria ha sido entregada por la Constitución al legislador. En efecto, el legislador es quien se encuentra en una mejor posición para sopesar y equilibrar los distintos bienes jurídicos comprometidos en una eventual regulación tarifaria de una industria. Luego, sólo el legislador o, en su defecto, la potestad reglamentaria en base a una expresa delegación legal, puede establecer detalladamente procedimientos tarifarios que contemplen todas las garantías de imparcialidad, independencia, participación, información, apreciación técnica y revisión que requiere una fijación de precios (como sucede en las leyes sectoriales de servicios sanitarios, gas, telecomunicaciones, servicios eléctricos, transporte público, etc.). Ninguna de esas garantías, por supuesto, es entregada por el procedimiento no contencioso del artículo 18 N°2 del DL 211 como el que dio origen a la Resolución N°80 y a la medida en comento a la que ésta da lugar.

Más aún, el literal H. de la Resolución N°80 estableció sin validación legal *ex ante* una regulación de precios, al dejar establecido el monto que un locatario que desea poner término a un contrato debe pagar; pero además, al momento de establecer la necesidad de regular ese valor, y al fijar el monto que estimó adecuado, el H. Tribunal no realizó análisis técnico alguno. Así emanan variadas preguntas sin respuesta.

¿Por qué es necesario dejar estas variables reguladas ex ante? ¿Por qué son dos meses y no tres o seis? ¿Por qué se usa una misma regla para todo tipo de contratos, sin siquiera atender a la distinta realidad de los diferentes operadores de centros comerciales y locatarios distintos de las tiendas ancla? ¿Por qué se trata de la misma manera a una cadena internacional de moda que al locatario que realiza copias de llaves? La verdad es que la Resolución N°80 no da cuenta de argumento alguno que permita entender por qué resolvió de la forma en que lo hizo. Y es probablemente por eso que la Constitución entrega a una ley general la función de regular este tipo de materias y no a un tribunal conociendo de consultas particulares.

¹⁵ Conf., Sentencia N°93/2010, Caso Emelat.

II.2.3. Una medida como la impuesta por el H. Tribunal pone en riesgo la eficiente operación de la plataforma

Lo que hace el H. Tribunal al imponer la medida del literal H. de la Resolución N°80 es mover el péndulo desde un extremo teórico de imposibilidad total de poner término a una relación contractual –que, como se explicó *supra* no refleja adecuadamente el estatus de Plaza con sus locatarios–, hasta el otro extremo: el de imponer la existencia de cláusulas de salida que pueden ejecutarse en cualquier momento, sin expresión de causa y con el pago de una indemnización sumamente limitada que no cubre los costos que genera dicha salida. Ello necesariamente generará una serie de distorsiones para todos los partícipes de la plataforma, fomentando además comportamientos estratégicos de parte de algunos locatarios que terminarán perjudicando al sistema en su conjunto, incluidos otros locatarios y consumidores.

Según se explicó en la §I., la predictibilidad en las relaciones entre Plaza y los locatarios es fundamental para la adecuada operación del centro comercial, fundamentalmente por la necesidad de mantener un *mix* de locales que satisfagan las necesidades del consumidor y permitan a la vez asegurar flujos que justifiquen las enormes inversiones que supone desarrollar un *mall*. Es por ello que la existencia de contratos de largo plazo con cláusulas previsibles de salida va en beneficio de todos los partícipes de la plataforma, incluyendo a ambos tipos de usuarios; en el caso de los locatarios, les dan certeza de que podrán amortizar las inversiones que hayan realizado sin que se termine anticipadamente el contrato, como, por lo demás, lo reconoció la Asociación Chilena de Gastronomía A.G.¹⁶; y, en el caso de los consumidores, les permite encontrar una oferta estable de bienes y servicios, cuestión que a su vez también va en beneficio de los demás locatarios.

