

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA

LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 80/2024

Santiago, ocho de febrero de dos mil veinticuatro.

PROCEDIMIENTO	:	No Contencioso
ROL	:	NC N° 478-20
CONSULTANTE	:	Asociación Gremial del Retail Comercial A.G.
OBJETO	:	Conocer (i) los contratos de arrendamiento vigentes que determinan la relación comercial entre los locatarios y los siguientes operadores de centros comerciales en Chile, junto con sus respectivas personas relacionadas, esto es, Plaza S.A., Cencosud Shopping Centers S.A., Parque Arauco S.A., Vivo Corp S.A., Inmobiliaria Viña del Mar S.A. y Pasmар S.A.; (ii) los hechos y actos que se informan en la consulta, en relación con los contratos señalados en el numeral precedente; y (iii) la integración vertical que se produce en el mercado relevante; para determinar si ellos contradicen la libre competencia o provocan riesgos o efectos anticompetitivos y, en su caso, establecer las medidas o condiciones que se estimen conducentes para que se ajusten a la normativa de competencia
APORTANTES DE ANTECEDENTES	:	<div><div>1. Asociación Chilena de Gastronomía A.G.</div><div>2. Inversiones Chalbonia SpA en representación de Biarritz SpA</div><div>3. Plaza S.A.</div><div>4. Valverde Norambuena SpA</div><div>5. Comercial Grupo Liolá y Compañía Limitada</div><div>6. Vivo SpA</div><div>7. Komax S.A.</div><div>8. Inmobiliaria Power Center Ltda.</div><div>9. Comercial Giovo Limitada</div></div>

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 10. Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A.
- 11. Parque Arauco S.A.
- 12. Fiscalía Nacional Económica
- 13. Cencosud Shopping S.A.
- 14. Matriz Idea S.A.
- 15. Fábrica de Calzado Gino S.A.

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA..... 3

- A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES 3
- B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE 3
- C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO..... 9
- D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES 10
- E. AUDIENCIA PÚBLICA..... 46
- F. ANTECEDENTES ADICIONALES REQUERIDOS Y RECIBIDOS POR EL TRIBUNAL 47

II. PARTE CONSIDERATIVA..... 47

- A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA..... 47
- B. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA..... 49
- C. ANÁLISIS DE RIESGOS ANTICOMPETITIVOS DERIVADOS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES CUESTIONADAS..... 69
- D. CONCLUSIONES..... 108

III. PARTE RESOLUTIVA 109

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

A.1. Consultante

- Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (“AG Retail”, “AGR” o “Consultante”).

A.2. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones dentro de plazo

- Asociación Chilena de Gastronomía A.G. (“Achiga”)
- Inversiones Chalbonia SpA en representación de Biarritz SpA (“Biarritz” o “Chalbonia”)
- Plaza S.A. (“Plaza”)
- Valverde Norambuena SpA (“Valverde”)
- Comercial Grupo Liolá y Compañía Limitada (“Liolá”)
- Vivo SpA, antes denominada “VivoCorp S.A. (“Vivo”)
- Komax S.A. (“Komax”)
- Inmobiliaria Power Center Ltda. (“Pasmarr”)
- Comercial Giovo Limitada (“Giovo”)
- Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A. (“Marina” o “Grupo Marina”)
- Parque Arauco S.A. (“Parque Arauco”)
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”)
- Cencosud Shopping S.A. (“Cencosud Shopping”)
- Matriz Ideas S.A. (“Matriz Ideas”)
- Fábrica de Calzado Gino S.A. (“Calzados Gino”)

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. A folio 11, el 2 de octubre de 2020, AGR consultó si (a) los contratos de arrendamiento vigentes, que determinan la relación comercial entre los locatarios y los siguientes operadores de centros comerciales (“Operadores”) en Chile, junto con sus respectivas personas relacionadas, esto es, Plaza S.A., Cencosud Shopping Centers S.A., Parque Arauco S.A., Vivo Corp S.A., Inmobiliaria Viña del Mar S.A. y Pasmor S.A.; (b) los hechos y actos que se informan en la consulta, en relación con los contratos señalados en el numeral precedente; y (c) la integración vertical que se produce en el mercado relevante; contradicen la libre competencia o provocan riesgos o efectos anticompetitivos y, en su caso, solicitó establecer las medidas o condiciones que se estimen conducentes para que se ajusten a la normativa de competencia (la “Consulta”). Los fundamentos de su consulta se exponen a continuación.

1.1. AGR la forman pequeños y medianos empresarios, afectados directamente por actos de los operadores de centros comerciales y por los contratos celebrados por estos y los locatarios, que serían contradictorios con la libre competencia.

1.2. El mercado relevante del producto estaría formado por centros comerciales denominados *malls* y excepcionalmente por centros comerciales intermedios, como los llamados *power centers*, en la medida que estos últimos pudiesen ser vistos por los locatarios como sustitutos de determinados *malls*. Por su parte, el mercado relevante geográfico sería local, compuesto por el área de influencia territorial del respectivo centro comercial, que sería de un área de influencia o isócrona de 10 minutos. Indica que, sin perjuicio de lo anterior, los principales operadores tienen presencia nacional, generando con ello efectos de conglomerado.

1.3. El mercado relevante se caracterizaría, en primer lugar, por los centros comerciales que corresponden a mercados de dos lados, es decir, serían una plataforma que une a los locatarios por un lado y a sus clientes finales por otro. De este modo, los consumidores tendrían mayores beneficios cuando encuentran más tiendas en los centros comerciales, mientras que los locatarios mayores incentivos para ingresar y comercializar sus productos en un determinado centro comercial, si es mayor el público que concurre a este.

1.4. Argumenta que uno de los hechos jurídicamente significativos en el mercado relevante es la integración vertical entre el centro comercial y algunas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiendas que participan como arrendatarias de locales. Lo anterior, provocaría que exista una doble relación entre los principales centros comerciales y sus locatarios ya que, por una parte, serían proveedores de éstos, y por otra, sus competidores. Plantea que dicha integración vertical puede provocar efectos anticompetitivos o constituir un riesgo de que dichos efectos se produzcan.

1.5. Señala que el mercado relevante presentaría un elevado nivel de concentración, dado que los centros comerciales pertenecen a pocos operadores, a saber, Plaza, Cencosud, Parque Arauco y Vivo y, en ciertos sectores, Grupo Marina y Grupo Pasmor. Tratándose de metros cuadrados arrendables a locatarios, Plaza, Cencosud y Parque Arauco concentrarían el 80% de la oferta en la ciudad de Santiago. En esa misma línea, respecto de las participaciones de mercado de los centros comerciales a partir del número de competidores dentro de una isócrona de 10 minutos en auto, el 55% de los *malls* tendría una participación de mercado del 100% dentro de su respectiva isócrona; el 23% tendría una participación de mercado del 50%; el 14% tendría una participación de mercado del 33%; un 7% tendría una participación entre el 15% y el 25%; y el 1% de los *malls* tendría una participación menor al 15%.

1.6. Este mercado relevante presentaría también altas barreras a la entrada, debido al elevado nivel de inversión en capital que se requiere para construir un centro comercial; la necesidad de disponibilidad de terrenos de gran tamaño, con buen acceso y una adecuada ubicación; la existencia de contratos de largo plazo, unido a sus cláusulas de salida; y el costo de las inversiones realizadas en el desarrollo de estos espacios.

1.7. AGR señala que el fenómeno del “*one-stop shopping*” sería una característica de este mercado, consistente en que los consumidores buscan satisfacer con un solo viaje la mayor cantidad de necesidades de consumo, por lo que requieren, para tales efectos, un espacio físico en el cual concurra la oferta de diferentes tipos y líneas de productos. Agrega que el centro comercial constituye una plataforma indispensable para el desarrollo de la actividad de los locatarios, sin que el comercio *online* sea aún un sustituto para estos. Bajo tal escenario, se generaría una relación de dependencia económica que influiría, por una parte, en que los locatarios deben aceptar las condiciones impuestas en los contratos de arrendamiento y sus normas generales y, por otra parte, en una ejecución de la relación comercial por los operadores en desmedro de los locatarios.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8. Afirma que los centros comerciales tendrían posición dominante, porque: (a) en su conjunto y a nivel nacional tendrían una alta participación de mercado; (b) no existiría presión competitiva entre los operadores de centros comerciales, pues la mayoría de las cláusulas y prácticas serían impuestas y ejecutadas en términos equivalentes por estos, existiendo por tanto una posición dominante conjunta; (c) existirían significativas barreras de entrada y salida del mercado; y, (d) existiría una dependencia de los locatarios respecto de los centros comerciales.

1.9. En cuanto al objeto de la Consulta, indica que los contratos de arrendamiento se componen de “normas generales”, que serían impuestas por los centros comerciales, y los contratos particulares, que especificarían el contenido de dichas normas. Expone que las normas generales de cada operador serían contratos de adhesión, sin que exista posibilidad de negociación. Detalla que, a su juicio, estas normas generales serían dictadas únicamente por los grupos propietarios de los centros comerciales y se integrarían a todos sus contratos de arrendamiento, regulando detalladamente los derechos y obligaciones de las partes, tanto así que su contenido normativo y extensión son mucho mayores que los contratos de arrendamiento propiamente tales.

1.10. En particular, los contratos de arrendamiento, menciona que serían el único espacio en que los locatarios supuestamente tendrían cierto nivel de injerencia, en aspectos como el monto de la renta de arrendamiento, no así su estructura y el local que se arrendará, pero el contenido casi totalmente lo determinarían los centros comerciales. Luego, expone sus consideraciones respecto de las condiciones contractuales y su forma de ejecución, que AGR estima potencialmente abusivas. En primer lugar, respecto a la estructura tarifaria, señala que los operadores incorporan en sus normas generales un valor mínimo mensual o renta base reajutable (“VMM”) y un valor porcentual mensual variable (“VPM”) y cobran la suma que resulte mayor entre éstos. Menciona que, en los hechos, los operadores han impuesto una renta fija permanente que se incrementa por sobre el reajuste del IPC, con total prescindencia de los resultados operacionales. Así, la tasa de crecimiento de la renta fija sería en muchos casos sustancialmente mayor a la tasa de crecimiento de los ingresos de los locatarios, lo que constituiría un potencial riesgo o efecto a la competencia, ya sea por medio de extracción de renta o potencial

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estrangulamiento de márgenes. Explica que el VMM consiste en un monto fijo, normalmente referido a la superficie del local arrendado y que el reajuste es tan alto que en el 80% de los casos no se aplica el VPM. Sobre este último, señala que se refiere a un porcentaje de todos los ingresos netos mensuales por ventas y servicios obtenidos por el arrendatario en la explotación del local o sala de ventas arrendado, que se cobra solo si supera al VMM.

1.11. La Consultante considera que esta estructura hace que los operadores no tengan incentivos para ejecutar las acciones necesarias para atraer más público. Señala que no existiría conocimiento de las razones, circunstancias o criterios que objetivamente pudiesen determinar las diferencias en las rentas de arrendamiento que se cobran a los locatarios, y menos a los que los operadores están relacionados.

1.12. En segundo lugar, afirma que en el mes de diciembre se incrementaría el VMM hasta en un 100% y los operadores impedirían que se aplique el VPM, lo que, a su juicio, carecería de justificación razonable. Lo anterior afectaría a los arrendatarios, porque deben destinar parte importante del mayor ingreso de diciembre a pagar el aumento de la renta de arrendamiento, y si las ventas de un locatario disminuyen en diciembre, debe pagar el doble del VMM normal.

1.13. En tercer lugar, respecto a los cobros adicionales, argumenta que existiría falta de transparencia y opacidad. Entre estos cobros cuestiona los gastos comunes, sobre los cuales existiría opacidad en su aplicación, distorsión y falta de transparencia en su distribución. Indica que generaría problemas desde el punto de la libre competencia la inclusión del pago del impuesto territorial, por cuanto su pago beneficia únicamente al propietario del bien inmueble gravado. También cuestiona la inclusión del pago por mantención de estacionamientos, puesto que los consumidores pagarían una tarifa por dicho servicio. Agrega que existe un absoluto desconocimiento de los fondos de promoción y publicidad y falta de injerencia en las decisiones que se adopten para definir su monto o utilización.

1.14. Seguidamente, se refiere al acceso de operadores integrados a información financiera y comercial estratégica de los locatarios. Afirma que aun cuando en la gran mayoría de los casos se aplica como renta el VMM, los centros comerciales exigen a los locatarios la entrega de todas sus ventas operacionales diarias. Considera que lo anterior hace que el arrendador, que impone rentas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fijas con conocimiento previo de los resultados comerciales de sus arrendatarios, tendría ventajas como competidor aguas abajo. Añade que la entrega de esta información no tendría justificación, ya que no existiría distribución real de riesgos entre locatarios y operador.

1.15. Luego, menciona una serie de restricciones que impondrían los centros comerciales a sus locatarios y que limitarían su independencia competitiva: (a) prohibición de vender a precios superiores a aquellos a que el locatario vende fuera del respectivo centro comercial, sin limitación alguna al mercado relevante geográfico; y (b) imposición de sanciones por disminución de los resultados operacionales del locatario. Indica que, si un locatario rebaja su facturación mensual a menos de un 25% del promedio los últimos seis meses por tres meses consecutivos, estaría en incumplimiento contractual, lo que ameritaría la imposición de multas, la terminación del contrato más el cobro de indemnización de perjuicios y de las rentas de arrendamiento por todo el tiempo faltante. Ello, a su juicio, carecería de racionalidad económica, ya que una baja en las ventas no impide pagar igualmente el VMM.

1.16. Enseguida manifiesta que existirían estipulaciones y actos que conllevarían riesgos de conglomerado, ya que existirían cláusulas que habilitarían a los centros comerciales a poner término anticipado a todos los contratos de arrendamiento de un locatario en caso de incumplimiento contractual en un centro comercial específico, y porque se condicionaría el arriendo en determinados *malls* o la renovación de los contratos, a la obligación de arrendar un local comercial en otros centros comerciales del mismo grupo, incluso cuando ello no sea de interés del locatario.

1.17. Por último, según el parecer de la Consultante, otras cláusulas también afectarían la libre competencia, tales como: (a) la obligación de realizar remodelaciones y gastos asociados, las que tendrían que efectuarse en las oportunidades que el centro comercial determine, sin que exista una noción de los costos en que se deberá incurrir y cuáles serían las exigencias del operador; (b) diferencias en los horarios de atención al público, debido a que los *retailers* menores tendrían que comenzar a atender una hora antes y terminar una hora después que las grandes tiendas y con ello se les estaría forzando a lo que la Consultante denomina “calentar el *mall*”; y (c) ausencia de cláusulas de salida en contratos con duraciones de entre cuatro a cinco años renovables, que le

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permitan al locatario dar un aviso con antelación razonable, sin tener que pagar todas las rentas de arrendamiento faltantes hasta el vencimiento del plazo estipulado, generando con ello un costo de salida imposible de asumir por gran parte de los asociados de AGR.

1.18. En cuanto a los potenciales efectos anticompetitivos, la Consultante indica que se afectaría la competencia en el mercado relevante, así como a los consumidores, que reducirían su bienestar. Sobre lo primero, señala que las cláusulas y conductas consultadas generan márgenes nulos a muchos asociados, arriesgando su salida del mercado, y que las restricciones a la movilidad y la existencia de integración vertical en el mercado generarían efectos anticompetitivos, ya que aumenta el poder de mercado de los centros comerciales. En cuanto a lo segundo, indica que, atendido que los centros comerciales se han logrado desprender de todos los riesgos asociados a la operación de los *malls*, existiría una pérdida de bienestar porque los consumidores deben pagar un mayor precio por los bienes y servicios adquiridos en los centros comerciales y obtienen servicios complementarios de peor calidad.

1.19. Por último, propone una serie de medidas para mitigar los riesgos detectados. En particular: (a) medidas generales respecto de la imposición de cláusulas contractuales; (b) medidas vinculadas a la renta de arrendamiento; (c) medidas relativas a gastos comunes y al fondo de promoción; (d) medidas sobre efectos de conglomerado; (e) medidas referidas a la inexistencia de cláusulas de salida; y (f) medidas referidas a la integración vertical.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

2. A folio 22, el 26 de octubre de 2020 se resolvió no admitir a tramitación el asunto propuesto como no contencioso, debido a que contendría alegaciones que sólo podrían ser conocidas en un procedimiento contencioso. A folio 26, el 6 de noviembre de 2020, la Consultante interpuso un recurso de reclamación, que fue acogido por la Excelentísima Corte Suprema el 10 de mayo de 2021, disponiendo que la consulta fuera acogida a tramitación.

3. A folio 32, el 24 de mayo de 2021 se dio inicio al proceso, para determinar si los contratos de arrendamiento vigentes entre los principales centros

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comerciales en Chile y sus locatarios, los hechos y actos que se informan en relación con los referidos contratos; y la integración vertical que se produce en el mercado relevante señalado en la consulta; contradicen la libre competencia.

4. En dicha resolución se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; al Servicio Nacional del Consumidor; a la Cámara Nacional de Comercio; a Plaza S.A.; a Cencosud Shopping Centers S.A.; a Parque Arauco S.A.; VivoCorp S.A.; Inmobiliaria Viña del Mar S.A.; y Pasmor S.A. para que aportaran antecedentes dentro del plazo de 20 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1° del artículo 31 del Decreto Ley N° N° 211 (“D.L. N° 211”).

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

5. En lo que sigue, se sintetizan los aportes de antecedentes en el siguiente orden: (a) locatarios, (b) operadores de centros comerciales, y (c) Fiscalía Nacional Económica.

D.1. Asociación Chilena de Gastronomía A.G.

6. A folio 106 aportó antecedentes la Asociación Chilena de Gastronomía A.G., que señala que sus asociados mantienen actualmente contratos de arriendo respecto de cientos de locales con los operadores de *malls* que son objeto de la consulta, y señala que los problemas descritos en ella afectan también a la industria gastronómica, y en algunos casos, en mayor medida. Agrega que existen situaciones distintas a las señaladas en la consulta que los afectan específicamente.

6.1. En cuanto al mercado relevante del producto, señala que para efectos de la consulta debiese circunscribirse principalmente al de los *malls*, y en alguna medida a los *power centers* de mayor tamaño, por la falta de sustituibilidad con otros centros comerciales más pequeños. Por otra parte, los *malls* suelen ser los únicos centros comerciales con un patio de comidas. En lo relativo al mercado relevante geográfico, sostiene que es eminentemente local, abarcando una comuna o grupo de comunas según el área de influencia del respectivo *mall*.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Precisa que, en muchas localidades de Chile, para muchos restaurantes y locales de comida rápida no existe un sustituto a ubicarse dentro del *mall*.

6.2. Luego, hace referencia a la creciente concentración de los *malls* y el *retail* integrado, y concluye que se trataría de un mercado altamente concentrado. Añade que las condiciones de contratación ofrecidas por los *malls* son prácticamente las mismas, y que los márgenes obtenidos en la industria, por sobre un 70%, pueden ser indicativos de la concentración y falta de competencia en el mercado.

6.3. Luego, señala los riesgos anticompetitivos que identifica en los contratos de llegada de la industria gastronómica en los *malls*, y explica en detalle cada uno. En particular, menciona: (a) la venta atada o exigencia de abrir o mantener locales en *malls* de bajas ventas, como requisito para mantener locales de buenas ventas; (b) problemas de competencia de la renta de arriendo, entre los cuales identifica la creciente importancia de la renta de arriendo fija sobre la variable, lo que produce una pérdida de incentivos para atraer flujo al *mall*, y una posible discriminación de precios en el cobro de rentas de arrendamiento; (c) cobros injustificados por servicios del local, por los cuales el *mall* obtendría utilidades ocultas por parte de los locatarios; (d) el recargo de hasta el doble de la renta en diciembre, sin ninguna justificación para la industria gastronómica; (e) la arbitraria inclusión de las ventas por *delivery* para efectos del cálculo del valor proporcional de la renta de arriendo; (f) los gastos comunes, fondos de promoción y seguros, que constituirían una caja oscura de cobros injustificados, indocumentados y sin control; (g) el cobro de contribuciones de bienes raíces; (h) la ausencia de cláusulas de salida para el arrendatario; (i) rentas de arriendo aseguradas, sin relación al flujo de clientes; (j) problemas de horarios de apertura exigidos a la industria gastronómica; y (k) la exigencia de garantías excesivas como forma de incrementar el poder de mercado de los *malls* frente a sus locatarios.

6.4. Finalmente, propone una serie de medidas para evitar los riesgos identificados y para incentivar la competencia.

D.2. Inversiones Chalbonia SpA en representación de Biarritz SpA

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. A folio 107 aportó antecedentes Inversiones Chalbonia SpA en representación de Biarritz SpA, locataria de diferentes operadores de centros comerciales. Indica que los centros comerciales son imprescindibles en su rubro, porque de no acceder se vería expuesta a una baja considerable en las ventas y a la imposibilidad de seguir compitiendo al nivel que lo hace. Afirma que la venta en centros comerciales representa aproximadamente el 65% de su venta anual.

7.1. En cuanto a los contratos que mantiene con los operadores de centros comerciales del país, indica que son de adhesión, casi todos tienen la misma estructura y se refieren a anexos que son los mismos para todos los locatarios. Los únicos espacios de negociación se reducirían al local arrendado y al monto de la renta fija que es pagada, pero no a su incremento.

7.2. Posteriormente, desarrolla los principales aspectos que, a su juicio, afectan nocivamente el desarrollo de su negocio: (a) los contratos se estructuran en base a las normas generales que son dictadas unilateralmente por los operadores de centros comerciales; (b) la tarifa alternativa para pago del canon de arriendo, considera el mayor valor entre el VMM y el VPM, por lo que el centro comercial jamás pierde; (c) los gastos comunes son opacos en el cobro y distribución; (d) sería desconocida la forma en que el fondo de publicidad y promoción son utilizados y no se puede participar de forma alguna en su administración; (e) habría acceso por parte de los operadores de los centros comerciales a la información estratégica de ventas para efectos de determinar el VPM; (f) las cláusulas de término anticipado de todos los contratos que mantiene con un mismo locatario; (g) exigencia de apertura de locales en más de un centro comercial del *holding*; y (h) diferencias en los horarios de atención a público, donde se le obliga a abrir las tiendas en horas previas y cerrar en un horario posterior a lo que lo hacen las grandes tiendas.