Dicho de otra manera, el tener contratos de largo plazo con cláusulas de salida previsibles busca evitar que los locatarios generen externalidades negativas a través de comportamientos estratégicos que produzcan perjuicios relevantes a los demás actores del sistema: permitir que los locatarios pongan término unilateral a sus contratos de arrendamiento, en cualquier momento, sin causa, y pagando una indemnización en extremo acotada, iría en contra de la esencia misma del rol de plataforma que define a los centros comerciales centralizados, pues ocasionaría severos perjuicios a la operación de la plataforma, y por sobre todo a sus consumidores, por el hecho de que la valoración que los clientes hacen de ella, al enfrentar el riesgo de no encontrar una oferta estable o encontrar locales desocupados, disminuya de manera relevante.

En virtud de este tipo de consideraciones, no resulta sorprendente que exista un número relevante de locatarios que han solicitado y negociado plazos especialmente extensos de vigencia para sus contratos, incluso de hasta 20 o 30 años. Ello, precisamente porque la necesaria previsibilidad y su conveniencia opera para ambos lados y también para los usuarios finales que tanto los centros comerciales como los locales deben servir.

De hecho, el plazo promedio de rotación de los locatarios es mayor que el plazo promedio de los contratos, pues los locatarios de Plaza comúnmente renuevan su relación con la Compañía. Dicho plazo es de más de 6 años.

En virtud de lo anterior, la implementación de la medida del literal H. de la Resolución N°80 presentará múltiples problemas que son consecuencia principalmente de: **(i)** que permite que la

¹⁶ Véase, página 43 de su aporte antecedentes de folio 106.

cláusula de salida se pueda ejecutar en cualquier momento durante la vigencia del contrato; y, **(ii)** que limite de forma tan relevante la indemnización a pagarse por parte del locatario incumplidor.

En concreto, nos referimos a los siguientes problemas:

En primer lugar, no atiende a la necesidad del centro comercial de mantener un *mix* de tiendas más o menos estable de cara al consumidor. En efecto, según se explicó en la §I., el producto que ofrece la Compañía a los consumidores mejora en la medida en que éstos pueden satisfacer su expectativa previsibilidad al encontrar una tienda determinada en el centro comercial. El cambio constante de tiendas y la rotación permanente que permitiría la medida del literal H. de la Resolución N°80 impedirá a los consumidores planificar su asistencia para comprar en tiendas específicas, con la inevitable consecuencia de disminuir el flujo de visitantes al centro comercial, considerando que su experiencia de consumo en ese caso será peor que antes, en beneficio, por ejemplo, de las plataformas electrónicas, en que nunca se va a producir la incomodidad de concurrir a un lugar y no encontrar la tienda que se busca. Ello, a su vez, afectará directamente a los demás locatarios y, en suma, a la plataforma como un todo.

La referencia a las plataformas electrónicas es crucial, pues son uno de los principales disciplinadores de los centros comerciales, y que operan con costos de transacción prácticamente nulos. Por ello, cualquier incomodidad o dificultad que se ponga a los usuarios en el mundo físico (por ejemplo, porque van a un centro comercial y no encuentran la tienda que buscaban) es muy riesgosa para los centros comerciales, pues un usuario descontento es un usuario que no regresa o que refuerza su preferencia por las alternativas electrónicas. Por ello, no satisfacer el interés de los usuarios es un gran riesgo competitivo para la oferta de valor del centro comercial y para la plataforma.

En segundo lugar, la medida no se hace cargo de los costos administrativos que irroga al centro comercial el desmantelamiento de un antiguo arrendatario, la instalación de un nuevo arrendatario y lo que se deja de percibir en el tiempo en que el nuevo arrendatario se instala. Se asume que estos costos deben ser soportados por el centro comercial y no por el locatario incumplidor, cuestión que necesariamente incidirá en los precios del arrendamiento.

En tercer lugar, en línea con lo recién afirmado, la implementación de la medida contenida en el literal H. de la Resolución N°80 necesariamente generaría incertidumbre contractual que encarecería el precio a pagar por todos los locatarios. Dicho de otro modo, la introducción forzosa de cláusulas unilaterales de salida hará más precarias las relaciones de arrendamiento. Como se sabe, los contratos internalizan el riesgo a través del precio.