D.3. Valverde Norambuena SpA

8. A folio 113 aportó antecedentes Valverde Norambuena SpA, locataria de diversos operadores de centros comerciales, indicando que los contratos de arrendamiento se basan en: (a) normas generales que no son objeto de negociación alguna y deben ser aceptadas por el locatario; y (b) el contrato particular, que solo se puede negociar el local objeto del contrato y la renta de arrendamiento inicial, pero no su estructura o reajuste en el tiempo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.1. Respecto a la renta, indica que los centros comerciales cobran al locatario la suma mayor que resulte entre un VMM y un VPM. Señala que el VMM termina siendo tan elevado que prácticamente no se aplica la parte de la tarifa que constituye VPM. Además, señala que cada diciembre el VMM llega hasta duplicar su valor. En cuanto a los otros cobros que realizan los centros comerciales, afirma que no existe claridad de qué es lo que se cobra o cómo se determina. Además, los locatarios no tendrían injerencia en determinar en qué se utilizan dichos recursos, o qué se contrata para luego ser cargado a los mismos.

8.2. En lo que se refiere a otras cláusulas, indica la existencia de: (a) cláusulas de terminación de contratos de arrendamiento en todo el grupo por el incumplimiento de un local en particular; (b) prohibiciones de cobrar precios superiores a los aplicados en otros centros comerciales; (c) remodelaciones de costo y cargo del locatario, con la imposición de estrictas consideraciones técnicas que deben ser aceptadas por el locatario sin más; y, (d) duraciones de los contratos mayores a los cuatro años, renovables y sin cláusulas de salida anticipada para los locatarios. Por último, afirma que, al negociar el arriendo de un local en un centro comercial determinado, estos les plantean una propuesta con el arriendo de otro local distinto, y que existe diferencia de horarios de apertura y cierre entre locales grandes y pequeños.

D.4. Comercial Grupo Liolá y Compañía Limitada

9. A folio 115 aportó antecedentes Comercial Grupo Liolá y Compañía Limitada, arrendataria de diversos locales a los diferentes operadores de centros comerciales. Señala que los *malls* son los principales canales de distribución y venta de vestuario femenino, lo cual los obliga a aceptar condiciones contractuales que distan de ser equitativas y favorables para ambas partes. Posteriormente, expone las diversas condiciones contractuales gravosas y/o abusivas de los arrendamientos que tiene con los centros comerciales.

D.5. Komax S.A.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. A folio 127, aportó antecedentes Komax S.A., arrendataria de 75 locales en centros comerciales, que indica que los contratos de arrendamiento se remiten en forma importante a las normas generales que cada centro comercial dicta.

10.1. Afirma que las rentas de arrendamiento están establecidas como el mayor valor que resulte entre dos valores: el VMM, reajustado en un 10% sobre el IPC cada 24 meses, y el VPM para el mes correspondiente. Por lo anterior, los centros comerciales siempre tienen un piso mínimo que podrán cobrar como renta de arrendamiento, sin importar el bajo nivel de ventas que sus arrendamientos hayan registrado, pero tan pronto como las ventas mejoran, los centros comerciales pueden participar de ese mejor resultado.

10.2. Señala que, para calcular el valor porcentual, se debe entregar al centro comercial el monto diario y mensual de las ventas del respectivo local, por producto, lo que implica el traspaso de información comercial sensible a operadores que son a la vez competidores en los distintos mercados en que opera. Además, ello le daría una ventaja a los centros comerciales a la hora de negociar las renovaciones de contratos de arrendamientos.

10.3. Por último, indica que los locatarios carecen de información sobre cómo se distribuyen los cobros adicionales incluidos en las facturas mensuales, el uso que se dan esos fondos y la razonabilidad en la distribución de los costos entre los arrendatarios.

D.6. Comercial Giovo Limitada

11. A folio 130 aportó antecedentes Comercial Giovo Limitada, con presencia en más de 11 puntos de venta en diversos centros comerciales, lo que representaría el 80% de sus ventas totales en un año calendario. Afirma que el mercado relevante lo forman los centros comerciales y *malls*, y excepcionalmente los intermedios, en la medida que los locatarios los ven como sustitutos. Este mercado sería local, con isócronas de 10 minutos en Santiago y en el resto de los centros urbanos a nivel ciudad. Asimismo, presentaría altas barreras de entrada, porque se requiere gran nivel de inversión en capital, amplios terrenos y buena ubicación.

11.1. En cuanto a la estructura de los contratos, indica que incluyen normas generales impuestas por los operadores y cláusulas particulares para cada

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vínculo. Plantea que las normas generales son de adhesión y constituyen cláusulas abusivas, pues dejan a los operadores en una posición privilegiada frente a los locatarios. En ese sentido, las normas que regulan el contenido de los contratos de adhesión tendrían un carácter de orden público e imponen límites para evitar el abuso. A mayor abundamiento, señala que el inciso final del artículo 1461 del Código Civil dispone que la inclusión de una cláusula abusiva adolece de objeto ilícito por contrariar el orden público económico.

11.2. Respecto a la tarifa, señala que se compondría de un componente mínimo mensual reajutable y de un valor porcentual mensual. En cuanto al primer componente, este se incrementa más allá del reajuste por IPC con prescindencia de los resultados operacionales de los locatarios, y en cuanto al segundo, este no se refiere solo a las ventas físicas, sino que también a las realizadas vía *e-commerce*, las que no suponen entrega física en el *mall*.

11.3. Por último, hace referencia a una serie de conductas: (a) acceso a información financiera y comercial de los locatarios, específicamente el acceso a la facturación diaria en circunstancias que los centros comerciales están integrados verticalmente con competidores; (b) imposición contractual de sanciones por la disminución de los resultados operacionales del locatario; (c) término anticipado y efecto extensivo del contrato a otros locales que puedan ser de sociedades distintas pertenecientes al mismo grupo o que se encuentran en mercados geográficos distintos; y (d) cobro de gastos comunes, publicidad y remodelaciones de local impuestas, que no tendrían una razón económica y objetiva, no existiría claridad en cómo se determina su cuantía ni tampoco existe rendición de los fondos.

D.7. Matriz Ideas S.A.

12. A folio 177 aportó antecedentes Matriz Ideas S.A., que al año 2020 contaba con 41 tiendas en el país. Expone que los centros comerciales son de especial importancia en su negocio porque mientras más afluencia de público exista, se producen mayores y mejores ventas. Sin embargo, indica que nunca ha contado con poder negociador suficiente que le permita modificar las disposiciones que los centros comerciales imponen en sus contratos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12.1. En primer lugar, analiza las circunstancias particulares existentes en los contratos que mantiene con los centros comerciales. Indica que los contratos se estructuran en base a las normas generales que son dictadas unilateralmente por los operadores de los centros comerciales de gran extensión, que son incorporados como anexos a los contratos particulares de arriendo y sin posibilidad de negociar su contenido.

12.2. Agrega que la estructura de la renta está compuesta por dos factores, un monto fijo mensual que va aumentando conforme a la ejecución del contrato y otro variable en relación con los ingresos que haya tenido el local durante el mes.

12.3. Respecto de los gastos comunes y el fondo de publicidad y promoción, indica que existe una total falta de transparencia en el cobro y en la distribución, y que no tienen participación alguna en la determinación de estos.

12.4. Añade que los operadores acceden a información estratégica de los locatarios, por los mecanismos establecidos para determinar la renta como de los demás cobros indicados precedentemente, lo cual sería relevante porque los primeros compiten aguas abajo con los segundos y porque esa información la usaría estratégicamente los malls para renovar contratos. Asimismo, existiría una fiscalización por parte de los centros comerciales que no tiene ninguna restricción cualitativa, ni cuantitativa, por lo que deben informar venta en dinero, venta unidades, contribución, margen, visitas, boletas, conversión, precio promedio unitario, unidades por boleta y boleta promedio.

12.5. Señala también que los centros comerciales limitan el libre desarrollo competitivo de los locatarios por cuanto se restringe los precios de sus productos y servicios cobrados por los locatarios a los consumidores finales. Específicamente, señala que no pueden ser superiores a los que se observaren en explotaciones propias o ajenas. Adicionalmente, señala que ante la baja de las ventas se faculta al centro comercial a imponer multas o incluso terminar anticipadamente el contrato de arrendamiento. También indica que no existen cláusulas de salida para los locatarios durante el tiempo de duración del contrato, que pueden ser bastante extendidos e incluye multas si se materializa el término anticipado. Contrasta lo anterior con los locales calle, que contemplan cláusulas de salida razonables para ambas partes al permitir

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

terminar el contrato previo aviso del arrendatario transcurrida una cantidad de años.

12.6. Afirma que, para ingresar a una cadena o conglomerado de centro comercial, y como barrera ineludible de entrada, se les exige a los locatarios instalarse en otro local de su *holding* para potenciar el atractivo de dicho centro.

D.8. Fábrica de Calzado Gino S.A.

13. A folio 192 aportó antecedentes Fábrica de Calzado Gino S.A., arrendataria de 31 locales de centros comerciales, lo que representa un 76% del total de sus locales. Señala que desde los 90 comenzó a ampliarse la construcción de centros comerciales de gran envergadura, lo que supuso una necesidad comercial de sobrevivencia en el mercado para empresas medianas. En su gran mayoría los grandes centros comerciales serían de propiedad de tan sólo tres grandes grupos económicos, lo que les confiere una posición dominante en el mercado del *retail* que les permitió imponer, de forma unilateral, y a través de sus condiciones generales no negociadas, cláusulas desfavorables a los arrendatarios.

13.1. Continúa indicando cómo se formulan los contratos suscritos por las partes. El esquema parte con el *mall* ofreciendo un nuevo proyecto; luego el arrendatario en caso de interesarle se agenda una reunión en la que se da a conocer el detalle del proyecto, las ubicaciones disponibles, las marcas que ya han concretado arriendos, la potencial venta, entre otros; posteriormente, el centro comercial envía una propuesta de los locales y sus respectivas rentas; finalmente, el *mall* envía un borrador del contrato particular, pero las normas generales nunca son negociadas. De lo anterior, concluye que los contratos entre locatarios y centros comerciales son de adhesión.

13.2. Por último, sintetiza cómo las cláusulas contractuales vulneran la libre competencia: (a) los contratos serían de adhesión, impuestos por los centros comerciales, lo que es agravado con las normas generales; (b) se establece una renta condicionada en las ventas, lo que da acceso a información esencial y estratégica de los arrendatarios; (c) los gastos comunes y fondos de publicidad y promoción operan bajo las más absoluta arbitrariedad; (d) se obliga a realizar remodelaciones que deben ser costeadas por los arrendatarios; (e) existen diferencias en los horarios de atención al público, las que quedan sujetas al

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

arbitrio de los *malls* y los locatarios de menor tamaño deben abrir sus tiendas en periodos más extensos, con el aumento de gasto que aquello conlleva y con poca circulación de clientes; y (f) existen normas abusivas contempladas en las llamadas “Condiciones Generales”, que contendrían entre 28 y 60 páginas de cláusulas no negociadas.

D.9. Plaza S.A.

14. A folio 109, aportó antecedentes Plaza S.A., que señala ser la matriz de varias sociedades activas en la construcción, desarrollo y operación de 17 centros comerciales tipo *malls* en Chile. Explica que la superficie que oferta se compone de tiendas ancla; variedad de tiendas y servicios independientes de diversos rubros; oferta de entretenimiento y servicios complementarios (centros médicos y educacionales, bancos, correos y farmacias), y que, respecto de su estructura corporativa, es controlada por Desarrollos Inmobiliarios SpA, que a su vez es filial de Falabella S.A.

14.1. Plaza señala que existe consenso en que un centro comercial es una plataforma que gestiona la forma en que se relacionan los locatarios y los consumidores finales, de modo que debe equilibrar ambos tipos de demanda, por medio de estructurar un *mix* de tiendas que atraiga a la mayor cantidad de consumidores y que, por ende, sea un lugar en el que los arrendatarios deseen participar, generando externalidades indirectas entre distintos grupos o intergrupales. Explica que, por lo anterior, si tuviera posición dominante, lo cual niega, no tendría incentivos para incurrir en hipotéticos comportamientos abusivos para con los locatarios, pues ello afectaría el *mix* de tiendas y haría menos atractivo el centro comercial para los consumidores, generándose un círculo vicioso.

14.2. Justifica que no tiene posición dominante señalando que los operadores de centros comerciales compiten con otros centros comerciales, con las calles o polos comerciales principales de las ciudades, y con el comercio electrónico. Que lo relevante no es la distancia del centro comercial desde el punto de vista del consumidor, sino el área de influencia del *mall* desde la perspectiva de los locatarios, por lo que define el mercado relevante como los espacios comerciales físicos, aunque con cada vez más fuerza a los espacios virtuales, que se encuentran a disposición de los locatarios dentro de un territorio determinado

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por el área de influencia de cada centro comercial. Así, el locatario toma la decisión de instalarse y desarrollar un local en un plazo de inversión de mediano a largo plazo, por lo que estaría dispuesto a evaluar opciones más allá de lo que su automóvil le pueda permitir en minutos de viaje. Concluye que en el Gran Santiago tal área estaría compuesta por *clusters* de comunas, mientras que en el resto de Chile cada ciudad o macro-ciudad sería un mercado relevante geográfico independiente.

14.3. Plaza menciona que tanto en los centros comerciales como en los polos comerciales de las ciudades se produce un fenómeno de “coopetencia”, por el cual un conjunto de locatarios maximiza sus ingresos coordinando su ubicación en un mismo lugar, pero compiten por los consumidores atraídos por esa aglomeración. Agrega que dicho valor en la aglomeración puede encontrarse incluso digitalmente, como ocurre en el *Cyber Day*. Por lo anterior, señala que si se aceptara que los *malls* son un mercado relevante en sí mismo, se concluiría que podría cobrar precios monopólicos en las ciudades donde no existen otros *malls*, lo que contrasta con la evidencia de que el precio de arriendo es incluso menor que en localidades con competencia de otros *malls*.

14.4. Argumenta que también compite con el comercio electrónico, que durante 2020 habría crecido un 55% y espera que siga creciendo, debido a la alta penetración de *Internet* en Chile y el mayor uso de teléfonos inteligentes. Cita precedentes nacionales e internacionales que avalarían que canales *online* y *offline* forman parte de un mismo mercado relevante.

14.5. Concluye que no goza de poder de mercado alguno ni de cara a los locatarios ni de cara a los consumidores. Complementa señalando que el margen de Plaza como porcentaje de las ventas, cuando se imputa el arriendo que deberán pagar sus centros comerciales por el suelo que ocupan, es cercano al 0%-5%, de modo que el margen apenas cubre el costo de oportunidad del terreno.

14.6. Plaza señala que la Consultante sobre la existencia de poder de mercado conjunto, contradice los planteamientos de la Consulta, ya que no se podría tener una posición dominante individual y conjunta a la vez. Indica que una eventual dominancia conjunta supondría que: (a) todos los grupos de operadores de *malls* compitieran en un mismo mercado relevante restringido a esa oferta; (b) ninguno de ellos, por sí mismo, ostentara una posición dominante

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

individual; pero, (c) considerados en conjunto, pudiera entenderse que concurre una situación de dominancia colectiva. Explica que la supuesta similitud de las estipulaciones contractuales no configura una posición dominante conjunta bajo el estándar vigente en jurisdicciones de referencia para Chile y que los supuestos señalados en la Consulta serían contrarios a dicha hipótesis.

14.7. Por lo anterior, Plaza arguye que las cláusulas de sus normas generales no serían fruto de una intención abusiva, sino que responderían a una justa y eficiente distribución de los riesgos entre las partes y del valor producido por la relación contractual. Concluye que son razonables y responden a un equilibrio competitivo de la industria de arriendo de espacios comerciales y que van en directo beneficio de consumidores y locatarios. Agrega que, ante una contradicción entre lo dispuesto en sus normas generales y las cláusulas de algún contrato de arrendamiento, prevalece este último; y que las normas generales son objetivas, aplican a todos sus locatarios y públicas, pues constan en una escritura pública.

14.8. En cuanto a la estructura tarifaria, explica que ella responde a la necesidad de internalizar las externalidades entre las distintas tiendas, según su capacidad para atraer público o aprovecharse del flujo que otras tiendas atraen. Señala que es común en la industria a nivel internacional que existan tarifas variables y que tal tipo de tarifa busca compartir riesgos entre la tienda y el centro comercial y atraer clientes. Mientras, un VMM limita el reparto de riesgos entre las tiendas y el centro para niveles bajos de ventas. Es por lo anterior que sus normas generales incluyen un VMM y un VPM, que se acuerda en el contrato particular entre Plaza y los locatarios.

14.9. Plaza señala que sus normas generales establecen que el VMM equivale al doble de su valor, lo que iría en beneficio de los locatarios, pues permite distribuir el canon anual de arriendo según la proporción de sus ingresos, aprovechando que en diciembre el flujo de visitantes aumenta considerablemente, por lo que no tienen que pagar un mayor valor en meses de menores ventas.

14.10. Plaza justifica los gastos de operación, mantención y administración, que serían determinados según variables objetivas de superficie del local arrendado

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y transparentes, pues los locatarios los conocerían desde el inicio de la relación contractual y los audita un tercero independiente.

14.11. A continuación, se refiere al fondo de promoción y señala que una adecuada publicidad es un esfuerzo mancomunado entre operador y locatarios para fomentar el flujo de visitantes. Añade que, según sus normas generales, cada locatario debe aportar a este fondo según el número de metros cuadrados de su local arrendado, y que, aunque las normas generales contemplan la creación de un Comité de Fondo de Promoción para informar de la programación publicitaria proyectada por el operador, ni los locatarios han exigido su formación.

14.12. Luego, señala que las normas generales contemplan el pago de contribuciones de bienes raíces en la proporción que corresponde, lo que tiene justificación económica, ya que toda renta de arrendamiento incluye implícitamente el cobro del impuesto territorial al arrendatario y es, por tanto, reflejo de una mayor transparencia en la administración del centro comercial.

14.13. En referencia al cobro por mantención de espacios comunes exteriores indica que tal infraestructura es igualmente relevante para la correcta operación del *mall* y su cobro es transparente.

14.14. Enseguida manifiesta que no existen cláusulas que incidan directamente en el precio de venta al público de los productos o servicios de sus locatarios. Aclara que las siguientes cláusulas se encuentran en sus normas generales, pero no incidirían en el precio de los productos vendidos: (a) limitación a la venta de productos usados; (b) necesidad de autorización del operador a las actividades publicitarias o promocionales que puedan afectar el normal funcionamiento del centro comercial; y (c) obligación de los locatarios de desempeñar sus actividades en los respectivos locales comerciales con diligencia y eficiencia y mantener stock permanentemente.

14.15. Luego, se refiere a las exigencias de las normas sobre resultados operacionales, según las que puede terminar un contrato de arrendamiento si no hay o baja de ventas o servicios prestados durante tres meses consecutivos, inferior al 25 % del promedio de facturación de los seis meses anteriores al mes en que se produce la disminución por primera vez. Explica que esta norma estaría justificada económicamente en las externalidades directas o intragrupo,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pues buscaría desincentivar el *free riding* y reflejar el costo de oportunidad de tener un locatario con tan bajo esfuerzo de ventas. Aclara que nunca se ha aplicado esta norma.

14.16. Agrega que las normas generales establecen una cláusula de garantía que le permite poner término a dos o más contratos de arrendamiento con un socio comercial que tenga presencia en más de un *mall* ante el incumplimiento de las obligaciones de un contrato en particular, pero aclara que nunca ha aplicado esta norma. Explica que las justificaciones económicas se refieren a reducir los riesgos del desarrollo del negocio, agilizando el proceso de recolocación de las tiendas que eran arrendadas a locatarios en incumplimiento; y a generar incentivos para cumplir las obligaciones en todos los locales comerciales.

14.17. Menciona que no condiciona el arriendo ni su renovación a la obligación de que se arriende otro local, sin perjuicio de que un locatario pueda solicitar la negociación conjunta de sus tiendas en más de un *mall*. Añade que tampoco existen en sus normas generales obligaciones de realizar remodelaciones en los términos de la Consulta, sino que solo se exige mantener el local en buen estado, que se justifica en el desarrollo del giro del negocio del centro comercial, para entregar una experiencia de consumo. Luego, justifica la diferenciación de horarios de apertura y cierre en un poder de negociación de las tiendas ancla, quienes están en posición de fijar condiciones especiales a operadores de *malls*.

14.18. En cuanto a la duración promedio de los contratos, señala que existen tiendas que han solicitado plazos especialmente extensos, de [20-30] años, los que irían en directo beneficio de los locatarios, al darles certeza de que podrán amortizar sus inversiones. Argumenta que contratos de plazos reducidos podrían generar que el operador se viera incentivado a comportamientos oportunistas como instalar una tienda del mismo rubro que aproveche el flujo de la tienda original, y precisa que el plazo promedio de rotación de locatarios es mayor que el de los contratos (6,8 años).

14.19. Finalmente, Plaza analiza las medidas solicitadas por la Consultante, las que califica como injustificadas y contrarias a los intereses de los locatarios. En materia de estructura tarifaria argumenta que no corresponde solicitar la adopción de un esquema de pagos variables como única forma de renta, ni tampoco una tarifa de dos partes, ya que existe un régimen general de libertad de precios y su actual estructura de tarifas alternativas incentiva

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adecuadamente a ambas partes a incrementar sus esfuerzos de venta. Modificarla implicaría mayor incertidumbre y mayores costos de administración, por lo que los porcentajes variables serían más altos y se afectaría negativamente la experiencia del cliente final. Agrega que una prohibición de fijar mayor renta en diciembre implicaría que ese canon adicional se distribuya en el resto de los meses del año.

14.20. En relación con las medidas propuestas por la Consultante en materia de gastos de mantención y administración y fondo de promoción, considera que sus normas generales cumplen con el estándar de transparencia y argumenta que no es jurídica ni comercialmente posible imponer un comité vinculante para definir materias propias de gestión, ya que ello desnaturalizaría el rol del operador como una plataforma. Acerca de la cláusula de garantía por incumplimiento en otros *malls*, indica que no ha tenido aplicación práctica, pero que aun así se justifica en el carácter personal de la relación entre Plaza y sus locatarios y prohibirlas puede encarecer las garantías que se le exigirán a los locatarios que arrienden espacios en más de un *mall*.

14.21. Finalmente, señala que permitir el término unilateral de los contratos de arrendamiento, sin expresión de causa ni responsabilidad ulterior para el locatario, aumentaría el nivel de incertidumbre, por lo que tendría que encarecer el precio de arriendo.

14.22. A folio 138, Plaza aportó antecedentes complementarios relacionados con el modelo de integración vertical de algunos operadores de centros comerciales, entre los que se incluye. Señala que la integración vertical entre *malls* y tiendas de *retail* no solo es legítima y racional desde una perspectiva económica, sino que además permite el desarrollo de centros comerciales, en la medida que asegura a los operadores de *malls* contar con un *mix* de tiendas mínimo asegurado desde antes de su construcción, y con ello un flujo mínimo de consumidores que incentive a hacer las inversiones que requieren proyectos de esa magnitud.

14.23. A continuación, argumenta que ninguna de las preocupaciones manifestadas por AGR derivadas de la integración vertical se verifican respecto de Plaza. Indica que el solo hecho de que Plaza no tenga posición dominante en el mercado en que participa permite descartar las inquietudes de la Consultante, y agrega que el hecho de que las tarifas de arriendo se determinen conforme a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parámetros objetivos y generales y cuenten con una justificación económicamente objetiva, debiese llevar a desestimar las medidas solicitadas por AGR.

14.24. Luego, explica los requisitos que exige la jurisprudencia y doctrina nacional comparada respecto de cada conducta mencionada en la Consulta, y expone por qué aquellos elementos no se cumplen en el caso de Plaza. Precisa que Plaza no tiene la aptitud para excluir a las tiendas de *retail* ni incurrir en las conductas explotativas que menciona la Consultante, no solo porque carece de una posición dominante en el mercado, sino que además porque ello sería contrario a sus propios incentivos. En la medida que requiere un *mix* variado de tiendas de *retail* para atraer consumidores, no puede prescindir de ellas.

14.25. Finalmente, manifiesta por qué las preocupaciones de la Consultante respecto del supuesto uso de información estratégica de las tiendas de *retail* y el supuesto acceso a ventajas indebidas de las tiendas de *retail* relacionadas a Plaza no se justifica. Indica que hace años que ha implementado una política de cumplimiento de la normativa de libre competencia, que ha implicado la adopción de estrictas reglas de protección y no intercambio de información comercial sensible. Esto no solo alcanza la prohibición de intercambio de información entre Plaza y sus competidores, sino que también la prohibición de permitir o facilitar el intercambio de información entre sus arrendatarios, incluyendo la prohibición de entregar información a empresas que formen parte de Empresas Falabella. De este modo, no se cumpliría el presupuesto básico para configurar la conducta descrita por AG *Retail* respecto de la obtención de ventajas indebidas como consecuencia del acceso a información estratégica de competidores, pues las tiendas de *retail* relacionadas a Plaza no acceden a dicha información.

D.10. Vivo SpA

15. A folio 122, aportó antecedentes Vivo SpA, empresa dedicada a la inversión, gestión, y desarrollo de proyectos inmobiliarios, con énfasis en el desarrollo y explotación de centros comerciales. Señala que actualmente cuenta con dos *malls* íntegramente de su propiedad, Vivo Coquimbo y Vivo Los Trapenses, y participa en la propiedad de otros dos *malls*, 50% en Vivo San Fernando y 45% en Casa Costanera, pero sobre este último se encontraría en proceso de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

enajenación a Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A. Lo anterior, a su juicio, dejaría en evidencia la ausencia de poder dominante en el mercado de los centros comerciales tipo *mall*.

15.1. Vivo señala que el modelo de negocios que desarrolla es de una administración eminentemente centralizada, que se encarga del *mix*, tamaño y ubicación óptima de las tiendas que ofrece, así como sobre el nivel de servicio y entretenimientos que son ofrecidos. Lo anterior, sería relevante por cuanto los consumidores acuden a los *malls* buscando solucionar diversas necesidades en un solo lugar, lo que se denomina “*one-stop shopping*”. Asimismo, señala que los centros comerciales serían un mercado de dos lados y que existen otras alternativas disponibles para los comercios como los barrios que agrupan la actividad comercial y la creciente penetración del comercio electrónico.

15.2. Se refiere en particular a los distintos cuestionamientos formulados por la Consultante. Sobre las normas generales indica que la existencia de reglas o regulaciones de general aplicación a los diferentes locatarios resulta fundamental para un buen desarrollo del negocio y redundaría en un beneficio para los propios locatarios.

15.3. Respecto de la estructura tarifaria de las rentas de arrendamiento indica que se ajustan plenamente a las normas de libre competencia. Señala que la existencia de un precio fijo hace pleno sentido económico y la componente variable es lo que explica el acceso al nivel de ventas del locatario, pero en carácter de confidencial y únicamente para ser utilizados para el referido fin. Respecto al incremento del canon de arriendo, señala que se explica por el carácter inmobiliario del negocio de los *malls*, donde el desarrollo exitoso del centro comercial se traduce en el incremento del valor del activo inmobiliario y consecuentemente de sus arriendos. En esa línea, el arrendamiento superior en diciembre se debe a que Vivo estructura la renta de arrendamiento con cada locatario considerando el ingreso anual proyectado para el activo inmobiliario, lo que permite que los locatarios paguen una cantidad menor de enero a noviembre y, en el mes de diciembre que tienen mayores niveles de venta, se pague un canon superior.

15.4. En cuanto a las supuestas barreras a la salida, afirma que los plazos son negociados con los arrendatarios caso a caso y tienen una extensión razonable. Además, señala que la ausencia de una salida anticipada no es un abuso, sino

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que es una generalidad en los contratos de arrendamiento comercial, que encuentra justificación en que los *malls* deben tener una cierta estabilidad en el tiempo sobre las tiendas que componen el *mix*. Indica que existen contratos con cláusulas de salida en beneficio del arrendatario una vez cumplido ciertos plazos y que es una disposición de uso común en el mercado inmobiliario el pago de las rentas faltantes si termina la convención.

15.5. En cuanto a la disposición sobre disminución de ventas, indica que tiene por finalidad incentivar que los locatarios funcionen efectivamente en el horario operativo del *mall*, evitándose que bajo una apariencia normal de funcionamiento en realidad el local comercial no esté prestando un adecuado servicio o atención a los consumidores, cuestión que afecta negativamente al centro comercial y al resto de locatarios. A mayor abundamiento, la disminución de la actividad debe ser tan radical y prolongada, que Vivo no tiene registro de haber tenido que lidiar con una situación de este tipo.

15.6. Luego, indica que, revisadas las diferentes convenciones con sus locatarios, no halló disposiciones relacionadas sobre el precio de venta de productos y que la obligación de remodelación es para que los locatarios mantengan sus tiendas conforme a los estándares generales definidos por el centro comercial y conocidos por los locatarios, de manera que el desgaste propio del paso del tiempo no afecte su atractivo para los consumidores.

15.7. Señala que existe un horario de funcionamiento general, pero que las diferencias en horarios de atención al público se deben al giro de locatarios, como restaurantes y cines, o porque las tiendas ancla exigen a su personal un tiempo mayor para abrir y cerrar, ya que la afluencia de público exige más tiempo para que los clientes puedan finalizar sus compras y retirarse.

15.8. En cuanto a los cobros por gastos comunes y fondo de publicidad, afirma que los primeros tienen partidas transparentes y que se distribuyen entre los locatarios según la superficie de los locales, pero que las tiendas de mayor tamaño el aporte se define en los respectivos contratos de arrendamiento porque, si no, podría desproporcionarse su pago por su contribución a los gastos. Afirma que Vivo solventa parte de los gastos comunes, ya que estos no alcanzan a ser cubiertos con la contribución que recauda de los locatarios. Señala que, si los estacionamientos no tienen costo para los consumidores, se incluye en los gastos comunes, en caso contrario no. En cuanto a los fondos de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicidad, afirma que resultan de especial importancia para el modelo de negocio.

15.9. Respecto a los supuestos riesgos a la competencia por efectos de conglomerado, indica que estas disposiciones tienen en consideración que las relaciones comerciales que mantiene con los locatarios son consideradas en su integridad, porque es un elemento relevante en la conformación del *mix* del resto de establecimientos. Por último, indica que no existen riesgos de integración vertical porque no se encuentra integrada verticalmente con tiendas del *retail*, ni con tiendas que compitan con otros locatarios de sus *malls*, aunque informa que los controladores de Vivo son también controladores de SMU, pero cuyo giro se encuentra circunscrito a supermercados.

D.11. Inmobiliaria Power Center Limitada

16. A folio 128 aportó antecedentes Inmobiliaria Power Center Ltda., agente inmobiliario que opera exclusivamente en las regiones de Los Lagos y de Los Ríos. Indica que no existen riesgos para la libre competencia en los contratos que suscribe con los locatarios de sus centros comerciales y que no incurre en ninguna de las prácticas denunciadas como anticompetitivas.

16.1. Pasmara parte explicando que la consulta adolece de serias dificultades que le impiden pronunciarse adecuadamente. Primero, porque pretende consultar actos, hechos o convenciones entre todos los locatarios y todos los operadores de centros comerciales como si fueran uno solo o todos idénticos, cuando no lo son. Segundo, la solicitud versa sobre hechos, actos o convenciones que tampoco se encuentran claramente determinados, lo que impide la adopción de medidas concretas respecto de estos. Tercero, porque en la Consulta se imputan conductas anticompetitivas, arriesgando un pronunciamiento propio de un asunto contencioso.

16.2. En cuanto al mercado relevante, señala que la Consultante definió que los centros intermedios podrían llegar a constituir un sustituto de los centros comerciales, en la medida que así sean vistos por los locatarios. Es por lo anterior que existiría un mercado relevante del producto distinto para cada uno de los locatarios. En su dimensión geográfica afirma que debería ser definido desde el punto de vista de los locatarios y no desde el consumidor final, por lo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que para algunas marcas el mercado geográfico puede extenderse incluso a nivel nacional. Finalmente, indica que la Consultante subestima la característica de plataforma o mercado de dos lados, lo que sería determinante en la justificación económica de las cláusulas impugnadas.

16.3. En ese sentido, señala Pasmár, no tendría una posición dominante, ni individual ni conjunta, porque enfrenta una mayor sustituibilidad con las calles de comercio en las zonas que opera y existen menores barreras de entrada por haber mayor disponibilidad de terrenos en el sur de Chile. Asimismo, indica que la Consultante omite la fuerte presión competitiva que hoy ejerce el comercio *online*.

16.4. Por otra parte, expone que gran parte de lo consultado no se aplica a su caso, y a modo de ejemplo señala que no se encuentra verticalmente integrada con ninguna tienda de *retail*. Luego, señala que, en lo que sí podría ser aplicable a su caso, no es efectivo que las cláusulas contenidas en los contratos de arrendamiento produzcan efectos contrarios a la libre competencia. A su juicio, se trata de cláusulas que permiten concretar el modelo de negocios de los centros comerciales y alinear los incentivos con los locatarios. De este modo, las cláusulas de arrendamiento impugnadas por la Consultante tendrían una clara justificación económica.

16.5. En específico, manifiesta que: (a) la estructura tarifaria estaría configurada para alinear los incentivos de los locatarios para que vendan; (b) el aumento de la renta en diciembre se debe a que aumentan los costos y las externalidades por el aumento exponencial de la afluencia al público; (c) sobre los gastos comunes y fondos de publicidad, indica que es natural que los locatarios contribuyan a su pago porque van en directo beneficio de ellos y, además, cerca del 20% del gasto es asumido por Pasmár; (d) la obligación a realizar remodelaciones y gastos asociados tendría justificación por la necesaria coordinación que se debe mantener desde el punto de vista estético, evitando el problema del “*free rider*” de las tiendas pequeñas respecto de las tiendas ancla; (e) la inexistencia de cláusulas de salida tendría su fundamento en evitar una excesiva rotación de tiendas, pues el público confía y tiene la expectativa de encontrar determinadas tiendas; y (f) todo el resto de cláusulas imputadas no serían aplicadas ni ejecutadas por Pasmár, por lo que no tienen antecedentes que aportar al respecto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

16.6. Por lo mismo, las medidas sugeridas por la Consultante serían innecesarias y pondrían en riesgo un modelo de negocios eficiente, en desmedro de Pasmor, de los otros operadores, los locatarios y los consumidores.

D.12. Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A.

17. A folio 133 aportó antecedentes Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A., operadora de cuatro *malls*, de los cuales tres son propios y uno de un tercero. Parte afirmando que existe un mal uso de la Consultante en cuanto asociación gremial, porque se perdería la debida independencia competitiva al negociar conjuntamente las condiciones de los contratos con los proveedores de sus miembros. En la misma línea, expone que se instrumentalizaría a este Tribunal porque busca regular un mercado en general y que sería improcedente la consulta porque debería ser contenciosa o de instrucción general.

17.1. Continúa explicando que el Grupo Marina no está integrado verticalmente igual que otros actores del mercado, atendidos que participan en su propiedad el Grupo Ripley y el Grupo Parque Arauco, ambos con un 50 % de participación, sin que ninguno ejerza el control individualmente, lo que implica que la tienda por departamento Ripley no es parte del grupo empresarial al que pertenece Grupo Marina. Asimismo, señala que la integración vertical permite evitar el problema del *hold up*, es decir, permite que existan inversiones a largo plazo que representan costos hundidos, ya que tendrá certeza de que podrá recuperar las inversiones realizadas.

17.2. En cuanto al mercado relevante, indica que la Consultante se equivoca al considerar el punto de vista del consumidor final, en circunstancias que se debería analizar desde la perspectiva de los locales comerciales. Señala que, desde la perspectiva de los arrendatarios, el mercado relevante no se limita solo a los malls, una opción más entre canales de distribución como el comercio online, ni al ámbito geográfico restringido que presenta la Consultante. Por lo tanto, Grupo Marina no tendría una posición dominante en los mercados en que participa.

17.3. Luego analiza los reproches de la Consulta. Explica que las normas generales se establecieron por razones de adecuada gobernanza de los centros comerciales que opera, y lo hicieron en busca de la mayor transparencia,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

uniformidad y objetividad con sus diversos arrendatarios. Especifica que la estructura tarifaria es transparente y bien definida en las normas generales, y la doble renta en diciembre prorrata un monto mínimo anual en 13 pagos mensuales.

17.4. En cuanto a la supuesta segunda renta impuesta por la vía de gastos comunes y fondo de promoción, afirma que éstos tienen objetivos distintos de la renta de arrendamiento y que estarían claramente pactados en los instrumentos que regulan la relación contractual entre las partes. Afirma que nunca han recibido reparos relevantes sobre estos conceptos, y que más que un tema de libre competencia sería una discusión sobre cumplimiento contractual de estipulaciones acordadas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por último, señala que no incluye en sus gastos comunes la mantención de estacionamientos cubiertos por los usuarios, ni ve problemas en incluir el impuesto territorial que muchas veces se traspasa al arrendatario.

17.5. Respecto de la duración de los contratos e inexistencia de opciones de salida, señala que depende en cada caso las condiciones referidas, existiendo contratos con una mayor y menor duración. Asimismo, afirma que es habitual en los contratos de arrendamiento a plazo fijo de diversa índole, tanto dentro como fuera de centros comerciales, que la pena que acuerdan las partes para el arrendatario incumplidor sea el pago de las rentas por el plazo residual.

17.6. En relación con los efectos de conglomerado, expone que el Grupo Marina no tiene presencia nacional y que los contratos que mantiene con sus arrendatarios son independientes entre sí, y no contendría cláusulas que permitan poner término a otros contratos de arrendamiento que se mantengan con un arrendatario, ni cláusulas que condicionen el arriendo o renovación de los contratos de arrendamiento a la obligación de que se arriende otro local comercial en el mismo u otros centros comerciales.

17.7. Agrega que Grupo Marina no está integrado con marcas de *retail* que compitan con sus arrendatarios, ni a través de multitiendas ni a través de marcas específicas, por lo que no se verifican los riesgos a la libre competencia señalados en la Consulta. En cuanto a las restricciones a la venta de productos a consumidores finales, afirma que pretenden que los arrendatarios tengan ofertas tan competitivas y atractivas en sus *malls* y que extiendan sus esquemas de descuentos a sus centros comerciales, de modo de evitar que los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consumidores perciban a los centros comerciales operados por el Grupo Marina como lugares más caros que su entorno.

17.8. Respecto de la sanción por los resultados operacionales, afirma que surge de su experiencia, porque esa reducción de resultados operaciones suele darse en caso de que el arrendatario deje de destinar esfuerzos comerciales razonables a la adecuada explotación del local. Asimismo, afirma que una interpretación de buena fe de la cláusula lleva a concluir que, si el arrendatario desplegó la debida diligencia en la explotación de su local, no se configuraría el incumplimiento referido.

17.9. Por último, afirma que el Grupo Marina no contempla obligaciones de realizar remodelaciones de locales y gastos asociados, ni diferenciación en los horarios de atención a público, salvo las tiendas ancla, debido al mayor tiempo que toma la preparación de la apertura de la tienda por su tamaño. Por todo lo anterior, serían improcedentes las medidas que propone la Consulta.

D.13. Parque Arauco S.A.

18. A folio 137 aportó antecedentes Parque Arauco S.A., señalando que la Consultante busca imponer los términos comerciales que a sus miembros les gustaría que tuvieran sus contratos particulares y que ninguno de los supuestos de la teoría del caso expuesta en la consulta es cierto.

18.1. Específicamente, indica que no concurre el elemento estructural determinante para un caso de libre competencia, ya que Parque Arauco no ostenta posición dominante. Como fundamento, expone que el mercado relevante propuesto en la Consulta sería arbitrariamente sesgado y estrecho.

18.2. En lugar de la definición hecha por la Consultante, indica que el mercado del producto debiera incluir a todo el *retail*, no solo los *malls* y *power centers*, ya que los distintos centros comerciales corresponden a un continuo competitivo de sustitución, con límites difíciles de precisar y los locales a nivel de calle representan una porción muy superior de las ventas de los *retailers* en relación con la efectuada en los centros comerciales (70,5% vs. 19%). Explica que el 16,4% de las tiendas que poseen los locatarios asociados de AG Retail se ubican en la calle. Agrega que el mercado del producto también debe considerar al comercio electrónico, que pasó de representar un 3,5% de las ventas del *retail*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en 2015 a un 10,5% en 2020 y se espera que penetre hasta 20% el año 2022. Explica que el *e-commerce* ha cambiado los hábitos de compra de los consumidores finales y representa una sustitución cercana a nivel de precios con los centros comerciales, ya que las plataformas digitales como Cornershop, Dafiti, Falabella o Mercado Libre, cobran en promedio mayores comisiones que Parque Arauco en sus centros comerciales.

18.3. Con respecto al mercado geográfico, Parque Arauco propone que debe considerar a todo el país y no isócronas de 10 minutos. Añade que el precedente citado por la Consultante para definir el mercado relevante geográfico acota a isócronas de 10 minutos solo la ciudad de Santiago, mientras que en el resto del país incluye a toda la ciudad de que se trate. Parque Arauco considera que en este caso no es razonable utilizar tales isócronas relacionadas con el área de influencia de supermercados de cara a los consumidores finales, pues tres de sus centros comerciales no tienen tales tipos de tiendas y dentro de la AG Retail no hay supermercados; y debido a que, de cara a los locatarios, la FNE ha considerado ámbitos geográficos de carácter nacional o por radios de 50 kilómetros.

18.4. Sin perjuicio de lo anterior, afirma que incluso bajo una definición restringida -que incluya solo *malls* y *power centers*, en área de influencia de 40 minutos para Santiago y toda la ciudad o conurbación para el resto del país-, Parque Arauco carecería de posición dominante, ya que solo en las ciudades de Coronel, Chillán y San Antonio tendría una participación mayor al 50% del mercado. No obstante, menciona que en Coronel también debe considerarse la conurbación Gran Concepción, con lo que su participación de mercado se reduce a menos de 10%; en Chillán y San Antonio, los centros comerciales están en pleno centro, por lo que se confunden con las tiendas de calle y paseos peatonales. Así, a nivel nacional Parque Arauco representa un 6,6% de la superficie arrendable de *malls* y *power centers* y, bajo una correcta definición de mercado relevante, su participación no superaría el 3%.

18.5. A continuación, refuta la hipótesis de dominancia colectiva imputada por la Consultante, argumentando que actúa de forma unilateral e independiente. Con respecto a una eventual similitud en la estructura contractual con otros operadores de centros comerciales, señala que ésta es probablemente la misma que existe en la mayoría de las industrias. Añade que en esta industria no se da

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el supuesto de “ligazones económicas” o “interdependencia entre empresas”, que define la hipótesis de dominancia colectiva, al no verificarse los supuestos de transparencia, sostenibilidad de una coordinación tácita, ni ausencia de contrapeso de los consumidores o demás competidores. Con respecto a esto último, argumenta que enfrenta un poder disciplinador por parte de sus competidores, lo que se constata del crecimiento de los centros comerciales en Chile en los últimos 40 años y del desarrollo del *e-commerce*.

18.6. Parque Arauco aduce que no es una plataforma indispensable para los locatarios, sino que la relación es la inversa, ya que los locatarios pueden comercializar sus productos en otros centros comerciales, en tiendas a nivel de calle y en el canal *e-commerce*, en el cual los locatarios siguieron operando durante el cierre de Parque Arauco debido a la pandemia.

18.7. Seguidamente, compara los costos promedio de los locatarios sobre sus ventas en Brasil, Australia, Estados Unidos y Europa y concluye que los precios en Chile son más bajos que en aquellos países.