En cuarto lugar, tampoco se aprecia la necesidad de limitar como lo hace el H. Tribunal el monto a ser indemnizado por parte del locatario incumplidor; es la dinámica competitiva y las razones de negocio las que conducen a la necesidad de que, en principio, el locatario tenga un deber de indemnizar al centro comercial si desea incumplir su contrato, regla esta última que por lo demás es completamente bilateral, debiendo el centro comercial indemnizar al locatario si la situación es la inversa.

En efecto, en un mercado competitivo como éste, debiese ser la dinámica competitiva la que fije los montos a indemnizar en cada caso. De hecho, los montos a indemnizar debiesen ser una

variable de competencia entre los distintos centros comerciales. La regulación que fija el H. Tribunal simplemente hace desaparecer esa faz de la competencia en el mercado.

En suma, H. Tribunal, la regulación actual de las cláusulas de salida expresa una situación de distribución de riesgos propia de todo contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble comercial en el contexto de un mercado competitivo¹⁷. Si se suscribe un contrato de arrendamiento por el plazo de cinco años, y una de las partes quiere poner término anticipado al mismo, es lógico y justo que aquella parte indemnice a la otra (esta es, por lo demás, la fórmula que contempla la Ley N°18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos), regla que se aplica y protege ciertamente a ambas partes del contrato, pues ello es al mismo tiempo la garantía para los arrendatarios de que los operadores de centros comerciales respetarán y cumplirán el plazo establecido en el contrato.

II.3. Peticiones concretas en relación con el literal H. de la Resolución N°80

Como se adelantó, **Plaza no tiene objeciones a que en su relación comercial con los locatarios, en el marco de la autonomía de la voluntad, se acuerden mecanismos de salida anticipada.** De hecho, muchos de los contratos que suscribe Plaza ya tienen dicho mecanismo. Es con el diseño particular de la medida contenida en el literal H. de la Resolución N°80 que Plaza no está de acuerdo, por las razones esgrimidas en las §II.2.2. y §II.2.3. y, también, porque existen medidas más aptas y al mismo tiempo menos gravosas para cumplir con el objetivo declarado por el H. Tribunal de establecer cierta flexibilidad en las cláusulas de salida, y que no atentan contra la necesaria certeza que requiere la industria ni supongan incurrir en una fijación de precios por parte de las autoridades de libre competencia. En virtud de lo anterior, es que solicita que esta obligación sea dejada sin efecto.

Ahora bien, en caso de que no se estime pertinente eliminar del todo la medida impuesta por el H. Tribunal, **bien podría, en subsidio, evaluarse cláusulas de salida que puedan ejecutarse en contratos con una vigencia superior a cuatro años: (i) una vez transcurrida la mitad de la vigencia del contrato; (ii) en momentos definidos (durante el primer trimestre de cada año que suele ser el menos disruptivo en los hábitos de consumo de los usuarios finales); y, (iii) habiéndose realizado el pago oportuno de todas las indemnizaciones y pagos que correspondan según el contrato respectivo**, sin que se regule *ex ante* por parte de la resolución que la Excma. Corte Suprema dicte la forma de calcular dicha indemnización y dejándose ella al juego libre y sano de la libre competencia (pudiendo ser ésta un factor competitivo diferenciador entre centros comerciales).