18.8. Agrega que no tiene incentivos para abusar de una hipotética e inexistente posición de dominio, al depender de sus locatarios, enfrentar competencia y no estar integrado verticalmente. En relación con este último argumento, explica que si bien es co-controlador, junto con Ripley, de Grupo Marina, entre Ripley y Parque Arauco no existe ninguna relación de propiedad.

18.9. Luego se refiere a que sus prácticas comerciales y cláusulas contractuales pactadas tendrían justificaciones objetivas, ya que buscarían resolver problemas económicos y fallas de mercado, ecualizando las externalidades del centro comercial centralizado como plataforma de dos lados, para maximizar el valor de la instalación para todos los usuarios. En concreto, analiza cada una de las prácticas comerciales y cláusulas contractuales.

18.10. En referencia a la estructura tarifaria, señala que la renta de arrendamiento corresponde al VMM, o VPM cuando éste sea mayor que el primero, y que tal estructura sería eficiente y se justificaría en la naturaleza del negocio de los centros comerciales y de los locatarios. Explica que esta estructura busca alinear los incentivos de corto plazo de los operadores con los locatarios y viabilizar las inversiones necesarias para la construcción de un centro comercial. Agrega que la existencia de un monto de ingresos estable,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveniente del VMM, reduciría el riesgo del negocio, permitiendo acceder a financiamiento, y tendería, a largo plazo, a rentas de arrendamiento más bajas, pues la volatilidad de los ingresos, debido a rentas mayoritariamente variables, se reflejaría en un aumento de los cobros de arrendamiento para compensar el mayor riesgo asumido. Asimismo, argumenta que las diferencias entre el valor de los arriendos entre los distintos tipos de negocios se relacionan con variables inherentes (a) al centro comercial; (b) al local dentro del centro comercial; (c) al potencial locatario; y (d) al contexto de la negociación. Todo ello ecualizaría externalidades al cobrarse precios consistentes con la contribución de cada locatario al valor de la plataforma.

18.11. En cuanto a los aumentos de hasta un 100% del VMM en diciembre, menciona que en sus normas generales de 2018 no se establece un aumento de este tipo, aunque subsiste en normas generales más antiguas, aún vigentes para ciertos locatarios y en algunos contratos, por un máximo de 100% adicional. Añade que existen razones de eficiencia asociadas a la cláusula, ya que coincide mejor el perfil temporal del pago de arriendo con el de ventas de los locatarios, cuyas ventas aumentan significativamente en diciembre, y añade que es una cláusula neutra, ya que, si no existiese, el VMM reajutable de diciembre se incorporaría en el VMM ordinario, reduciendo los flujos de caja de los locatarios durante los restantes meses.

18.12. En relación con la aducida falta de transparencia en cobros adicionales, como gastos comunes y cobros por promoción y publicidad, argumenta que los gastos de administración financian el gasto que se ejecuta mensualmente en seguridad, aseo, servicios básicos y otros necesarios para la operación, según factores que permiten a Parque Arauco distinguir a aquellos locatarios que tienen una mayor incidencia estimada sobre los gastos del centro comercial, a pesar de que puedan tener una mayor superficie. Ejemplifica lo anterior señalando que los locatarios de *food courts* tienen mayor incidencia en el ítem de gestión de residuos que los cines y teatros, lo que no es debidamente capturado por su relación de superficie. Por su parte, respecto del fondo de promoción menciona que se cobra según los términos dispuestos en cada contrato de arrendamiento. Indica que no traspasa costos ni riesgos propios a los locatarios, sino que cobra los costos de operación comunes del centro comercial. Añade que lo que AGR pretende es tomar control de los centros

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comerciales, como si los locatarios fueran dueños de los locales, es decir, buscaría adquirir facultades de dominio sin la voluntad del dueño y sin pagar por ello. Finalmente, arguye que no tiene incentivos a cobrar gastos comunes ineficientes, ya que, si se produce una vacancia, es Parque Arauco quien tendría que asumir los gastos comunes de ese local y un gasto común más alto reduce la posibilidad de cobrar un mayor arriendo.

18.13. En cuanto al acceso de operadores integrados a información financiera y comercial estratégica de los locatarios, Parque Arauco explica que no se encuentra integrado verticalmente con ninguna marca de *retail* y que las cláusulas que le confieren acceso a información financiera de los locatarios buscan darle antecedentes para fijar y fiscalizar el VPM y realizar análisis comerciales propios de su rol de organizador de una plataforma de dos lados. Específicamente, le permitiría determinar qué tiendas son más atractivas para los consumidores, cuáles han empeorado o mejorado y así organizar la combinación de tiendas y su ubicación, implementar remodelaciones y evaluar campañas publicitarias, entre otros.

18.14. Manifiesta que Parque Arauco no fija el precio de venta al público de los productos y/o servicios comercializados por los locatarios, y explica que en dos casos puntuales existen normas contractuales referidas al asunto. Uno es el caso de los *outlets*, para los que se fija un mínimo de rebaja del precio (por ejemplo, 20% respecto del valor ofertado en otros puntos de venta), para evitar las externalidades negativas de cobros de precio “sin descuento” y, por tanto, sería una cláusula eficiente. Otro es el caso del Mall Arauco Coronel, en el cual, por motivos de relaciones jurídicas anteriores, vigentes solo para ciertos locatarios, se establece un techo y no un piso a los precios. Parque Arauco aclara que los nuevos locatarios y los locatarios antiguos que renuevan sus contratos pueden optar por regirse por las normas generales vigentes, que no contienen esta cláusula.

18.15. A continuación, explica que de acuerdo con sus normas generales de 2018, actualmente no establece ni aplica sanciones por disminución de los resultados operaciones de ningún locatario. Añade que, sin perjuicio de ello, las relaciones contractuales regidas por normas generales previas eventualmente podrían contener disposiciones de ese tipo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18.16. Acerca de las cláusulas de *cross-default*, Parque Arauco menciona que se incorporaron a partir de las normas generales de 2018 y que existen razones de eficiencia, pues buscan incentivar al dueño de una cadena a monitorear el cumplimiento de todos sus contratos de arrendamiento, el desempeño de cada tienda (no solo aquellas que le reportan mayores ventas), y permiten al desarrollador evitar la materialización de perjuicios para la plataforma en su conjunto.

18.17. En relación con la obligación de realizar remodelaciones, indica que, según las normas generales de 2018, Parque Arauco puede exigir la remodelación de un local cada cuatro años o en el período que las partes convengan. Mediante ello, buscaría mejorar la experiencia del cliente final, que valora las tiendas actualizadas y en buen estado de conservación, aumentando así el valor de la plataforma.

18.18. Luego se refiere a la facultad de establecer horarios generales o particulares, según las normas de 2018, así que ha establecido horarios diferenciados según tipo de locatarios, para optimizar la realidad de los centros comerciales y sus consumidores finales y generar una oferta más atractiva según el servicio que cada locatario ofrece.

18.19. Finalmente, respecto a la inexistencia de cláusulas de salida anticipada, indica que ello es efectivo en las normas generales de 2018, pero que existen cláusulas de término anticipado incluidas en contratos individuales de distintos locatarios. Agrega que cuando no existe la cláusula de término anticipado, negocia de buena fe la salida con sus locatarios e indica que como operador tampoco cuenta con facultades de terminar anticipadamente el contrato. Menciona que la ausencia de cláusulas busca crear una relación operativa y razonablemente estable, que proteja la inversión del locatario y al operador que requiere estabilidad en el *mix* de locales y la menor vacancia posible.

D.14. Cencosud Shopping S.A.

19. A folio 147 aportó antecedentes Cencosud Shopping S.A., que expone que las condiciones de sus contratos de arrendamiento no contravienen la competencia ni provocan riesgos o efectos anticompetitivos, y que AGR busca mejorar su posición negociadora con los operadores y obtener ventajas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comerciales por judicialización. Indica que tal objetivo excede el alcance de un proceso de consulta, el que no es idóneo para establecer condiciones que regulen de manera abstracta una industria en general ni resolver disputas comerciales puntuales entre algunos locatarios y determinados operadores de centros comerciales.

19.1. Expresa que la digitalización de la sociedad ha provocado cambios estructurales en el comportamiento de los consumidores, que inciden en el de los locatarios, de modo que los centros comerciales están en situación de cambio y adaptación. Añade que la Consultante omite hacer referencia a una serie de aspectos fundamentales necesarios para comprender la lógica económica del diseño estructural y tarifario con los locatarios.

19.2. Señala que los contratos de arrendamiento de Cencosud Shopping buscan reflejar una relación comercial de mediano a largo plazo, que asegure un determinado número y *mix* de locales que atraigan a un flujo de personas, a fin de asegurar la viabilidad y rentabilidad del centro comercial, y dar cierta previsibilidad a la venta esperada por los locatarios. Así, considera un error asumir que los locatarios serían los únicos que asumen los riesgos del negocio, toda vez que Cencosud Shopping incurre en inversiones significativas para la construcción y habilitación de sus centros comerciales, además de tramitar premisos relevantes y enfrentar largos períodos de incertidumbre durante el desarrollo de sus proyectos. Consecuentemente, Cencosud Shopping propone considerar todo el proceso previo de desarrollo de un nuevo centro comercial, a efectos de analizar la relación comercial entre operador y locatario.

19.3. Luego, se refiere a la importancia del *mix* de tiendas para generar una oferta atractiva para los consumidores y explica que las tiendas ancla generan una externalidad positiva al fomentar un alto tráfico de clientes. Atendido su reconocimiento de marca y variedad de productos ofrecidos, son indispensables para que un centro comercial sea viable y es relevante para los locatarios al evaluar si ingresan a este. Agrega que las tiendas de menor tamaño se benefician de la afluencia de público generada por las tiendas ancla y si bien, por sí mismas, generan un menor nivel de tráfico, ofrecen diversidad de rubros dentro del centro comercial. De esta manera, se aseguraría la viabilidad de un centro comercial a través de un *mix* de tiendas atractivo, lo que explicaría que los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plazos de los contratos de arrendamiento oscilen entre 5 años para las tiendas de menor tamaño y 15 a 30 años para las tiendas ancla.

19.4. A continuación, menciona la contribución conjunta de los locatarios —por el pago de gastos comunes— a los servicios e instalaciones comunes, como baños, áreas de descanso, limpieza, seguridad y estacionamientos. Indica que ello permite atraer y atender a más clientes. Añade que el modelo de negocios de los centros comerciales es en este sentido transparente, previsible y conocido en detalle por los locatarios.

19.5. Con respecto al mercado relevante, Cencosud Shopping considera que es más amplio que el propuesto por la Consultante, y propone una definición correspondiente al mercado de locales comerciales, físicos y digitales, en los que los locatarios pueden comercializar bienes y servicios a clientes finales. Agrega que el 70% de los miembros de AG Retail cuentan con canales propios de venta *online* y el porcentaje restante vende sus productos a través de canales *online* de marcas relacionadas. En cuanto al mercado relevante geográfico, señala que se debe incorporar la perspectiva de los locatarios a efectos de incluir ubicaciones sustitutas de forma más amplia que desde la óptica de los consumidores finales, así como el canal *e-commerce*. Según Cencosud Shopping, esto haría difusa la definición de mercado relevante geográfico, por lo que concluye que, si bien puede existir un mercado local, determinado por el área de influencia de un centro comercial y el nivel de sustitución de la demanda de cada tienda, éste estaría afectado por la evolución de la venta *online*. Concluye que sería evidente que no cuenta con una posición dominante.

19.6. Cencosud Shopping señala que en los últimos años han entrado nuevos actores, como Casa Costanera y Territoria, y han crecido otros, como Grupo Patio y Vivo, y existen hoy en día 21 proyectos de centros comerciales en construcción, por lo que concluye que se trata de un mercado dinámico y en expansión.

19.7. Acerca de las condiciones contractuales pactadas entre Cencosud Shopping y sus locatarios que son cuestionadas por la Consultante, señala que varias de ellas no se encuentran contenidas en sus contratos, tales como las cláusulas de *cross default* o cláusulas radiales. Por otra parte, las cláusulas incluidas se definen según criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios y se encuentran justificadas en razones económicas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19.8. Agrega que sus contratos no contienen cláusulas que constituyan barreras de entrada y/o salida para los locatarios. En específico, señala que: (a) sus contratos no incluyen cláusulas radiales que limiten instalaciones de tiendas dentro de un radio; (b) los contratos se negocian de forma independiente para cada local; (c) los costos de habilitación de los locales comerciales son conocidos previamente; y (d) se negocia el término anticipado de los contratos.

19.9. En relación con la información sobre las condiciones comerciales de ingreso a un centro comercial, detalla que es proactiva en entregarle a los locatarios antes del inicio de la relación contractual, un documento denominado “Informe de Valores” que contiene información acerca de los pagos por renta de arrendamiento, servicios de administración, gastos comunes, servicios de promoción y publicidad, servicios adicionales (como instalaciones adicionales) e incrementos del valor mínimo mensual en meses determinados. Añade que tal transparencia y previsibilidad se mantiene una vez celebrados los contratos de arrendamiento y durante toda la vigencia de éstos. Cuando los locatarios solicitan mayor detalle sobre algún cobro, Cencosud Shopping entrega la información requerida. En consecuencia, no sería cierta la opacidad denunciada por la Consultante.

19.10. Detalla que las rentas de arrendamiento de Cencosud Shopping se basan en dos tipos de tarifas alternativas: (a) un valor mínimo mensual o renta base VMM; y (b) un valor porcentual mensual VPM según todos los ingresos por ventas y servicios, excluyendo el IVA, obtenidos por el locatario en la explotación del local arrendado, que se aplica solo en caso de que el VPM sea mayor al VMM. Menciona que se incluyen en el cálculo del VPM las ventas *online* con alguna conexión física con el local arrendado, por ejemplo, cuando el retiro o despacho de la mercadería se realiza en o desde tal local. Al respecto explica que ese modelo de tarificación se encuentra justificado en modelos teóricos y empíricos, pues permite alinear los incentivos del centro comercial y los locatarios.

19.11. Cencosud Shopping indica que tal modelo se justifica en que entre mayor sea la externalidad positiva que provoca una tienda, menores serán los componentes fijos y variables, ya que un VMM menor asegura la participación de una tienda ancla en el centro comercial, mientras que un menor VPM incentiva un mayor esfuerzo de la tienda ancla por vender y, por ende, de atraer

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

público. Señala que, idealmente, el VPM debiera ser cero, para maximizar los esfuerzos de las tiendas ancla, pero como el operador del centro comercial también debe tener incentivos para atraer consumidores, una parte del incremento en ventas debe destinarse a él y esto evitaría el comportamiento oportunista de los operadores; permitiría que los operadores consideren en sus decisiones los intereses de los pequeños locales; e incorpora en el modelo la presencia de tiendas ancla y de menor tamaño.

19.12. A continuación, Cencosud Shopping aclara que sus contratos de arrendamiento de 60 meses (5 años) solo contemplan un recargo de 10% aplicable al VMM a partir del mes 61. Añade que, en la práctica, ese recargo no se aplica, porque al mes 61 las partes negocian nuevamente el contrato. Explica que el aumento del VMM cada diciembre se debe a que ese mes hay mayores ventas —excepto tiendas sujetas a otros tipos de estacionalidad, como Lápiz López, que pagan recargo en febrero y marzo, en vez de diciembre—. Aclara que ambos incrementos son informados previo al inicio de la relación contractual.

19.13. Sobre los gastos comunes, sostiene que los criterios para su determinación se informan previo a la suscripción del contrato de arrendamiento y durante toda su vigencia en una plataforma *web*. Agrega que no se beneficia de estos cobros, pues los locatarios pagan lo efectivamente gastado en mantención y conservación del centro comercial. Detalla que los gastos comunes se clasifican en cuatro grupos, que incluyen: (a) consumos y gastos de mantenimiento en áreas externas y transporte vertical, que se prorratan por metros cuadrados del local; (b) consumos y gastos de mantenimiento de áreas interna, que se prorratan por metros lineales de vitrina; (c) consumos, insumos, servicios o contrataciones de aire acondicionado, prorratados en función de la potencia de equipos internos y externos de los que se beneficia cada local; y (d) gastos propios de cada local en energía, agua y otros que sean puntuales de la tienda, considerando el consumo real.

19.14. En relación con los gastos de promoción y publicidad, Cencosud Shopping indica que buscan generar un flujo adicional y complementario de clientes, en fechas como navidad, día de la madre y vuelta a clases, y no constituyen un ingreso para el operador. Explica que las tiendas ancla hacen sus

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propios esfuerzos de publicidad que genera una alta afluencia de público, por lo que se justifica que Cencosud Shopping establezca tarifas más bajas o no cobre este ítem a esas tiendas.

19.15. En referencia a la duración de sus contratos de arrendamiento, indica que el largo plazo es necesario para asegurar la rentabilidad y viabilidad del centro comercial y da certeza a los locatarios de recuperar las inversiones hechas en el local. Detalla que, en las tiendas ancla, los contratos pueden alcanzar 30 años, mientras que las de menor tamaño suscriben contratos por unos 5 años. Menciona ciertas causales que permiten a locatarios poner término anticipado a sus contratos de arrendamiento, pero aduce que la rotación en sus centros comerciales es menor a un 10%, indicativo de que la duración de los contratos es acorde a las necesidades de los locatarios y eficiente desde el punto del *mix* de locales y viabilidad del proyecto. Acerca de sus horarios de funcionamiento, relata que desde fines de 2019 todas las tiendas abren en el mismo horario, salvo Jumbo e Easy que abren antes, de modo que benefician a las tiendas de menor tamaño.

19.16. Con respecto a la integración vertical, alega que ésta genera eficiencias que son traspasadas a los locatarios y a sus clientes finales y que no considera si una determinada tienda es una empresa relacionada con su grupo empresarial como criterio para la determinación de la renta de arrendamiento o para el establecimiento de condiciones comerciales. Señala que, por el contrario, la participación de sus tiendas relacionadas en los centros comerciales genera eficiencias relacionadas con aumento del flujo de clientes, que son traspasadas a los demás locatarios. Por ello, sostiene que las alegaciones de AGR referidas a prácticas anticompetitivas, como discriminación de precios, precios excesivos o estrangulamiento de márgenes, no se condicen con la realidad.

19.17. Respecto del riesgo señalado por AGR referido al acceso a información sensible comercial de los locatarios, señala que los contratos de arrendamiento obligan a entregar información de ventas en forma agregada, para que no accedan a información específica de productos, volúmenes, costos, estrategias comerciales o inversiones futuras con la que pueda estimar el comportamiento futuro de sus competidores aguas abajo con mucha certeza. Agrega que en su grupo empresarial las divisiones de centros comerciales, supermercados, tiendas por departamentos y tiendas de mejoramiento del hogar corresponden a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresas y unidades independientes, con lo que evita que se produzca algún traspaso de información sensible entre Cencosud Shopping y sus sociedades relacionadas. Agrega que tiene varios protocolos sobre tratamiento de información de locatarios para resguardar la libre competencia.

19.18. Concluye que las medidas solicitadas por la Consultante son innecesarias, desproporcionadas e infundadas.

D.15. Fiscalía Nacional Económica

20. A folio 141, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, indicando que los centros comerciales son una plataforma de encuentro que agrupa un conjunto de tiendas en un determinado lugar, donde se comercializan diversos bienes y servicios destinados a satisfacer distintas necesidades de los consumidores.

20.1. Señala que los centros comerciales se pueden clasificar según su tamaño y formato, en centros comerciales de barrio o de oportunidad (*“strip center”*), vecinales o comunales (*“power center”*) y de mayor alcance con mayor oferta de bienes y servicios que atrae a comprar, pasear y entretenerse (*“mall”*). Estos tipos de centros comerciales no serían comparables entre sí, pues apuntan a satisfacer necesidades diferentes, pero pueden existir algunos con características híbridas de cara al consumidor final, que los hagan compatibles, lo que dependería del centro comercial bajo análisis.

20.2. Señala que en la industria de centros comerciales participan: (a) desarrolladores inmobiliarios de centros comerciales (propietarios), que se dedican a crear nuevos centros desde el estudio del proyecto hasta la recepción final del inmueble, y entre los que destacan Plaza, Cencosud, Parque Arauco, Vivo, Pasmarr, Marina y los grupos Confuturo y Patio; (b) administradoras de centros comerciales; (c) locatarios de centros comerciales; y (d) consumidores finales.

20.3. La FNE expone la relevancia de los *malls* para los locatarios. Encuestados los locatarios, un 43% indicó que la presencia en centros comerciales tipo *mall* era esencial para el desarrollo de su giro, mientras que un 49% de los locatarios indicó que era deseable, pero no esencial. En esa línea, el 35 % de los locatarios encuestados indicó que los *malls* eran su principal fuente de ingresos, el 15 %

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dijo que representaban entre el 61 % y 80 % de sus ingresos y el 50 % indicó que las ventas en malls eran del 60 % o menos de sus ingresos. Asimismo, existirían *malls* más importantes o relevantes para los locatarios dependiendo de su giro.

20.4. Seguidamente realiza un análisis sobre las condiciones de competencia en dos ejes. El primero se refiere a las relaciones de propiedad y de administración entre operadores de *malls*, que revisa a través de: (a) la existencia de interrelaciones en la industria, donde encuentra participaciones en competidores y relaciones de parentesco dentro de los principales operadores, lo que según la Fiscalía daría lugar a riesgos de acceso e intercambio de información comercial sensible; (b) la participación por parte de directores y ejecutivos relevantes en el directorio de la Asociación Gremial de Centros Comerciales, lo que aumentaría el riesgo de intercambio de información; y (c) la existencia de relaciones de propiedad vertical o integración vertical entre operadores y determinados locatarios, lo que podría dar lugar a acceso de información financiera y comercial sensible y a conductas discriminatorias, pero revisados algunos contratos no se encontraron diferencias manifiestas.

20.5. El segundo eje se refiere a determinadas condiciones contractuales entre operadores y locatarios, las que podrían ser potencialmente abusivas y que darían cuenta de un poder de negociación desequilibrado.

20.6. En relación con la negociación de los plazos de los contratos de arriendo y la ausencia de cláusulas de salida, la Fiscalía señala que, en base a una encuesta enviada en agosto del 2021 por la FNE a 1.362 locatarios en el marco de su investigación para informar en esta causa, de la cual obtuvo 358 respuestas completas sobre la relevancia de los *malls* (“Encuesta FNE”), los plazos por regla general son de 4 a 6 años para las tiendas pequeñas y que las tiendas grandes cuentan con plazos más extensos, incluso superiores a los 20 años. El 40 % de los locatarios encuestados indicaron que no se les podía negociar el plazo total del contrato y el 60 % que no se les podía negociar causales de terminación de contratos. Según la FNE, no parece razonable ni proporcional la inexistencia de opciones para dar término anticipado a los contratos de arriendo, por lo que se establecería un plazo de aviso suficiente para que los operadores reemplazar al locatario sin que se produzca un plazo de vacancia del local comercial.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.7. En cuanto a la posibilidad de que los *malls* pongan fin a dos o más contratos de arrendamiento de un locatario si incumple obligaciones de un contrato, solo un 11,2% de los locatarios encuestados indicó que los operadores podían utilizar o usar este tipo de prerrogativas. Según la Fiscalía, este tipo de cláusulas permitiría a los operadores extender y apalancar el poder de mercado que pueden detentar en un determinado mercado hacia otros, considerando que los riesgos que se pretenden evitar se alcanzarían con medios menos gravosos para la competencia.

20.8. En cuanto a la negociación conjunta e imposición del arriendo de locales como paquetes, la FNE indica que de la revisión de los antecedentes fue posible constatar que los contratos de arrendamiento son individuales para cada local en cada centro comercial. El 24,9% de los locatarios encuestados indicó que era efectivo que uno o más operadores impusieran el arriendo empaquetado y el 12,9% indicó que durante la renovación de un arriendo se le indicó que, si no renovaba en dicho local, no se renovarían los contratos de otros centros comerciales. Por ello, la FNE solicita se prohíba este tipo de conductas, sobre todo en aquellas zonas geográficas donde existen menos alternativas para reemplazar a un *mall*.

20.9. La Fiscalía señala que las cláusulas de inclusión de la venta digital en la venta del local del *mall* para calcular la renta de arrendamiento variable, en general, no se incluye en el reporte de facturación para calcular la renta porcentual. El 26,8 % de los locatarios indicó que los operadores le habrían planteado renegociar los contratos de arriendo para contabilizar las ventas *online* como si fueran en el local del *mall*. De este grupo, al 80,4% no se le habría acordado ninguna contraprestación en su beneficio. La FNE no identifica una justificación razonable para incluir las ventas *online* que realiza una tienda como parte de la renta variable que contemplan los contratos de arrendamiento. Tampoco si la compra implica que el cliente asista al *mall* a retirar el producto, ya que, en esta hipótesis, se le beneficia al generar un flujo de personas.

20.10. En relación con la imposición de multas, terminación anticipada y otras prerrogativas de los operadores, la Fiscalía considera que las normas generales establecen diversas prerrogativas en favor de los operadores que darían cuenta de la existencia de un poder de negociación desequilibrado entre las partes, según detalla en su presentación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.11. Respecto a las cláusulas que dan acceso a información financiera y comercial, la FNE indica que los operadores realizan análisis comerciales, midiendo el desempeño diario en términos de venta de los distintos locales. En ese sentido, el acceso a dicha información, sumado a las prerrogativas para su fiscalización y sanciones ante el incumplimiento, pueden generar riesgos a la libre competencia en atención a la integración vertical que existe en la industria.

20.12. Sobre las cláusulas que imponen restricciones vinculadas a la venta de productos a consumidores finales, la FNE pudo constatar la existencia de cláusulas de nación más favorecida o acuerdos de paridad, pero solo un 4,2% de los locatarios encuestados indicó que esta práctica sería efectiva. Por los riesgos de competencia de dichas cláusulas, recomienda eliminarlas de las normas generales.

20.13. Por último, en lo que se refiere a la falta de rendición de cuentas de cobros efectuados a locatarios, la Fiscalía constató que no hay claridad respecto al mecanismo para determinarlos ni la obligación de los operadores de rendir cuentas de estos cobros. Por lo anterior, señala que se deberían transparentar y dar cuenta periódicamente a los locatarios sobre el uso efectivo de estos cobros para los fines establecidos.

20.14. A continuación, se singularizan los informes económicos y en derecho ofrecidos por la Consultante y los intervinientes en la causa:

- (a) *“Centros comerciales y libre competencia”*, elaborado por Alexander Galetovic, ofrecido por Plaza a folio 109, cuya versión pública fue agregada al expediente a folio 325 (en adelante, “Informe Galetovic”).
- (b) *“Informe relativo a la 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”*, elaborado por Andrea Butelmann y Ana María Montoya, de Butelmann Consultores, ofrecido por Cencosud a folio 360, cuya versión pública fue agregada al expediente a folio 407 (en adelante, “Informe Butelmann”).
- (c) *“Informe de Análisis. Estudio de Percepciones de Locatarios de Centros Comerciales Tipo Mall”*, elaborado por Cadem, ofrecido por Parque

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Arauco a folio 362, que rola a folio 361 (en adelante, “Informe Cadem”).

- (d) *“Consulta Asociación Gremial del Retail ante el TDLC respecto a condiciones comerciales de centros comerciales”*, elaborado por Juan Pablo Montero y Fernando Coloma, de Compass Lexecon Chile, ofrecido por Parque Arauco a folio 363, cuya versión pública fue agregada al expediente a folio 407 (en adelante, “Informe Compass”).
- (e) *“Un análisis económico de la relación contractual entre los centros comerciales y sus locatarios: antecedentes para la consulta del TDLC”*, elaborado por Andrés Gómez-Lobo y Ronaldo Bruna, de Global Economistas Asociados, ofrecido por Parque Arauco a folio 364 y agregado al expediente a folio 476 (en adelante, “Informe Global”).
- (f) *“Informe Económico FK Economics / En el contexto de la Consulta presentada por la Asociación Gremial del Retail Comercial al TDLC respecto a los contratos de arrendamiento que determinan la relación comercial entre locatarios y operadores de los principales centros comerciales y la integración vertical existente en dicho mercado”*, elaborado por Jorge Fantuzzi, de FK Economics, ofrecido por la Consultante a folio 436, cuya versión pública fue agregada al expediente a folio 511 (en adelante, “Informe FK”).
- (g) *“Acerca de una integración vertical y ciertas cláusulas anticompetitivas en contratos de arrendamiento”*, elaborado por Domingo Valdés, ofrecido por la Consultante a folio 438, que rola a folio 437 (en adelante, “Informe Valdés”).
- (h) *“Evaluación crítica de Informe Económico AG Retail”*, elaborado por Juan Pablo Montero y Fernando Coloma, de Compass Lexecon Chile, ofrecido por Parque Arauco a folio 497, que rola a folio 496 (en adelante, “Segundo Informe Compass”).

E. AUDIENCIA PÚBLICA

21. A folio 468 consta la citación a audiencia pública para el día 29 de marzo de 2023, a las 9:30 horas. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 2 de marzo de 2023, según consta a folio 494.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

22. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G.; la Asociación Chilena de Gastronomía A.G.; Inversiones Chalbonia SpA; Valverde Norambuena SpA; la Fiscalía Nacional Económica; Power Center Ltda.; Vivo SpA; Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A.; Parque Arauco S.A.; Plaza S.A.; y Cencosud Shopping S.A.

23. ANTECEDENTES ADICIONALES REQUERIDOS

24. En la audiencia pública celebrada, el Tribunal requirió a Vivo que informara si administra en la actualidad los centros comerciales mencionados en la Consulta, que fueron transferidos a terceros, información acompañada por Vivo a folio 542.

25. Según consta en el certificado de folio 540, la causa quedó en estudio por quince días hábiles a solicitud del Ministro Rojas. En virtud de lo dispuesto en el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211, el 5 de abril de 2023, por resolución de folio 546 el Tribunal requirió antecedentes adicionales a ACR, Plaza, Cencosud Shopping, Parque Arauco, Vivo, Inmobiliaria Viña del Mar y Pasmarr. Atendido este requerimiento de información, el 19 de abril de 2023 la causa quedó en estudio por quince días hábiles adicionales a solicitud de los Ministros Rojas, Gorab, Paredes y Barahona, según da cuenta el certificado de folio 561. Una vez recabada la información solicitada, el 8 de mayo de 2023 la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en el certificado de folio 575.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

1. Según se señaló en la parte expositiva, la Consulta formulada por AGR tiene por objeto que el Tribunal determine si: (a) los contratos de arrendamiento vigentes, que determinan la relación comercial entre los locatarios y los siguientes operadores de centros comerciales en Chile, junto con sus respectivas personas relacionadas: Plaza S.A., Cencosud Shopping Center S.A., Parque Arauco S.A., Vivo Corp S.A., Inmobiliaria Viña del Mar S.A. y Pasmarr S.A.; (b) los hechos y actos que se informan en la consulta, en relación con los contratos señalados en el literal precedente; y (c) la integración vertical que se produce en el mercado relevante, contradicen la libre competencia o provocan riesgos o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos anticompetitivos; y, en su caso, establezca las medidas o condiciones que estime conducentes para que se ajusten a la normativa de libre competencia.

2. Por resolución de folio 22, el Tribunal resolvió no admitir a tramitación la Consulta, pues consideró que a pesar de que la Consultante presentaba las conductas sometidas a conocimiento del Tribunal como potenciales actos anticompetitivos, en los hechos, estaría imputando la ejecución de prácticas que podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello, en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211. Debido a ello, acoger las peticiones formuladas por AGR supondría, necesariamente, calificar las conductas que indican como contrarias a la libre competencia, lo que haría contencioso este asunto.

3. Conociendo un recurso de reclamación de la Consultante, la Excma. Corte Suprema dispuso que la Consulta fuera acogida a tramitación en cuanto a los tres puntos que han sido objeto de ella, los cuales debían ser analizados por el Tribunal en los términos expuestos en la misma resolución: *“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 deberán respetarse en todo instrumento”* (Excma. Corte Suprema, 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 11°). A continuación, la Excma. Corte agrega que *“la necesidad de tal análisis general se torna aún más patente respecto del tercer punto consultado, esto es, los potenciales riesgos anticompetitivos que puede tener la integración vertical que se denuncia entre los operadores de los centros comerciales y marcas del retail que, a su vez, serían arrendatarios de los mismos establecimientos, haciéndose necesario analizar los efectos que ello produce, a la luz del resto de las cláusulas de los contratos que los unen, las cuales conferirían a los arrendadores ciertas prerrogativas de control y*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acceso a la información que podrían facilitar actuaciones en perjuicio de los locatarios, afectando así la libre competencia” (Ibid., c. 12°).

4. En consecuencia, el análisis del Tribunal se centrará en (a) el contenido y la aplicación de las cláusulas de los contratos entre los operadores de centros comerciales y sus locatarios, referidas en la consulta, y (b) la integración vertical entre dichos operadores y las marcas de *retail* que a la vez son sus arrendatarios, con el objeto de determinar si pueden afectar la libre competencia.

5. Para ello, se describen las características de la industria en que inciden los hechos y contratos objeto de la Consulta. Luego, se analizan las cláusulas cuestionadas por la Consultante y otros intervinientes, así como la integración vertical entre operadores de centros comerciales y marcas de *retail*, para efectos de determinar si se verifican riesgos anticompetitivos. Por último, se detallan las conclusiones del análisis y las medidas que se adoptarán para resguardar la libre competencia.

B. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

B.1. Actores y participantes

6. Para caracterizar la industria en la que participan los centros comerciales tipo *mall*, resulta adecuada la definición que realiza la FNE. Esta señala que los *malls* son 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 (Aporte de antecedentes FNE, folio 141, pp. 4 y 36). Un aspecto distintivo de estos centros, particularmente aquellos de mayor crecimiento y consolidación, es su administración centralizada, lo que significa que el representante del o los propietarios del inmueble que arrienda espacios a los comercios, establece los criterios para su funcionamiento y armoniza la mezcla de tiendas y la contratación de servicios.

7. La clasificación de centros comerciales admite varios criterios, siendo la superficie y el formato los más usados. Siguiendo dichos criterios, no hay diferencias sustanciales entre los aportantes, y cabe entonces recurrir a la FNE, que distingue entre centros comerciales de amplio alcance, con superficie mayor a 20.000 m², que se orientan a público masivo, poseen gran variedad de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios, como por ejemplo patio de comida y cines, y que se suelen denominar *malls*; centros comerciales vecinales o comunales, de hasta 20.000 m², que cuentan con una o dos tiendas ancla tipo supermercado o una tienda de departamento (*power centers*), y centros de barrio o de oportunidad, de hasta 6.000 m², que suelen poseer una tienda ancla pequeña, como por ejemplo una farmacia, o un minimercado (*strip centers*).

8. Según se describe *infra*, es discutido cuan alta es la sustituibilidad de estos centros para los consumidores y, por ende, para los comercios. Aun así, se reconoce cierta continuidad en las categorías señaladas y también entre éstas y otros comercios distintos a los centros comerciales.

9. Por su parte, es posible identificar en los desarrolladores inmobiliarios su rol diferenciado de la administración centralizada y su relevancia para hacer viable el proyecto, lo que evidentemente, es previo a la administración. Estos realizan estudios, desarrollan el proyecto, consiguen financiamiento, lo construyen, y eventualmente lo transfieren a los administradores u operadores. Aunque se trata de roles diferentes, como lo muestra la FNE en la tabla que se reproduce a continuación, los principales desarrolladores son sociedades ligadas a administradores que, por su tamaño, denomina “grupo administrador” (véase aporte de antecedentes FNE, folio 141, Sección III.2).

TABLA N° 1
Principales sociedades administradoras de centros comerciales

Grupo	Sociedad administradora
Grupo Cencosud	Administradora de Centros Comerciales SPA ⁵³
Grupo Marina	Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A.
Grupo Parque Arauco	Parque Arauco S.A.
Grupo Pasmар	Inmobiliaria Power Center Ltda
Grupo Plaza	Plaza S.A. ⁵⁴
Grupo VivoCorp	VivoCorp S.A. ⁵⁵

Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 12

10. La participación de cada grupo administrador en el número de centros comerciales y clientes que sirven se relaciona estrechamente con la superficie arrendable. Así, del total de 62 *malls* que identifica la FNE en Chile, 23 pertenecen al grupo Cencosud, 17 al grupo Plaza y 9 al Grupo Parque Arauco. La información de la Cámara Chilena de Centros Comerciales Asociación Gremial, aportada por AGR, que se refiere a *malls* y *power centers*, coincide con

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el diagnóstico de una alta participación de pocos operadores. En concreto, señala que en Chile habría 168 centros comerciales, de los cuales el 44% pertenecería a siete operadores. La Tabla N° 2, muestra la superficie disponible perteneciente a cada grupo desarrollador.

TABLA N° 2

Metros cuadrados disponible para arriendo de los desarrolladores inmobiliarios de centros comerciales

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: Aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 8

11. La disponibilidad de terrenos es otra condición para el desarrollo de *malls* (véase, Resolución N° 43/2012, consulta de SMU S.A. sobre fusión con Supermercados del Sur S.A., § 9.29). Naturalmente, hay menor disponibilidad de terrenos mientras mayor es la superficie requerida y más cercano estén de centros densamente poblados. Vinculado a lo anterior, el desarrollo de los centros comerciales tipo *mall* requiere altas inversiones, que según la FNE oscilan entre US\$ 80 y US\$ 300 millones.

12. Adicionalmente, son característicos de los centros comerciales tipo *mall* las externalidades de red. Ello porque la atracción de público de otros locales ejerce una influencia positiva en lo atractivo que resulta el *mall* para el resto de los comercios. Este efecto de complementariedad de las tiendas, suele ser tan fuerte que predomina incluso en los casos en que las tiendas compiten por los clientes. Ello explica que sea habitual que en *malls* coexistan tiendas de departamento competidoras.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

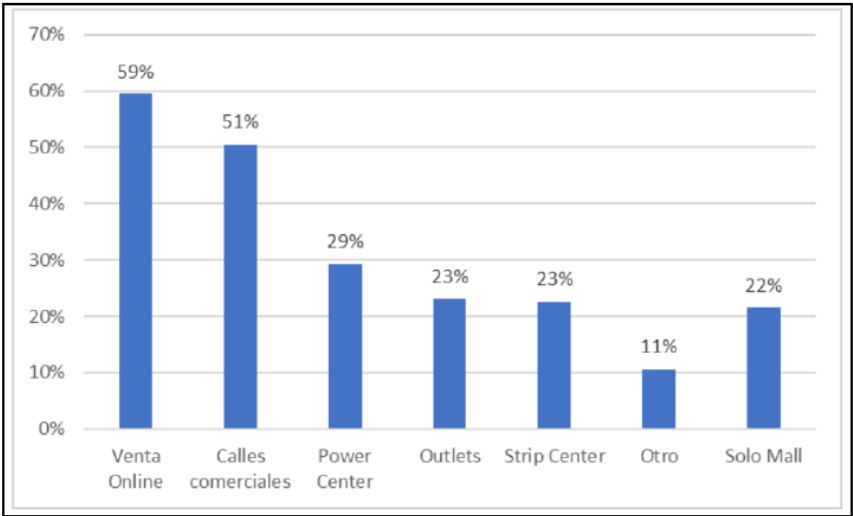
13. Como señalan distintos aportantes y la FNE, estas características tienen incidencia en los riesgos de desarrollar los proyectos, lo que se traduce en el costo del financiamiento. Ello explicaría, al menos en parte, que un 73% de los *malls* construidos en Chile esté integrado verticalmente con una “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 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.

14. En relación con la demanda, según la FNE el atractivo del *mall* radica en una ventaja para los consumidores asociada a la reducción de costos de búsqueda, tanto porque pueden comparar alternativas en un lugar centralizado, como porque pueden realizar un conjunto de compras en el mismo lugar y que se asocia al término referido a una visita para distintas compras (*one stop shopping*).

15. Son variados los comercios que requieren espacios en centros comerciales tipo *mall*, incluyéndose comercio minorista, tiendas de departamento, locales de comida y de entretenimiento, entre otros. La especificidad de esos locales a cada *mall* depende del foco del comercio y del *mall* en particular, así como de las alternativas existentes de venta de productos a través de otras vías. A este respecto, la FNE muestra que distintos locatarios de *mall* comercializan sus productos en otros canales, en los porcentajes mostrados en el Gráfico N° 1.

GRÁFICO N° 1

Presencia de locatarios en *malls* en otros formatos de venta, en últimos 3 años



Fuente: Aporte Antecedentes FNE, folio 141, p. 13

B.2. Relaciones de propiedad y otras características distintivas de los Centros Comerciales

16. Una preocupación especial de la FNE surge de los vínculos de propiedad y administración entre diversos operadores de *malls*. Sostiene que tales vínculos contribuirían a masificar las cláusulas contractuales objetadas por AGR y facilitarían la transferencia de información sensible. Así, propone asegurar la independencia entre quienes ocupan cargos directivos en sociedades de desarrollo inmobiliario y sociedades aguas abajo, en particular, de los grupos Falabella y Ripley y reglas sobre manejo de información comercial sensible.

17. Los antecedentes aportados dan cuenta de tales relaciones de propiedad entre desarrolladores. En efecto, la sociedad Nuevos Desarrollos S.A., que es propietaria y administradora de diversos centros comerciales (e.g., Mallplaza Arica, Mallplaza Iquique, Mallplaza Copiapó, Mallplaza Alameda, Mallplaza Egaña, Mallplaza los Dominicos, Mallplaza Sur y Mallplaza Mirador BíoBío), de propiedad de Plaza en un 77,5%, a través de la sociedad Plaza Oeste SpA, también es propietaria de Ripley en un 22,5%, a través de Ripley Inversiones II S.A. Adicionalmente, el Grupo Marina (Mall Marina Viña del Mar, Mall Barrio Independencia, Mall Curicó y Mall del Centro Concepción), es controlado conjuntamente por sociedades pertenecientes a Grupo Parque Arauco y Grupo Ripley que también es controladora de Nuevos Desarrollos. Esta cuestión se analizará en la sección B.4, *infra*.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18. Al respecto y como se verá, en la medida que el análisis de los efectos anticompetitivos de las cláusulas se hace para una definición estrecha de mercado y se toman medidas para evitar que existan cláusulas anticompetitivas, la preocupación que las interrelaciones de propiedad extiendan su efecto pierde validez. Como esa es la aproximación que se sigue, las relaciones más relevantes para esta Consulta son las de integración vertical, particularmente aquellas entre tiendas ancla con administradores de *malls*.

19. Los antecedentes aportados dan cuenta de operadores integrados verticalmente, particularmente entre *mall* y tiendas ancla, es frecuente. Por ejemplo, Cencosud Shopping está integrado con Jumbo, Santa Isabel, París y tiendas de vestuario, como Umbrale y Women Secret, entre otras. Por su parte, Plaza está integrado directamente con Falabella, Tottus, Sodimac, Banco Falabella, Americanino y Juan Valdez, entre otras, e indirectamente, a través de participaciones minoritarias, con Ripley y Banco Ripley. Asimismo, Vivo mantuvo una relación de propiedad vertical con SMU hasta agosto de 2022, dejando de participar su antiguo controlador, el Grupo CorpGroup, siendo su actual controlador el Fondo de Inversiones Asset Rentas Comerciales Vivo, administrado por Asset Administradora General de Fondos S.A. ((Téngase presente Vivo, folio 359) y es uno de sus principales arrendatarios (Memoria anual Vivo 2022).

20. Este tipo de integración es corroborada en el Informe Galetovic, presentado por Plaza, que indica que, más del 40% del total de las tiendas Falabella, París y Ripley, se ubican en centros comerciales en los cuales participan de su propiedad.