Plaza estima que es razonable que los contratos tengan una duración mínima de dos años con el objeto de otorgar a todos los partícipes de la plataforma la certeza que necesitan para operar, y

¹⁷ En efecto, esto es totalmente consistente con lo señalado en el ¶27 de la Resolución N°80: “Asimismo, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los contratos cuyas obligaciones no se agotan en forma inmediata, en particular los de tracto sucesivo y ejecución diferida, cumplen una función de asignación y distribución de riesgos entre las partes. Estos contratos prevén los efectos económicos o financieros que puede tener una determinada transacción que, por realizarse en el futuro, necesariamente trae aparejada un riesgo. Cuando esa previsibilidad de las consecuencias del contrato se determina al celebrarlo, habilita a las partes a planificar de mejor forma sus conductas futuras y asignar las consecuencias económicas de la concreción de ese riesgo a la que esté en mejor posición para asumirlo”. Pues bien, justamente el acuerdo bilateral entre las partes respecto del monto de una indemnización por incumplir una cláusula contractual, y en especial, una cláusula que puede impactar de forma tan relevante en la operación de la parte contraria como es la decisión de terminar anticipadamente el contrato, es de aquellas materias que permiten a las partes distribuir adecuadamente los riesgos del contrato de arrendamiento y proteger la inversión y expectativas de cada una de las partes respecto de dicha relación contractual. Y la asignación de ese riesgo de una u otra manera es precisamente un factor competitivo que razonablemente debe darse con libertad en un mercado competitivo como lo es el de centros comerciales.

considerando también las inversiones involucradas en la habilitación de cada local y todo el tiempo invertido en negociar el contrato respectivo.

Una cláusula de esta naturaleza otorgaría al operador del centro comercial un grado de certeza adecuado y consistente con una adecuada gestión de su negocio y, al mismo tiempo, permitiría a los locatarios contar con una cláusula de salida razonable, sin afectar la libertad empresarial y la competitividad de la industria y manteniendo los incentivos adecuados para cuidar la calidad de servicio que requieren los consumidores finales.

En suma y en virtud de los argumentos expuestos en las §II.2.2. y §II.2.3., Plaza solicita respetuosamente que la medida contemplada en el literal H. de la Resolución N°80 sea dejada sin efecto. En subsidio de lo anterior, solicita que la medida contemplada en el literal H. de la Resolución N°80 sea modificada por una consistente con lo descrito *supra* en esta §, es decir que se establezca que los contratos que el operador del centro comercial tenga con los locatarios contemplen cláusulas de salida que puedan ejecutarse en contratos con una vigencia superior a cuatro años: (i) una vez transcurrida la mitad de la vigencia del contrato; (ii) en momentos definidos (durante el primer trimestre de cada año); y, **(iii)** habiéndose realizado el pago oportuno de todas las indemnizaciones y pagos que correspondan según el contrato respectivo, sin que se regule *ex ante* por parte de la resolución que la Excma. Corte Suprema dicte la forma de calcular dicha indemnización.

III.

El literal I. de la Resolución N°80 y la necesidad de que la Excma. Corte Suprema lo deje sin efecto o modifique

III.1. El literal I. de la Resolución N°80 del H. Tribunal

Al referirse a las cláusulas que permiten poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento que un operador de *malls* tenga con un mismo titular de locales comerciales, el H. Tribunal reconoció que *“abordar el incumplimiento contractual como si se tratase de un solo negocio entre operador y locatario, soslayando la existencia de contratos individuales por mall, puede ser útil como garantía e incluso puede facilitar la entrada de un comercio a varios malls”*¹⁸. Plaza comparte esta afirmación.

Sin embargo, y pese a reconocer expresamente de que se trata de un riesgo acotado¹⁹, el H. Tribunal señaló a propósito de este tipo de cláusulas, que *“también considera que existe el riesgo de que pudiera permitir abusar de ciertos comercios”*²⁰. Ello, sumado a que existirían, como señaló la FNE, *“medios menos gravosos que pueden utilizarse como garantía para aminorar los riesgos de los contratos para el operador”*²¹, llevó al H. Tribunal a establecer la medida consagrada en el literal I. de la Resolución N°80, según la cual los operadores de centros comerciales tipo *mall* *“no podrán imponer cláusulas que faculiten al operador a poner fin a dos o más contratos en caso de que el locatario incurra en una causal de término o incumplimiento contractual de alguno de ellos”*.

¹⁸ H. Tribunal, Resolución N°80, ¶173.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

III.2. La necesidad de que la Excma. Corte Suprema deje sin efecto o modifique la medida contenida en el literal I. de la Resolución N°80

Según Plaza expuso en este proceso: **(i)** las cláusulas que permiten poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento tienen justificaciones económica y comercialmente objetivas; y, **(ii)** las otras alternativas de resguardo o de atribución de riesgos propuestas por el H. Tribunal no se hacen cargo de forma adecuada del problema que las cláusulas que permiten poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento buscan resolver.

III.2.1. Las cláusulas que permiten poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento tienen justificaciones económica y comercialmente objetivas

En primer lugar, reducen los riesgos propios del desarrollo del negocio, al disminuir los tiempos y costos en la recuperación de locales comerciales ocupados por locales comerciales que han incurrido en incumplimiento, permitiendo obtener toda la cadena de locales de una sola vez, agilizando su proceso de recolocación en el portafolio de bienes alquilables.

En segundo lugar, generan un mayor incentivo a que los arrendatarios cumplan con todas sus obligaciones en todos los locales comerciales, evitando dicotomías donde un arrendatario podría elegir pagar sus obligaciones en tiempo y forma en un centro comercial, incumpliendo intencionalmente en otro en una suerte de arbitraje comercial poco deseable (por ejemplo, pagando en las zonas de mayores recursos y dejando de pagar en áreas de consumidores más desfavorecidos).

En tercer lugar, no se debe olvidar que la relación de arrendamiento es una en que la credibilidad crediticia es fundamental, al tratarse de contratos de tracto sucesivo, por lo que la identidad y condición de cumplimiento de la contraparte es particularmente relevante.

Como el H. Tribunal puede apreciar, todas estas razones son de índole preventiva, y han permitido una equilibrada relación entre la Compañía y sus socios comerciales con un tratamiento equitativo en relación a los distintos consumidores finales existentes. Tanto es así que Plaza nunca ha aplicado o ejecutado la cláusula en comento. Sin embargo, su existencia sirve para colocar los incentivos adecuadamente entre las partes y contribuir a una relación de cumplimiento de buena fe.

III.2.2. Las otras alternativas de resguardo o de atribución de riesgos propuestas por la FNE en este proceso no se hacen cargo de forma adecuada del problema que las cláusulas que permiten poner término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento buscan resolver

Sin perjuicio de que, en la respetuosa visión de Plaza, las razones anteriores y el hecho de que la Compañía nunca haya hecho aplicación de estas cláusulas son suficientes para descartar cualquier riesgo de libre competencia a su respecto, es preciso indicar que las medidas sugeridas por la FNE, a las que el H. Tribunal hace referencia en la Resolución N°80, no resultan idóneas para corregir el supuesto problema.

A modo de contexto, la FNE estimó *desproporcionadas* las cláusulas que permiten a los centros comerciales poner término a la relación contractual en dos o más locales comerciales para los casos en que un locatario incumpla sus obligaciones de pago de renta en uno de ellos, y en mérito de ello propuso “*otras alternativas de resguardo o de atribución de riesgos, tales como el establecimiento de*

garantías [primera medida propuesta] o la evaluación anticipada de ciertos perjuicios [segunda medida propuesta]”²².

En la respetuosa opinión de esta parte, la primera medida propuesta por la FNE muy probablemente producirá el efecto de elevar los costos para que los locatarios puedan acceder a un espacio dentro de un centro comercial. Ello muy posiblemente haría disminuir el interés de locatarios de funcionar dentro del centro comercial, especialmente a los de menor tamaño, lo que va en directo desmedro de los mismos locatarios, especialmente los más pequeños, de Plaza y, muy relevantemente, de los consumidores finales. Otra consecuencia esperable de los mayores costos que enfrentarían los locatarios es que éstos busquen recuperar sus costos por vía de aumentos de precio a los consumidores finales, lo que ciertamente redundaría en ineficiencia.