21. Como se indicó, las tiendas ancla tienen un atractivo especial para el *mall*, toda vez que aseguran una ocupación sustancial de la infraestructura, lo que le da viabilidad comercial. Adicionalmente, cuando los contratos con las tiendas ancla se celebran durante las primeras etapas del proyecto, facilitan el financiamiento de largo plazo que requieren los inversionistas para impulsar su desarrollo. Además, la incorporación de tiendas ancla surge de la necesidad de los *malls* de generar una variedad de oportunidades a los consumidores, una combinación de comercios, y del atributo que tienen dichas tiendas de generar tráfico (e.g., Damian, D. S., Curto, J. D. y Pinto, J. C. *The impact of anchor stores on the performance of shopping centers: the case of Sonae Sierra*, International

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Journal of Retail & Distribution Management, 2011, Vol. 39, No. 6, pp. 456-475; y Finn, A. y Louviere, J. J. *Shopping center image, consideration, and choice: anchor store contribution*. Journal of Business Research, 1996, Vol. 35, No. 3, pp. 241-251). Adicionalmente, se reconoce que algunos tipos de tiendas ancla reúnen variedad de productos y que su estandarización suele generar información que reduce los costos de búsqueda.

22. Adicionalmente, la existencia de inversiones específicas, en parte explican la integración vertical entre desarrolladores y tiendas ancla. Este tipo de argumentación que dice relación con las ventajas de un *retail* integrado la ha observado el Tribunal para casos similares (e.g., Resolución N° 43/2012; para un desarrollo conceptual, véase, e.g., Klein, B., Crawford, R., y Alchian, A. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. Journal of Law and Economics, 21, 1978, pp. 297-326) y Williamson, O. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. New York: Free Press, 1975).

23. Sin perjuicio de las explicaciones previas, existen aprensiones sobre el carácter anticompetitivo que puede tener la integración vertical cuando hay poder de mercado. En efecto, la integración entre el *mall* con, por ejemplo, tiendas de departamento, puede incentivarle a beneficiar a éstas por sobre otros comercios que les compitan. Si la diferenciación entre arrendatarios se da por estar verticalmente integrado, se trataría de una conducta anticompetitiva.

24. Así, dirimir los efectos de la integración vertical no puede hacerse sólo a partir de argumentaciones teóricas, sin perjuicio que tampoco la evidencia es concluyente. En efecto, la información sobre un conjunto de *malls* muestra que, además de tiendas ancla integradas verticalmente, existen otras tiendas ancla competidoras de las primeras y que no están integradas. Ello es consistente con que la viabilidad y atractivo de los *malls* se facilita cuando se cuenta con dichas tiendas, independiente de si están o no integradas y, en la medida que sobre ellas no existe un poder incontrarrestable del *mall*, en función de lo relevante que éstas son para el desempeño de aquél, la posibilidad de abuso o discriminación se acota.

25. En cuanto a los riesgos específicos de la integración vertical, una línea de la literatura los asocia a las eventuales restricciones al ingreso que impondrían los operadores a tiendas que sean competidoras de las propias, lo que, sin embargo,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no es materia de autos. Sí lo es el riesgo asociado a discriminaciones contra los locatarios no integrados, por lo que el foco de análisis será la eventual discriminación entre tipos de tiendas según su propiedad.

B.3. Contratos

26. Los contratos bilaterales, en general, producen efectos positivos sobre el bienestar social, toda vez que, si son celebrados entre agentes libres, cada una de las partes valora más lo que recibe que lo que entrega a cambio, generando un incremento en la utilidad de ambas.

27. 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.

28. Los centros comerciales, como modelo de negocio de administración centralizada “(...) otorgan una solución integrada y coordinada (por ejemplo, en cuanto a mix de tiendas, horarios, localización, seguridad y accesibilidad) (...)” (Resolución N° 24/2008, § 186). Este modelo se sustenta en una determinada estructura contractual entre operadores y locatarios que define precisamente las características de la oferta del centro comercial de que se trata hacia el público, asumiendo una determinada distribución de riesgos entre el operador inmobiliario y los arrendatarios. En general, en este contexto, el operador ha asumido los riesgos inmobiliarios, asociados al financiamiento de la infraestructura y la planificación de su desarrollo futuro, ante los cambios que puedan darse a nivel de industria (por ejemplo, la inclusión de zonas de entretenimiento o similares, la ampliación o remoción de ciertas instalaciones). Por su parte, como contrapartida de las ventajas que le otorga al locatario estar en un centro comercial, éste paga una renta de arrendamiento y se sujeta a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ciertas condiciones de operación, como horarios de atención y participación en promociones, entre otros.

29. Las características de la industria explican la estructura que adoptan los contratos suscritos entre los operadores y los locatarios, en el sentido que una parte significativa de las obligaciones establecidas en los contratos lo sean mediante condiciones generales de contratación, o cláusulas tipo aplicables a una generalidad de ellos, con excepción de las denominadas tiendas ancla, las cuales están sujetas a condiciones diferenciadas en consideración a su relevancia para el éxito o desempeño del centro comercial. Estas condiciones generales de contratación están recogidas en instrumentos de aplicación general en las principales cadenas de centros comerciales. Así, por certificado de folio 294 se agregaron al expediente en carácter público las normas generales de contratación de Cencosud Shopping, Mall Plaza, Grupo Marina, Parque Arauco, Pasmarr y Vivo, ofrecidas por AGR a folio 11 y por la FNE a folio 141.

30. Sin perjuicio de la existencia de estas condiciones generales de contratación, los contratos de arrendamiento particulares determinan condiciones específicas de la relación entre los locatarios y el respectivo centro comercial, en especial el tamaño y ubicación del local comercial y la renta de arrendamiento. Así, la distribución de riesgos implícita en las condiciones generales de contratación, que el contrato particular no puede alterar, la acepta el locatario según el precio o renta de arrendamiento pactado en el caso concreto. En otras palabras, el poder de negociación que pueda tener un locatario para con el centro comercial sólo podrá hacerse valer en la negociación de la renta, no así en los demás términos y condiciones contractuales, pues de lo contrario la misma idea de administración centralizada se vería afectada.

31. El Informe Valdés cuestiona el hecho que la mayoría de los términos y condiciones de los contratos de arrendamiento de locales provengan de las referidas condiciones generales de contratación. Un primer problema que detecta sería que, en ciertos casos, estas cláusulas se incorporarían a los contratos sin hacer referencia expresa a ellas, cuestión que es afirmada también por uno de los aportantes (Aporte de antecedentes Komax, folio 127, p. 3). En particular, estas condiciones generales de contratación serían un símil de las denominadas cláusulas sorpresivas, identificadas por la legislación europea de protección al consumidor como abusivas. El Informe Valdés agrega que las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones generales de contratación entre operadores de centros comerciales y locatarios solo parecerían justificarse desde el punto de vista del poder de mercado, ya que no serían contratos masivos ni dirigidos. Señala que existiría una dependencia económica de los locatarios respecto de los operadores, que los llevarían a aceptar cláusulas que no podrían imponerse en condiciones de libre competencia. Finalmente, sostiene que ese poder de mercado, si es significativo y estable en el tiempo, como ocurriría en este caso, permite calificar a los operadores como agentes dotados de posición dominante.

32. El análisis del Informe Valdés soslaya que las condiciones generales de contratación, o contratos de adhesión como las denomina, pueden tener más funciones que las que el informe identifica. Ante todo, como se ha señalado, si bien los contratos de arrendamiento de locales en centros comerciales no tienen la masividad que se da en materia de derecho del consumo, la necesidad de contar con una administración centralizada sujeta a reglas únicas para todos los locatarios supone una justificación racional y razonable para su utilización. En este contexto, permiten disminuir los costos de transacción que significaría la negociación de la totalidad de los términos y condiciones del contrato con cada uno de los locatarios. Asimismo, el Informe Valdés yerra al no considerar el modelo de negocio de los centros comerciales, basado en una administración centralizada, como una justificación para la utilización de condiciones generales de contratación distinta del mero ejercicio de poder de mercado. A este respecto, el informe parece confundir eventuales diferencias en la posición negociadora de las partes con la existencia de poder de mercado. Por último, la determinación de si un agente posee o no posición dominante requiere de un análisis del mercado relevante que el Informe Valdés no realiza 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.

33. Para estos efectos, y sin perjuicio que existe cierta dispersión en las condiciones y cláusulas cuestionadas, *infra* se analizará la posibilidad de determinar uno o más mercados relevantes en los cuales enmarcar el análisis de libre competencia planteado en la Consulta y se abordará cada uno de los tipos de cláusulas cuestionadas en esta. Previo a ello, se revisará la aprensión de la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FNE en relación con las relaciones de propiedad y administración existentes entre los operadores de centros comerciales.

B.4. Relaciones de propiedad y administración

34. La FNE afirma que la existencia de vínculos estructurales entre empresas competidoras, sea de propiedad sea personales, puede generar riesgos para la libre competencia. Luego, señala que en el marco de las diligencias dieron cuenta de lo siguiente:

- (a) La propiedad de la sociedad Nuevos Desarrollos S.A. era compartida entre el Grupo Plaza (77,5%) y Grupo Ripley (22,5%). Esta sociedad es la propietaria o administradora de los centros comerciales Mallplaza Arica, Mallplaza Iquique, Mallplaza Copiapó, Mallplaza Alameda, Mallplaza Egaña, Mallplaza Los Domínicos, Mallplaza Sur y Mallplaza Mirador Bíobío.
- (b) La propiedad de Inmobiliaria Mall Viña del Mar S.A. (Grupo Marina) es compartida entre el Grupo Parque Arauco y el Grupo Ripley, cada uno dueño de un 50%. El Grupo Marina es administrador de los centros comerciales Mall Marina Viña del Mar, Mall Barrio Independencia, Mall Curicó y Mall del Centro Concepción.
- (c) El accionista final del Grupo Pasmarr, el señor Jack Mosa Shmes, es dueño de un 13,2% de las acciones de Parque Arauco S.A., y cuenta con participaciones menores (bajo el 0,02%) en Cencosud S.A., Cencosud Shopping S.A. y Mall Plaza S.A.

35. Sobre la base de estos hallazgos, la FNE señala que la participación del Grupo Ripley en Nuevos Desarrollos S.A. y en Grupo Marina puede generar riesgos de coordinación y traspaso de información comercialmente sensible entre competidores. Esta cuestión sería especialmente riesgosa en el caso de la sociedad Nuevos Desarrollos, toda vez que concurren en la sociedad dos grupos que desarrollan centros comerciales (Grupo Plaza y Grupo Ripley), los que a su vez están integrados verticalmente en el mercado aguas abajo, a través de los *retailers* Falabella y Ripley. De esta forma, en adición a los riesgos que se pueden presentar en relación con los centros comerciales, podría compartirse información sensible respecto de los locatarios que deben reportar la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información de ventas a los operadores de los centros comerciales en los que están ubicados.

36. Por estas razones, la FNE estima que se debiera ordenar al Grupo Ripley que, en caso de elegir un director en Nuevos Desarrollos S.A., éste fuese un director independiente y que las personas que ocupen cargos ejecutivos en Nuevos Desarrollos no ocupen a su vez cargos en sociedades que administren el negocio aguas abajo (de *retail*) de los Grupos Falabella y Ripley. Adicionalmente, propone establecer reglas relacionadas al manejo de información comercialmente sensible, prohibiendo al director de Nuevos Desarrollos propuesto o nombrado con los votos del Grupo Ripley intercambiar información comercial sensible del Grupo Falabella con cualquier trabajador o persona relacionada con el Grupo Ripley. Esta orden, en opinión de la FNE, debiera darse aun cuando el Grupo Ripley y el Grupo Plaza estuviesen implementando en la actualidad medidas análogas a las propuestas.

37. Respecto del Grupo Marina, la Fiscalía recomienda evaluar que al menos los directores y cargos ejecutivos del Grupo Marina no debiesen ocupar a su vez cargos en sociedades que administren el negocio aguas abajo del Grupo Ripley, así como el establecimiento de reglas relacionadas al manejo de información comercialmente sensible de los locatarios a la que accede el Grupo Marina, y que prevenga que sea conocida por el Grupo Ripley.

38. A su vez, la FNE señala que existen relaciones de parentesco entre ejecutivos de distintos operadores de centros comerciales, cuestión que conlleva riesgos para la competencia, por lo cual recomienda implementar medidas tales como la firma de protocolos y formularios de reconocimiento de responsabilidad conforme al D.L. N° 211 y la inclusión de anexos en los contratos de trabajo en los que se prohíba el intercambio de información comercialmente sensible, entre otras.

39. Finalmente, la Fiscalía afirma que resulta pertinente que la asociación gremial que reúne a los operadores de centros comerciales (Cámara Chilena de Centros Comerciales), en cuyo directorio participan ejecutivos de los principales grupos que participan en esta industria, siga, al menos, los lineamientos y recomendaciones indicados por la FNE en su Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

40. A folio 353, Plaza señaló que desde 2014 ha implementado un programa de cumplimiento que toma resguardos para evitar que se concreten los riesgos para la competencia a los que se refiere la FNE, cuyas medidas serían incluso más estrictas que las propuestas por ese organismo. Asimismo, dio cuenta de que el 31 de agosto de 2022, Grupo Ripley informó mediante hecho esencial su decisión de ejercer la opción de venta de sus acciones establecida en el pacto de accionistas de Nuevos Desarrollos S.A., lo que determina su salida de la propiedad de esa sociedad y, por tanto, la desaparición de la causa de las preocupaciones de la FNE. Agrega que la Cámara Chilena de Centros Comerciales ya sigue los lineamientos de la guía de la FNE y que tiene directrices aplicables a sus representantes en esa u otra asociación gremial, incluyendo un registro de las personas que asisten a reuniones.

41. Por estas razones, Plaza concluye que no hay justificaciones técnicas o económicas que hagan necesario complementar o formalizar las medidas presentes en el programa de cumplimiento de esa compañía, o para solicitar la imposición de medidas adicionales a la asociación gremial.

42. Este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que la existencia de relaciones de propiedad y personales entre distintos operadores de centros comerciales y *retailers* puede generar un riesgo para la libre competencia. Sin embargo, la información acompañada a estos autos no sugiere que esta industria tenga características particulares que la hagan especialmente proclive a la concreción de esos riesgos. Por ello y, en el entendido que, como se ha señalado, la principal preocupación de la FNE en este ámbito ha desaparecido tras la opción de venta de las acciones del Grupo Ripley en Nuevos Desarrollos S.A., sólo se adoptarán las medidas de resguardo conductuales que se indican en la parte final de esta resolución.

B.5. Mercado relevante

43. La Consulta dice relación con el eventual abuso que ejercerían los *malls* sobre sus arrendatarios (en particular, los comercios independientes de los operadores). Según AGR, los *malls* tendrían una posición dominante por su alta participación de mercado, las significativas barreras de entrada y salida del mercado y porque no existiría presión competitiva entre los operadores. Una manifestación de ello sería que la mayoría de las cláusulas contractuales habrían

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido impuestas por los *malls* y, además, serían similares entre los distintos operadores. 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.

44. Según la Consultante, el mercado relevante del producto estaría formado por los *malls* y, excepcionalmente, en la medida que sean vistos por los locatarios como sustitutos, por los *power centers*. Agrega que el ámbito geográfico relevante lo definiría una isócrona de viaje de 10 minutos.

45. La Consultante fundamenta su definición en una característica distintiva de los *malls*, cual es que permiten beneficiar a los consumidores que valoran comprar en una visita, distintas compras (“*one-stop shopping*”), al concentrarse en ellos un alto número y diversidad de tiendas. Por su parte, los locatarios valorarían vender en un *mall* por la atracción de público, lo que vinculan a ciertas características de su administración, particularmente, el que sea centralizada y por esa vía, resuelva distintas externalidades vinculadas a que el esfuerzo de atraer público por una tienda individual no se internalice completamente por ella. Así, la administración centralizada permitiría que cada comercio hiciera el esfuerzo que maximiza el beneficio del conjunto, en contraposición al que le conviene individualmente.

46. La definición de mercado relevante propuesta por la Consultante es cuestionada por distintos intervinientes. Parque Arauco sugiere incluir en el mercado relevante del producto todo el *retail*, y no sólo los *malls* y *power centers* y Pasmor plantea que cada locatario enfrentaría un mercado relevante distinto.

47. En el entendido que hay una diferenciación respecto a la superficie y naturaleza de las tiendas, las definiciones de mercado relevante siempre tendrán un componente de arbitrariedad. Más aún, los formatos de centros comerciales se suelen definir, además del aspecto regional, en función de la superficie y de los comercios que disponen. Así, por ejemplo, en la definición del *International Council of Shopping Centers, ICSC* (disponible en https://www.icsc.com/uploads/research/general/US_CENTER_CLASSIFICATION.pdf. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2024) los centros súper regionales tienen más de 80.000 m², cuentan con cines, restaurantes, oficinas y hotel; los Regionales, disponen entre 40.000 y 80.000 m² y cuentan con dos o más tiendas departamentales,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restaurantes, cine; los llamados Locales y Vecinales, tienen una superficie entre 10.000 y 40.000 m², poseen tiendas especializadas en un rubro, como sería deportes, cuidado de casa, etc., cine y/o juegos, e incluyen al menos una tienda departamental y un supermercado; los *Power Centers*, también con superficies entre 10.000 y 40.000 m², cuentan con hipermercados, pero a diferencia de los Locales y Vecinales, tienen un número limitado de tiendas comerciales y de servicio; los *Strip Centers*, tienen una superficie de hasta 10.000 m², con cantidad reducida de locales comerciales y/o servicios y poseen un supermercado y farmacias.

48. Como se puede apreciar, los distintos formatos se ubican en un continuo en el que el grado de sustitución de uno respecto de otro es difícil de precisar. Adicionalmente, el comercio electrónico, que demostró ser una alternativa de compras significativa a raíz del confinamiento por la pandemia (véase, por ejemplo, *Comité de Comercio Electrónico* <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2021/04/Perspectivas-del-Comercio-Electr%C3%B3nico-Georger-Lever.pdf>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2024), pudiera ser una alternativa pertinente para ciertas tiendas en algunos de los formatos señalados.

49. En relación con antecedentes empíricos, para los socios cuyos datos fueron utilizados en el Informe FK, las ventas de los locatarios realizadas en centros comerciales tipo *malls*, representan un porcentaje significativamente superior tanto si se comparan con las ventas realizadas a través de otros canales físicos (otro tipo de centros comerciales o locales ubicados en la calle), como si se comparan con el canal de ventas *online*.

TABLA N° 3
Porcentaje de ventas de socios AGR realizadas en diversos canales físicos durante el periodo enero 2015- diciembre 2019

Rubro Comercio	N° Socios AGR (*)	% Ventas en Malls	% Ventas en otros centros comerciales	% Ventas en tiendas Calle
Vestuario y Calzado	21	84.2%	6.9%	8.9%
Hogar	2	70.1%	5.1%	24.8%
Librería y artículos de oficina	2	79.5%	5.8%	14.7%
Cafetería y Pastelería	2	86.7%	7.0%	6.2%
Tecnología	1	100%	0%	0%
Cosmética	2	87.5%	12.5%	0.0%
Suplementos alimenticios	1	95.5%	1.0%	3.4%

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fuente: Elaboración propia utilizando bases de datos acompañadas por AGR a folio 436

(*) Corresponde al número de socios de la AGR de los cuales se disponen las ventas

50. En cuanto a las ventas *online*, a folio 546 el Tribunal ordenó a AGR acompañar las ventas en este canal para cada uno de los 31 socios que aportaron información de sus ventas en canales físicos. En su respuesta, AGR acompañó la información de sólo 18 socios, la que se registran en la tabla siguiente.

TABLA N° 4

**Porcentaje de ventas de socios AGR realizadas en *malls* y canal *online* periodo
enero 2015 – diciembre 2019**

Rubro Comercio	N° de socios	% Ventas <i>malls</i>	% Ventas <i>online</i>
Vestuario y Calzado	14	81.5%	3.6%
Hogar	2	67.3%	4.0%
Librería y artículos de escritorio	1	78.9%	1.7%
Suplementos alimenticios	1	91.8%	3.9%

Fuente: Elaboración propia utilizando basas de datos acompañadas por AGR a folios 436 y 574, cuyas versiones públicas se encuentran a folio 527 y 578

51. Adicionalmente, a folio 573 Achiga acompañó las ventas de nueve de sus 26 socios que comercializan sus productos en centros comerciales tipo *malls*. De los cálculos de este Tribunal para esa muestra, en promedio las ventas realizadas en *malls* para esos locatarios corresponden al 80%, de las cuales un 69% se realizan en *malls* cuyos operadores son sujetos de la Consulta. Estos datos muestran que, al menos para esa muestra de locatarios, ni la venta en calles comerciales o por canales *online* sería capaz de generar un efecto disciplinador de los operadores de *malls*. Esta información sugiere que el formato *mall* tiene la particularidad de aglutinar una gran cantidad de tiendas y, simultáneamente, contar con una administración centralizada que genera eficiencias y que no es fácilmente replicable o sustituible por otros canales.

52. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado, Parque Arauco (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p.15) no considera razonable usar isócronas relacionadas con el área de influencia de supermercados de cara a los consumidores finales, argumentando que, en la decisión de ubicación de los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercios, la FNE ha considerado ámbitos geográficos de carácter nacional o por radios de 50 kilómetros. Ello se sustentaría en que los locatarios no evalúan las alternativas para realizar compras esporádicas, sino las de suministros discretos.

53. Es posible concluir 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. Dicho análisis vincula la distancia que requerirían recorrer los consumidores que viven en torno a un supermercado si tuvieran que sustituirlo. Se asocia así a un grado de “cautividad” de los consumidores que viven en el entorno del centro comercial. En la medida que un supermercado tenga menos competidores en su entorno, dispondrá de una mayor porción de clientes cautivos debido al costo de movilizarse, lo que permitirá cobrar más a los consumidores finales, sus vecinos, sin que ello signifique sacrificar significativamente número de clientes totales.

54. Lo anterior no significa 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. En la medida que en el entorno del *mall* existe menos competencia y, en consecuencia, los consumidores de los comercios que operan en el *mall* estén relativamente más cautivos y se les puedan cobrar mayores precios, también los comercios tendrán una mayor disposición a pagar por el arriendo al dueño del *mall*. Como la demanda de las tiendas por los espacios en los *malls* es una demanda derivada de la demanda de los consumidores finales, si los consumidores finales carecen de alternativas, el dueño del *mall* podrá cobrar más por los arriendos a los comercios, lo que de no ser compensado por un mayor flujo de clientes, puede ser traspasado a los consumidores finales.