Por otro lado, la segunda medida propuesta tampoco resulta ser una medida idónea, debido a que mantiene justamente el problema de falta de seguridad en el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario al momento de terminar el contrato de arrendamiento. En efecto, no pareciera razonable que un locatario no tenga solvencia suficiente para pagar el canon de arriendo, pero sí para resarcir los perjuicios evaluados anticipadamente. Ello probablemente derivará simplemente en mayor conflictividad, que es lo que este proceso busca precaver.

Así las cosas, sobre este tipo de cláusulas tampoco resultaba pertinente la intervención del H. Tribunal, pues dicha intervención bien podría provocar efectos indeseados de cara no sólo a los propios locatarios, sino que también de cara a los consumidores.

III.3. Peticiones concretas en relación con el literal I. de la Resolución N°80

Sin perjuicio que Plaza estima que las cláusulas de término anticipado de dos o más contratos generan eficiencias relevantes en su relación con los locatarios, según se explicó *supra*, si el H. Tribunal considera que pueden también generar riesgos acotados²³, **existen mecanismos que permiten hacerse cargo de las preocupaciones del H. Tribunal, de forma menos perjudicial para el funcionamiento de la plataforma** y, por tanto, menos lesiva para locatarios y consumidores que la eliminación de las cláusulas referidas.

Una opción, para asegurar la proporcionalidad de la medida, sería permitir la inclusión de cláusulas que permitan el término anticipado de dos o más contratos por el incumplimiento en uno de ellos, limitando las causales que permitan hacer uso de aquel derecho. Así, por ejemplo, se podría establecer que se permitirá el ejercicio de la cláusula ante el incumplimiento de determinadas obligaciones que sean de mayor importancia para las partes, como podría ser el pago de la renta o de los gastos comunes.

Una propuesta como la anterior, en la respetuosa opinión de Plaza, en que las partes determinan cuáles son las obligaciones más relevantes que permitirían el uso de esta cláusula, permite equilibrar de forma adecuada las eficiencias que genera el considerar la relación comercial como un solo negocio, con evitar que incumplimientos de ciertas obligaciones que no sean de aquellas esenciales para las partes, puedan poner en riesgo la continuidad de la totalidad de los contratos de arrendamiento. Ello, a juicio de Plaza, establecería de forma adecuada los incentivos para ambas partes, tanto en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de los contratos de

²² FNE, aporte de antecedentes de folio 141, pp.47-48.

²³ H. Tribunal, Resolución N°80, ¶173.

arrendamiento, como al esfuerzo que deben realizar las partes para corregir de forma proporcional aquellas situaciones en que pueda existir un desencuentro entre las partes.

En suma, y en virtud de los argumentos expuestos en §III.2.2., Plaza solicita respetuosamente que la medida contemplada en el literal H. de la Resolución N°80 sea dejada sin efecto o, en subsidio, modificada en los términos propuestos *supra* en esta §, es decir, que se permita la inclusión de cláusulas que reconozcan el término anticipado de dos o más contratos por el incumplimiento en uno de ellos, aunque limitando las causales que permitan hacer uso de aquel derecho, por ejemplo, a casos de incumplimientos graves.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto, dentro de plazo, recurso de reclamación en contra de la Resolución N°80/2024 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, notificada a Plaza S.A. el 9 de febrero de 2024, admitirlo a tramitación con el objeto que la Excma. Corte Suprema, conociendo del mismo, lo acoja y deje sin efecto o, en subsidio, modifique en los términos descritos en esta presentación: **(i)** el literal H. de la parte resolutive de la Resolución N°80/2024; y, **(ii)** el literal I. de la parte resolutive de la Resolución N°80/2024. Ello, en virtud de las consideraciones expuestas en esta presentación.

“ Nicole
Nehme
Zalaquett
2024.02.21
17:49:04
-03'00'

“ María
Beatriz
Hidalgo
Silva
2024.02.21
17:58:11
-03'00'

“ Diego Andrés
Hernández De
2024.02.21
17:55:29
-03'00'