55. El análisis previo tiene una consecuencia adicional. Dado un valor de arriendo, a los comercios les conviene localizarse en lugares que atraigan al mayor número de consumidores a los que apunta su negocio. Con todo, como se ha señalado, es esperable que el precio del arriendo aumente con lo atractivo que sea el centro comercial. Si un área es más escasa, un mayor precio del arriendo hará que, en el margen, la brecha de lo atractivo que resulta ese mall caerá.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

56. Las consideraciones precedentes justifican que la definición del mercado relevante en el caso de autos deba trascender la sustituibilidad para los consumidores de un determinado centro comercial, como se hace en el caso de supermercados y donde la preocupación es el potencial abuso directo a éstos. Como señalan Kałuzny J., Nitsche, R., & Röller, L.-H. (2011) (*Defining product markets for shopping centers: Thoughts on methodological choices*. ESMT White Paper No. WP— 11—02”), enfocarse sólo en algunas características de los centros comerciales, ignorando que la diferencia en la intensidad competitiva genera una distinta valorización entre las ubicaciones que se capturan en los precios del terreno y en los arriendos, implicaría optar por una definición estrecha y errada del mercado relevante.

57. La distinta naturaleza de los clientes finales, las posibilidades de canalizar sus productos por vías alternativas y especialmente, el hecho que los precios de los arriendos reflejan el atractivo de la localización y la escasez de terrenos es consistente con que, en la evidencia comparada, se haya tendido a ampliar fuertemente la definición de mercado relevante o derechamente, se observe cierta reticencia a considerar la relación *mall*-comercio como una que derive en condiciones monopólicas. Al respecto, Kałuzny y otros se refieren al ámbito del mercado geográfico en una decisión de 1983 en los EE.UU. que amplió la definición de mercado del producto: “*La Corte ha hallado que los vendedores del retail, que buscan espacios en el área metropolitana de Washington DC, comparan espacios en toda el área y que el mercado relevante del producto es el mercado de arriendo para espacios de retail, no solo espacios en malls regionales*” (op. cit., traducción libre).

58. En la misma línea, estos autores dan cuenta que en 1996, cuando comenzó a operar una modificación impulsada por la *Federal Trade Commission* y el *Department of Justice* de los EE.UU. para focalizar los esfuerzos de estas agencias y se exceptuó de algunas obligaciones de notificación a transacciones que tendrían baja probabilidad de afectar las leyes antimonopolio, se incluyó dentro de ellas a ciertas adquisiciones inmobiliarias destinadas al *retail*, sin perjuicio que ello no significara exceptuarlas de revisiones o acciones posteriores.

59. Por otra parte, el análisis de los llamados mercados de dos lados también matiza definiciones tradicionales de mercado relevante. Este concepto se refiere a plataformas que enfrentan dos grupos de consumidores, cada uno de los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuales provee al otro de beneficios de red. Entre los casos más claros de mercados de dos lados se encuentran las tarjetas de crédito, en donde el emisor puede cobrar al tarjetahabiente y/o al comercio. Como es reconocido ampliamente en la literatura (e.g., Jean-Charles Rochet and Jean Tirole *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 2005), una política de precios que no considere los efectos en ambos lados de la plataforma será subóptima, tanto desde la perspectiva del bienestar del dueño de la plataforma, como desde la perspectiva del bienestar general.

60. Que los *malls* puedan actuar como plataforma de dos lados depende de la posibilidad que estos tengan de cobrar, aparte del arriendo a los comercios, directamente al consumidor final. Ello no es claro cuando el dueño del *mall* no es el propietario de las tiendas. Por su parte, hay algunas decisiones de precio por servicios a consumidores finales que pueden reflejar la condición de plataforma de dos lados y cuya solución claramente resuelve problemas de externalidades, como la de estacionamientos para los consumidores “gratis” o pagados, financiamiento centralizado de publicidad, entre otras.

61. Por último, un elemento diferenciador que resulta relevante en la opción que seguirá el Tribunal fue planteado por Inmobiliaria Power Center (Pasmár), que señala que los centros intermedios podrían llegar a constituir un sustituto de los *malls* dependiendo de cómo son vistos por los locatarios. Ello es consistente con lo señalado por la misma AGR, que considera que el mercado relevante del producto es distinto para cada locatario (Consulta, folio 11, p.14), lo que también es implícitamente sostenido por la Fiscalía. Esta indica que los distintos tipos de centros comerciales no serían comparables entre sí, pero que existirían algunos con características híbridas de cara al consumidor final que los hacen comparables, lo que dependería del centro en concreto (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 61).

62. Esta visión reconoce que los comercios pueden usar distintos canales, de forma única o simultánea; focalizarse en un área geográfica precisa o amplia; orientar sus ventas a segmentos de clientes determinados o en general; y que los comercios difieren en sus características y estrategias, por lo que hay un continuo de sustitución entre distintos canales para diversos comercios. Así, los *malls* pueden ser esenciales para un porcentaje de los comercios y, a la vez, muy prescindibles para otro.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

63. Así, las características más deseadas y valoradas de un *mall* difieren para los comercios. Para tiendas exclusivas, un *mall* orientado o ubicado para servir preferentemente a clientes de altos ingresos es menos sustituible que para tiendas de consumo masivo. También los comercios difieren en su capacidad de realizar ventas *online*, según la necesidad de presencialidad para entregar el servicio. Tales tipos de especificidad reflejan distintas oportunidades que pudieran tener los comercios para canalizar su producto. Pero el desarrollo del potencial de atracción depende también de la combinación de tiendas, por lo que para el *mall* tampoco las tiendas le son igualmente atractivas y ello, además, varía en el tiempo y con la composición de la vacancia. Como indica AGR, el *mall* debe complementar su conjunto de tiendas para ofrecer una mezcla que le permita atraer más clientes. Cabe agregar que la necesidad específica puede diferir en cada momento.

64. Sin embargo, el análisis precedente no significa que definir el mercado relevante requiera determinar la naturaleza del comercio, diferenciándole según las alternativas que tienen. Ello suele ser imposible, o bien, dudosamente conveniente. Como muestran Kałuzny y otros (*op. cit.*), y DeLisle J. (*Toward the Global Classification of Shopping Centers*. Disponible en: <https://jrdelisle.com/retailwatch/GlobalRetailClassV55.pdf>. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2024), la categorización por tipo de local suele ser arbitraria, por lo que no es recomendable.

65. Ello coincide con lo señalado por la FNE, en 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.

66. La Encuesta FNE (ofrecida en el aporte de antecedentes FNE, folio 141) sustenta tal heterogeneidad. Sin perjuicio de que, por su diseño, dicha encuesta tiene un sesgo a confirmar que la opción *mall* es relevante, porque esa fue la efectivamente elegida por los locatarios, el 43% de ellos indicó que la presencia en centros comerciales tipo *mall* era esencial para el desarrollo de su giro, mientras que un 49% señaló que era deseable, pero no esencial.

67. Por lo anterior, y en especial porque la Consulta se refiere exclusivamente a la relación contractual *mall*-comercios, procederemos con el análisis de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

C. ANÁLISIS DE RIESGOS ANTICOMPETITIVOS DERIVADOS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES CUESTIONADAS

70. En esta sección se analizarán las cláusulas contractuales cuestionadas por la Consultante y sobre las cuales se han aportado antecedentes, a saber, las: (a) que determinan la estructura y tarifas de arrendamiento de los locales comerciales en *malls*, incluyendo acceso a información sensible, criterios de diferenciación entre locatarios, aumentos durante el mes de diciembre y la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inclusión de las ventas *online*; (b) que establecen sanciones por disminución de las ventas de los comercios; (c) que imponen pagos adicionales a los cánones de arrendamiento; (d) referidas a la duración de los contratos y a la ausencia de cláusulas de salida; (e) de término anticipado de más de un contrato; (f) que impondrían el arriendo en más de un local; (g) que significarían la intervención de precios finales; (h) que obligarían a realizar remodelaciones; e (i) que impondrían restricciones diferenciadas en los horarios de atención al público.

C.1. Estructura y tarifas de arrendamiento

71. En relación con los pagos de los locatarios al centro comercial, la Consultante identifica riesgos vinculados a: (a) la estructura de las tarifas de arrendamiento y sus reajustes o incrementos periódicos; (b) el acceso a información sensible y estratégica de los locatarios a la que acceden los operadores; (c) la ausencia de criterios que determinan la renta entre distintos locatarios; (d) el aumento de las tarifas de arrendamiento durante el mes de diciembre y; (e) la incorporación de las ventas *online* para determinar la renta variable.

C.1. Estructura de la tarifa de arrendamiento y sus reajustes o incrementos periódicos

72. AGR indica que la estructura de la tarifa de las normas generales sería el valor máximo que resulta de: (a) un valor mensual VMM” que, en general, corresponde a un valor en UF por metro cuadrado arrendado y que, como se verá *infra*, se reajustaría periódicamente, y (b) un valor porcentual mensual (“VPM”) en función de las ventas o ingresos mensuales brutos o netos del locatario. Según dan cuenta algunos locatarios, sólo el componente vinculado al VMM inicial sería negociable entre las partes, mientras que su reajuste y el VPM estarían establecidos en las normas generales (Aporte de antecedentes Chalbonia, folio 107, p. 3; aporte de antecedentes Calzados Gino, folio 192, p. 6; aporte de antecedentes Valverde Norambuena, folio 113, p. 4; y aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 21).

73. La Consultante añade que, en la práctica, muy excepcionalmente la tarifa de arrendamiento correspondería al VPM, ya que en la mayoría de los casos los locatarios pagarían el componente fijo, que es independiente de sus ganancias.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que el VMM se reajustaría cada 12, 18 o 24 meses y su incremento superaría el crecimiento de los ingresos de los locatarios, lo que explicaría que en más de un 80% de los casos se aplique el VMM como renta de arrendamiento. Señala que, por ello, existiría un riesgo anticompetitivo derivado de la extracción de renta o estrangulamiento de márgenes (Consulta, folio 11, p. 5).

74. Los locatarios Calzados Gino (aporte de antecedentes Calzados Gino, folio 192, p. 9), Giovo (aporte de antecedentes Giovo, folio 130, p. 9), Komax (aporte de antecedentes Komax, folio 127, p. 5), Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, pp. 13-21) y Valverde Norambuena (aporte de antecedentes Valverde Norambuena, folio 113, pp. 4 y 5) reiteran estos argumentos y los ejemplifican, indicando que el aumento en el VMM correspondería a un 5 o 10% cada 24 meses. En su parecer, esto sería injustificado, considerando que la tarifa ya se encuentra en UF.

75. La Consultante señala que la aplicación general del VMM permitiría al operador asegurar un ingreso estable, con independencia de los resultados operacionales de los locatarios, trasladando todo el riesgo de la operación a estos (Consulta, folio 11, p. 40). En este sentido, Achiga señala que el “*Mall nunca pierde*”, justificándose en que, si hay poco flujo de personas recibe un VMM elevado, y si el locatario tiene ventas altas, recibe el VPM (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 25).

76. Achiga agrega que hace varios años el esquema de arrendamiento tenía una lógica que iba en beneficio tanto del operador como del locatario. El locatario pagaba habitualmente el VPM, de manera que el centro comercial tenía un fuerte incentivo para atraer visitantes, lo que beneficiaba a ambas partes. Sin embargo, con el creciente y abrupto incremento del VMM, la lógica del beneficio mutuo habría cambiado. Los operadores se habrían propuesto que la mayoría de sus arrendatarios paguen el VMM, con lo cual pierde el incentivo de atraer público, ya que sus ingresos se mantienen inalterados. Expone los casos de Cencosud, Mall Plaza, Parque Arauco y Vivo, donde más del 88% de sus ingresos por arriendo corresponderían a ingresos fijos (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 21 y 22).

77. La Consultante solicita que se obligue a los operadores establecer una estructura tarifaria basada en criterios transparentes, objetivos, razonables, no discriminatorios y relacionados con los ingresos de los locatarios. Considera que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se podría implementar una tarifa que sea efectivamente en dos partes, consistente en la suma de una parte fija para todos los locatarios y una parte variable que, para cada mes, se determine en función de las ventas de los últimos doce meses de los locatarios (Consulta, folio 11, p. 68).

78. Por su parte, Achiga sugiere para alinear incentivos entre operadores y locatarios, el VMM solo pueda incrementarse en función de un incremento proporcional en el flujo de público que visita el centro comercial. Adicionalmente, propone que este monto no pueda ser superior al 70% de lo pagado como renta promedio mensual el año anterior, y que no se determine en base a características particulares del arrendatario, tales como su capacidad de pago, antigüedad del contrato, etc.

79. Por su parte, los operadores justifican la estructura tarifaria arguyendo que es común en la industria, no solo en Chile, sino que es ampliamente utilizada en Estados Unidos y Europa y que, además, presenta claras eficiencias, ya que el componente variable permite promover las ventas de los locatarios alineando los incentivos con los operadores, compartir los riesgos entre ambos tipos de agentes y promover la inversión por parte del centro comercial en actividades que atraigan público, lo que incrementa las ventas de los locatarios. Adicionalmente, señalan que el componente fijo o VMM limita el reparto de riesgos para niveles bajos de ventas, viabiliza las inversiones necesarias para el centro comercial, dado que un ingreso fijo y estable reduce los riesgos del negocio inmobiliario, permitiéndole acceder a financiamiento (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 33; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 37; aporte de antecedentes Cencosud, folio 147, p. 9).

80. Parque Arauco arguye que la existencia de una renta fija induciría rentas de arrendamiento más bajas en el largo plazo. Dicho de otra manera, la volatilidad de la recaudación de ingresos por rentas variables se reflejaría en un aumento en las rentas de arrendamiento para compensar ese mayor riesgo (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 37).

81. En esta línea, los informes económicos acompañados al proceso revisan la literatura económica, que remarca el carácter de plataforma de un centro comercial y su estructura tarifaria. Señalan que esa literatura avala las tarifas diferenciadas entre distintos tipos de locatarios, así como también una estructura tarifaria basada en un componente variable y otro fijo (Informe

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Galetovic, p. 9, Informe FK, pp. 11 y 12, Informe Global, pp. 23-25 e Informe Butelmann, p. 5).

82. En cuanto a los antecedentes que según los informes económicos, permitirían concluir sobre la razonabilidad de la estructura tarifaria, los operadores enfatizan que como las ventas de un local dependen, entre otras variables, del esfuerzo que realice el operador, el pago de rentas en función de las ventas de los locatarios alinea los incentivos entre el operador y el locatario, ya que induce a que el administrador del centro comercial lo publicite. Una tesis en esta dirección es que la renta variable restringiría el comportamiento oportunista del operador, en el sentido de que evitaría que este elija locatarios que impriman mayor competencia con locatarios ya instalados en el centro comercial. Por ello, un comportamiento post contractual con los locatarios ya instalados sería menos razonable para el operador del *mall* si es que el mismo se asocia a una disminución de sus ingresos por arriendo, lo que estaría asociada al componente variable de las ventas (Informe Global, p. 25 e Informe Butelmann, p. 5). El hecho que la renta variable se haga efectiva sólo cuando se ha superado un cierto nivel de ventas, sería equivalente a un premio cuando su esfuerzo da resultados “extraordinariamente buenos” (Informe Global, p. 25 e Informe Compass, p. 53).

83. Los informes económicos sugieren tesis alternativas para la existencia de tarifas principalmente fijas o compuestas por un VMM, que estarían justificadas porque: (a) los arriendos de inmuebles comerciales y residenciales son, en general, fijos, por lo que no debería sorprender que ésta sea la estructura tarifaria de locales en centros comerciales; (b) el operador enfrenta dificultades para medir las ventas de sus locatarios, las que, aun cuando existan requisitos sobre la información que deben aportar, pueden estar sujetas a manipulación, más aún cuando se registran ventas *online*; (c) un arriendo como porcentaje de las ventas desincentiva los esfuerzos de venta de los locatario en comparación con un arriendo fijo, ya que las ventas adicionales incrementan el arriendo que deberá pagar. Así, cuando no se alcanza la parte variable de la estructura tarifaria, cualquier incremento en las ventas no genera aumentos en sus costos de arriendo, lo que generaría políticas de *pricing* más agresivas de los locatarios (Informe Global, p. 24 e Informe Compass, p. 54); (d) una renta fija elevada permitiría seleccionar locatarios de “alta calidad”, aquellos capaces de atraer

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

público o de baja probabilidad de quebrar (Informe Global, pp. 23 y 24) y; (e) la existencia de ingresos estables dados por elevados VMM reduce los riesgos del negocio del operador, lo que le permitiría acceder a financiamiento a menores costos y hacer viables sus inversiones (Informe Compass, p. 53 e Informe FK, p. 10).

84. En relación con los reajustes periódicos al VMM, solo dos operadores se refieren a este tipo de cláusulas. Vivo arguye que el incremento del canon de arriendo durante la vigencia del contrato corresponde a una característica propia del negocio inmobiliario de los centros comerciales, donde el éxito del centro comercial se traduce en un aumento de su activo inmobiliario y, en consecuencia, de sus arriendos. Adicionalmente, este incremento se ajusta al desarrollo del negocio de los locatarios, quienes tenderán a aumentar de manera progresiva sus ventas durante su permanencia en el *mall*. Por ello, convendría a ambas partes establecer al inicio de la relación contractual un canon que se incremente en el tiempo (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 14).

85. Por su parte, Cencosud Shopping indica que sus contratos de 60 meses contemplan un reajuste de un 10% al VMM a partir del mes 61. Por lo tanto, en términos prácticos, este recargo no se aplica, ya que las partes negocian nuevamente el contrato sobre las condiciones particulares del mercado en ese momento (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 26).

86. El Informe Global alude a dos nuevas justificaciones para este tipo de cláusula. En primer lugar, un incremento del VMM reflejaría el aumento del consumo en términos reales. Señala que en el periodo comprendido entre 1996 y 2020, el consumo nominal creció a un promedio de un 7,7% anual, mientras que la UF lo hizo en un 3,4%. En segundo lugar, tanto operadores como locatarios evalúan el valor presente de los pagos, que es independiente del perfil temporal de éstos. Así, prohibir el aumento real del VMM no alteraría el total de los pagos, pero sí generará un pago mayor durante los primeros años, reduciendo los retornos de los locatarios y generándoles más necesidades de financiamiento (Informe Global, pp. 32-33).

87. Los antecedentes allegados, y particularmente la experiencia y la literatura internacional, sugieren que considerar tanto un elemento fijo como variable en la renta de arrendamiento no puede considerarse anticompetitivo (véase, Wheaton W. *Percentage Rent in Retail Leasing: The alignment of Landlord-tenant*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interests. Real Estate Economics, 2000, v. 28, pp. 185-204). Tampoco puede descartarse que la combinación de ambos componentes permita una distribución de riesgos adecuada y consistente con alinear incentivos a la realización de esfuerzos para atraer clientes, tanto por parte del *mall* como de los comercios individuales.

88. Así, cuando el pago del arriendo es la suma de los componentes fijo y variable, en la medida que aumenta el componente fijo, el riesgo lo asume relativamente más el locatario, y lo contrario ocurre cuando aumenta el componente variable, donde el riesgo lo asume relativamente más el operador del *mall*. Como se señaló *supra*, los contratos son mecanismos de asignación de riesgos entre las partes, sin que sea objetable *a priori* un acuerdo que distribuye los riesgos de una manera determinada. Por el contrario, en la medida que el riesgo quede mal distribuido, por ejemplo, si el desarrollador del centro comercial asume riesgos excesivos y debe pagar más por el financiamiento del proyecto debido a la variabilidad de sus ingresos, con posterioridad exigirá un pago total mayor por el componente fijo, para así sobrellevar ese costo financiero. Alternativamente, si es el locatario quien asume un riesgo excesivo, ello se traducirá en una menor disposición a pagar por el arriendo en total y en particular, por el valor fijo.

89. En el caso de autos, la estructura del contrato vigente que determina el pago del arriendo no es exactamente la suma de un componente fijo y otro variable, sino que es el máximo entre un monto fijo y un porcentaje de las ventas. Ella se puede ilustrar comparativamente con la propuesta de la Consultante a través del Gráfico N° 2 desarrollado por este Tribunal y que se muestra *infra*. La estructura vigente se representa en la “línea quebrada” más gruesa, que es horizontal en el monto A_0 hasta un nivel de ventas de V_0 , y se torna inclinada a partir de ese punto, reflejando su pendiente el pago adicional por ventas. Así, si las ventas están entre cero y V_0 , aplica solo el monto fijo A_0 , y si las ventas superan V_0 , por ejemplo son V_2 , entonces aplica solo el componente variable, lo que da lugar a un pago A_2 .

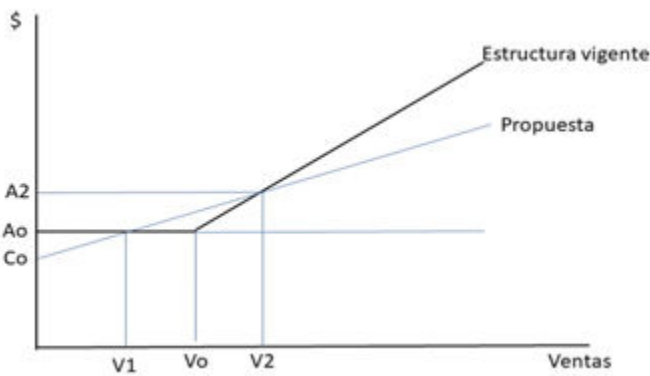
90. Por su parte, la línea en el mismo gráfico denominada Propuesta, y que representa aquella de AGR, también considera un componente fijo C_0 , y un componente variable (de ahí su inclinación). La diferencia entre ambos esquemas es que, en el caso de la propuesta de AGR (Consulta, folio 11, p. 68),

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

siempre se aplican ambos componentes y no el mayor de ambos, como es en el caso de la regla vigente. Sin embargo, comparando ambos esquemas, puede apreciarse que, de aplicarse el esquema propuesto por AGR, no es posible determinar ni menos garantizar que el pago total será mayor o menor que bajo la estructura actual, ni tampoco es posible determinar dónde quedarán mayormente radicados los riesgos. Ello dependerá tanto de los valores de Co , como de la pendiente asociada al pago variable. Así, si el componente fijo fuera Co como en la figura ilustrada y la pendiente la de la línea “Propuesta”, con un nivel de ventas de $V2$, el pago total sería idéntico en ambos casos. En general, dependiendo del rango de ventas, la propuesta de AGR pudiera dar lugar a pagos mayores o menores a los que genera la estructura vigente.

GRÁFICO N° 2

Estructura tarifaria vigente y Propuesta por AGR



Fuente: elaboración propia

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

92. En relación con los reajustes periódicos del componente fijo, la explicación de Vivo es que ello permite distribuir eficientemente otro riesgo, el de maduración del proyecto. 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. Atraer a comercios a un proyecto incierto, en el que se van

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporando progresivamente los locatarios, puede ser más fácil si se ofrece un arriendo relativamente menor al principio y, en la expectativa que ese proyecto tenga éxito, aumentarlo en el tiempo, sin que ello resulte gravoso. Por cierto, las expectativas al firmarse un contrato pueden verse frustradas o cumplidas, lo que no determina su carácter anticompetitivo.

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

94. En consideración a que: (a) al momento de iniciar la relación comercial existen razones que pudieran representar beneficio mutuo para comercios y operadores de tener una estructura de pagos de arriendo que aumenten en el tiempo; (b) esas razones parecen especialmente atendibles cuando las condiciones de dichos incrementos son conocidas al momento de formalizar el contrato; y (c) lo eventualmente más gravoso de un contrato de esta naturaleza está estrechamente relacionado con la incapacidad de negociación de los comercios y con las restricciones a la salida que, como se desarrolla *infra*, se atenuarán considerablemente con las medidas que se impondrán en esta resolución, este Tribunal no objetará las cláusulas que impliquen un aumento del valor del arriendo, en la medida que estén claramente establecidas.

C.1.1. Acceso a información sensible y estratégica de los locatarios para determinar la tarifa de arrendamiento

95. La Consultante señala que, aun cuando la mayoría de las veces los locatarios pagan una tarifa fija o el VMM por arrendamiento, deben entregar al operador información estratégica y comercialmente sensible sobre el volumen de sus ventas o facturaciones netas diarias (Consulta, folio 11, p. 37). Añade que, de no entregar la información requerida por el operador, el arrendatario debe

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pagar el doble del VMM. Como mecanismo de fiscalización, los operadores pueden realizar “en cualquier momento y sin previo aviso” auditorías para examinar los libros y registros de venta del local arrendado (Consulta, folio 11, p. 52).

96. En opinión de la Consultante, el acceso por parte del operador a este tipo de información genera riesgos relevantes a la competencia. En primer lugar, a la hora de renegociar el contrato, el operador podrá estimar con certeza la disposición a pagar del locatario. Ello podría derivar en una discriminación arbitraria o un estrangulamiento de márgenes, debido a los elevados costos de salida del locatario que imponen los operadores que, como se verá *infra*, corresponden al pago de las rentas restantes hasta el término del plazo contractual o incluso, asumir al término de todos los contratos que mantiene con el operador en distintos *malls*. Achiga ratifica lo anterior al señalar que, al conocer con detalle la venta de los locales y su evolución, el operador puede determinar con exactitud la disposición a pagar de sus arrendatarios, lo que le permite subir la renta a través del VMM (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 21).

97. En segundo lugar, señala que si los operadores se integran verticalmente con tiendas que compiten en alguna línea de negocio con el locatario, podrán dirigir sus esfuerzos a los productos más vendidos por su arrendatario e incluso adoptar estrategias de precios atractivas para los clientes (Consulta, folio 11, pp. 53 y 54). Estos riesgos fueron también identificados por los locatarios Chalbonia (aporte de antecedentes Chalbonia, folio 107, p.5), Calzados Gino (aporte de antecedentes Calzados Gino, folio 192, p.10), Giovo (aporte de antecedentes Giovo, folio 130, p.10), Komax (aporte de antecedentes Komax, folio 127, pp. 5-7), Liolá (aporte de antecedentes Liolá, folio 115, p.4) y Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, pp. 23 y 24).

98. En ese orden de ideas, el Informe FK plantea que, a partir del cuarto año de la apertura de una tienda en un centro comercial, la relación entre los cobros por arriendo y los ingresos de los locatarios crece sostenidamente. A partir de un ejercicio econométrico, el informe concluye que, mientras más crecen las ventas de los locatarios, mayor es el aumento en la tarifa de arrendamiento, lo que sería consistente con una estrategia de “extracción de márgenes” por parte de los operadores (Informe FK, pp. 31-35).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

99. En línea con lo señalado por la Consultante y los locatarios, la FNE estima que el acceso a la información sobre las ventas por parte del operador no sería tan relevante para la operación de los centros comerciales, por cuanto la renta variable o VPM es cobrada únicamente en un 20% de los casos (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 57). Más aun, considerando la integración vertical propia de esta industria, considera que el acceso por parte de los operadores a información de los locatarios con tal nivel de detalle o desagregación –balances, informes de *stock* e inventarios, registro de ventas al contado, a plazo y a crédito, movimiento diario de todas las operaciones comerciales– sumado a las facultades que las normas generales otorgan a los operadores para la fiscalización y sanciones ante el incumplimiento, puede generar riesgos a la libre competencia. Así, existe el riesgo que locatarios integrados accedan a información comercialmente sensible de sus competidores. Por tal razón, la FNE sugiere restringir la entrega de información a las “ventas agregadas mensuales” (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 58).

100. Por otra parte, los operadores indican que acceder a la información de ventas de sus locatarios tiene un doble propósito. Primero, determinar y fiscalizar el VPM. Segundo, realizar análisis comerciales propios en su rol de organizador de una plataforma y de administrador, a saber: identificar las tiendas más atractivas para los consumidores, estudiar la evolución de los resultados de sus locatarios, estimar tendencias de consumo con el objetivo de ajustar el *mix* de tiendas y su ubicación dentro del centro comercial, generando de esta manera una oferta más atractiva para los consumidores, evaluar la efectividad de campañas publicitarias, entre otras (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 14, aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, pp. 45-46, aporte de antecedentes Pasmarr, folio 128, p. 32, aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 26, aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 35).

101. A su vez, los operadores integrados Mall Plaza y Cencosud Shopping han manifestado que no existiría traspaso de información a sus relacionadas. En particular, Cencosud Shopping declara no tener acceso a información específica de productos, volúmenes u otros datos que le permitan deducir el comportamiento de los locatarios que son sus competidores aguas abajo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, implementaría medidas que evitarían que la información de ventas diarias y mensuales de los locatarios pudiera gatillar algún riesgo para la competencia. Sus centros comerciales, supermercados, tiendas por departamentos –incluidas aquellas de menor tamaño– y tiendas para mejoramiento del hogar serían unidades independientes, que operan con equipos diferentes, lo que evita que se materialice un traspaso de información entre sus relacionadas. La información solo la revisaría su Gerencia de Auditoría y Control de Gestión Comercial para determinar la renta a pagar por los locatarios y estaría sujeta a estrictas cláusulas de confidencialidad (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, pp. 34 y 35).

102. A su vez, Mall Plaza indica que, en virtud de su programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, sus empresas relacionadas no acceden a dicha información. Señala que posee estrictas reglas que prohíben el intercambio de información comercial sensible con cualquier tienda de *retail*. La información que entrega a su controladora Falabella S.A. es agregada (a nivel de centros comerciales) y tiene como objetivo sólo la rendición de cuentas y se prohíbe su uso para otros fines (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 138, p. 36 y téngase presente Mall Plaza, folio 353, p. 36). Grupo Marina indica que la información de los locatarios no es compartida con sus accionistas –Ripley y Parque Arauco– (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 9).

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

104. Por su parte, aun cuando los operadores integrados verticalmente han negado que sus relacionadas accedan a la información de los locatarios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventualmente competidores, este Tribunal estima que tal declaración no es un antecedente suficiente que mitigue los riesgos derivados de la integración vertical, por lo que se establecerán las siguientes medidas respecto de los operadores:

- (a) Deberán abstenerse de exigir más información que aquella estrictamente necesaria para estimar la renta de arrendamiento mensual y esta información sólo podrá ser utilizada para los efectos de administrar el centro comercial en el que arriendan los respectivos locatarios.
- (b) Excepcionalmente, podrán convenir a través de acuerdos específicos y limitados en el tiempo, la entrega de información con mayor desagregación y especificidad destinada a evaluar políticas de promoción del centro comercial o estrategias de largo plazo. Atendido que el detalle y frecuencia necesaria de la entrega de información para estos fines puede ser materia de controversia, las partes podrán someterse a un mecanismo solución de controversias, que garantice la rapidez y ecuanimidad en la resolución de eventuales disputas y que se ordenará constituir en la parte resolutive.
- (c) Para los efectos de lo dispuesto en el literal (a), los operadores integrados verticalmente o que por vínculos de otra naturaleza tengan injerencia directa e inmediata en la administración de comercios, tiendas o locales en los centros comerciales que administren, deberán establecer resguardos para impedir el acceso a cualquier tipo de información sensible de los locatarios, independiente de su formato o tamaño, por parte de sus relacionadas. Los operadores deberán mantener, a lo menos, los resguardos que serán indicados en la parte resolutive de la presente decisión.

C.1.2. Falta de transparencia en los criterios que determinan la renta entre distintos locatarios

105. La Consultante indica que existiría una “total y absoluta falta de transparencia” sobre los criterios que determinan las diferencias de renta entre locatarios, en particular, entre locatarios que se encuentran relacionados o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integrados a los operadores y aquellos que no lo están (Consulta, folio 11, p.41). En esta línea, el Informe FK realiza un ejercicio econométrico a partir de la información aportada por 37 comercios pertenecientes a AGR y concluye que los locatarios que define como competidores con tiendas integradas al operador pagan arriendos del orden de un 20% superior a aquellos que no lo están. Esta diferencia significaría que los operadores discriminarían entre tiendas con las cuales compiten (Informe FK, p. 41 y Anexo, p. 49).

106. Los operadores indican que las eventuales asimetrías entre las rentas de arrendamiento se derivan de un proceso de negociación entre las partes (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 20; aporte de antecedentes Pasmarr, folio 128, p. 28; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, pp. 37-38; aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 25). De esta manera, las tarifas de arrendamiento cobradas a cada locatario se negociarían en función del rubro del comercio; la capacidad de atracción de clientes al centro comercial; la duración del contrato y las cláusulas de término anticipado que se puedan contemplar; las características del local arrendado, como la ubicación, superficie, metros cuadrados y metros de frente o vitrina; y “las condiciones de mercado imperantes al momento de celebrar el contrato o su renovación”, tales como el *mix* particular de tiendas existente, ya que el arriendo será distinto dependiendo de cuantas tiendas del mismo rubro ya existen en el centro comercial (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 24; aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 19; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 38).

107. Respecto de la diferencia de renta de arrendamiento por metro cuadrado entre tiendas ancla y otros locatarios, los operadores indican que ella se explica por las externalidades positivas que generan este tipo de tiendas (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 24 y aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 38). Asimismo, Mall Plaza señala que en otras jurisdicciones sería normal que estas tiendas no posean un canon variable, ya que atraen mayor público y no deben ser incentivadas en cuanto a su esfuerzo de ventas (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 33).

108. En igual línea, el Informe Galetovic, Informe Butelmann, Informe Compass e Informe FK exponen una revisión de la literatura que justificaría las diferencias, tanto en monto como en estructura tarifaria, entre tiendas ancla y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellas que no lo son. Un centro comercial, al ser un mercado de dos lados o plataforma, administra las externalidades que se generan entre locatarios y consumidores, lo que originaría precios diferenciados, con independencia del poder de mercado del centro comercial. En otras palabras, la existencia de tarifas diferenciadas entre locatarios sería una consecuencia de las externalidades que crean o el valor que aportan a la plataforma. En un centro comercial, las tiendas se generarían externalidades positivas entre ellas, al atraer clientes que aumenta las ventas del resto y ello sería especialmente fuerte en el caso de las tiendas ancla, lo que justifica que paguen arriendos más bajos, tanto por metro cuadrado como por porcentaje de las ventas.

109. Asimismo, los informes señalan que una estructura eficiente de las tarifas de arriendo es tal que el centro comercial: (a) subsidia el arriendo de las tiendas que generan un alto tráfico a otras tiendas, recuperando este subsidio mediante un cobro mayor a las tiendas que se benefician de este flujo de consumidores, y (b) alinea los incentivos para inducir un esfuerzo óptimo de cada una de las tiendas y del centro comercial. De esta manera, las diferencias corresponden a la magnitud de las externalidades que crea cada tienda, con el propósito de mantener a ambos tipos de tiendas “a bordo” en la plataforma. Si una tienda ancla se ausentara, se produciría un daño relevante al centro comercial debido a la pérdida de la capacidad de tráfico (Informe Galetovic, p. 9, Informe FK, pp. 11 y 12, Informe Global, pp. 23-25, Informe Butelmann, p. 5, Informe Compass, pp. 54 y 55).

110. Las diferencias señaladas se confirman en los antecedentes aportados. En Parque Arauco, el promedio del cobro de las tiendas anclas equivale a un [5%-10%] de sus ventas, mientras que el de tiendas menores cerca del [15%-20%] (Informe Compass, p. 55). En el caso de Cencosud Shopping, entre enero de 2018 y febrero de 2020, las tiendas ancla pagaron, en promedio, un VPM equivalente al 5,22% de las ventas, y las tiendas menores un 8,91%. Por su parte, siete tiendas ancla generaron el 46% de los ingresos por arriendo de Cencosud Shopping, mientras que el 54% restante es distribuido entre más de 1.600 locatarios (Informe Butelmann, p. 22).

111. En contraposición, respecto de supuestas diferencias en las rentas de arrendamiento entre tiendas especializadas integradas y no integradas al operador del centro comercial, Cencosud Shopping señala que no sería un

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

criterio considerado al momento de fijar los cobros y que no beneficiaría a sus relacionadas (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 25). Mall Plaza (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 138, p. 35) esgrimió el mismo argumento.

112. Por otra parte, el Informe Butelmann realiza un ejercicio econométrico utilizando las rentas por arrendamiento en los distintos centros comerciales operados por Cencosud Shopping, y estima la tarifa de arriendo por metro cuadrado. El informe concluye que las tiendas integradas verticalmente con este operador no pagarían menos por arriendo que aquellas que no lo están. Esta conclusión no se altera si se realiza la comparación sólo entre tiendas ancla o solo entre tiendas no ancla, descartando de esta manera efectos discriminatorios hacia aquellos locatarios no integrados con Cencosud Shopping (Informe Butelmann, pp. 32-34).

113. En igual línea, el Informe Galetovic concluye que no existe evidencia que avale la hipótesis de una práctica discriminatoria contra las tiendas ancla no integradas a Mall Plaza. Incluso, en el periodo comprendido entre los años 2002 y 2019, las tiendas ancla Ripley, Paris y La Polar habrían pagado menos por metro cuadrado que su relacionada Falabella (Informe Galetovic, pp. 44 y 62).

114. En relación con la transparencia y objetividad del monto cobrado por el arriendo, particularmente del cobro fijo, no hay antecedentes en autos que permitan concluir que la variabilidad en los precios por superficie tenga relación con un abuso contrario a la libre competencia. La mera variabilidad observada no permite tal conclusión por distintas razones. 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. En igual sentido argumenta la literatura especializada; el rol de las tiendas ancla, especialmente en la etapa inicial del proyecto de construcción del *mall*, permite hacerlo financieramente viable. Ello trasciende las mayores externalidades que pueden generar dichas tiendas en la atracción de clientes y explicaría en parte el mayor plazo y el menor precio por superficie que pagarían (e.g., Informe Global, p. 8, para un argumento teórico).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

115. En segundo lugar, el momento de inicio y renovación de los contratos por parte de cada comercio difiere, así como el valor de mercado de las propiedades en el tiempo. Ello podría causar una dispersión de precios (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 19), sin perjuicio de que no se aportaron antecedentes sobre la causalidad entre las condiciones del mercado inmobiliario y la dispersión de precios.

116. Con todo, el Informe Butelmann indica que para el caso de Cencosud Shopping, los precios por superficie están justificados (coeficiente de ajuste R^2 sobre 50%) por la superficie y el frente del local, mientras que la relación vertical, como se señaló previamente, no incidiría en menores precios. Considerando que el ejercicio “no controló” por ubicación de los comercios y las ubicaciones dentro de cada *mall* difieren en atractivo, el alto ajuste estadístico sugiere que la determinación de los cobros por superficie puede ser replicada por un análisis estadístico, lo que refleja predictibilidad de la forma en que se determina y, así, en principio, una adecuada transparencia, sin perjuicio de que los operadores deberán adoptar medidas conductuales que se especifican en la parte resolutive orientadas a prevenir abusos.

C.1.3. Aumento de la tarifa de arrendamiento durante el mes de diciembre

117. La Consultante señala que durante el mes de diciembre el VMM se incrementaría entre un 75% y un 100%, según el operador, afectando gravemente a los locatarios por los siguientes motivos: (a) en caso de que sus ventas aumenten, podrían no ver aumentadas sus utilidades en diciembre, producto de las mayores rentas de arrendamiento; (b) el aumento de tarifa podría aplicarse aun cuando el locatario no vea incrementadas sus rentas durante ese mes y; (c) los operadores se asegurarían de que no se aplique el VPM (Consulta, folio 11, pp. 41 y 42).

118. Por su parte, Achiga plantea que el aumento carece de justificación económica para la industria gastronómica, toda vez que el mayor flujo de consumidores durante diciembre aumenta las ventas del rubro únicamente en un 20% (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 36).

119. Con información de asociados de AGR, el Informe FK compara el aumento en los ingresos por venta de los locatarios y el pago de arrendamiento de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diciembre. Según infieren los autores, a nivel agregado, esto es, considerando las ventas de todos los *malls* donde se ubican los asociados, los ingresos por ventas en diciembre aumentan en un 83%, mientras que las rentas de arrendamiento lo hacen en un 70%. Sin embargo, indican que los mayores aumentos a la renta ese mes serían implementados por los operadores Cencosud Shopping, en un 75%, y Parque Arauco y Mall Plaza, ambos en un 100%, mientras que operadores más pequeños solo incrementarían estos ingresos por concepto de arriendo en un 30% (Informe FK, pp. 27 y 28). Con todo, los autores omiten comparar el aumento entre las ventas de los locatarios obtenidas en diciembre entre Cencosud Shopping, Parque Arauco, Mall Plaza y aquellos centros comerciales de menor tamaño.

120. Los operadores indican que, en general, las negociaciones de rentas de arrendamiento consideran una proyección anual de los ingresos, por lo que un valor más elevado del VMM en diciembre sería una forma de prorratear las rentas de arrendamiento, ajustándola al flujo de consumidores. En otras palabras, en lugar de negociar un VMM más elevado a los vigentes, dicha tarifa se ve incrementada solo en el mes en que existen mayores ventas. Esta medida beneficiaría a los mismos locatarios, pues evitaría que paguen más en meses de menores ventas, lo que podría exponerlos a retardos en el pago o afectar su solvencia (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 26; aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 15; aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133 p. 20; aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, pp. 35 y 48; aporte de antecedentes Parque Arauco; folio 137, pp. 39-40; e Informe Global, p. 31).

121. Pasmар arguye además que el aumento durante diciembre se debería a un aumento en los costos del operador y externalidades producto de la mayor afluencia de público, por lo que el aumento de rentas durante ese mes “obedece a la misma lógica del modelo de negocio” (aporte de antecedentes Pasmар, folio 128, p. 32).

122. Este Tribunal considera que, si existe transparencia y claridad sobre los cobros totales anuales, la distribución que se haga de ellos dentro del año no es contraria a la libre competencia. Así, por ejemplo, si la cláusula objetada implica un doble pago en diciembre, puede entenderse que el valor mínimo anual debe pagarse en trece cuotas, dos de las cuales aplican en diciembre. Por su parte, esta distribución de cuotas concuerda con la explicación de que el pago del valor

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del arriendo facilitaría que la mayoría de los comercios lo adapten a su perfil de ingresos en el año, ya que esa mayoría ve un aumento en sus ventas en diciembre (aporte de antecedentes VivoCorp, folio 122, p.15).

C.1.4. Inclusión de las ventas online para la determinación de la renta de arrendamiento

123. La FNE indica que ciertos operadores consideran la venta digital para efectos de determinar el componente del VPM de la tarifa de arrendamiento. Según la Encuesta, un 26.8% de los locatarios indica que uno o más operadores habrían planteado renegociar o habrían modificado los contratos de arriendo para incluir las ventas *online* o efectuadas mediante plataformas como si fueran efectuadas en el local del centro comercial. Los locatarios Giovo (aporte de antecedentes Giovo, folio 130, p. 9) y Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, p. 21) exponen ideas similares.

124. En línea con lo anterior, Achiga señala que aun cuando no existan modificaciones en los contratos que expliciten la incorporación de este tipo de ventas en la renta de arrendamiento, en la práctica, todos los operadores están cobrando por las ventas por *delivery* que provienen de ventas *online*. Arguye que esta práctica sería completamente injustificada, porque corresponden a ventas que “*se hacen afuera del Mall, el consumo ocurre afuera del Mall, y el consumidor tampoco visita el Mall. Es decir, es una venta que ocurre sin ninguna intervención del operador*”. Para el consumidor es irrelevante donde se prepara la comida, y el operador no contribuyó a generar la demanda (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 38-39).

125. De los operadores, solo Cencosud Shopping ha señalado que, para la determinación del VPM utiliza aquellas ventas digitales que tienen una conexión con la tienda física, por ejemplo, aquellas en donde el retiro o despacho de la mercadería se realizó en o desde el local comercial (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 23). Por su parte, Mall Plaza, si bien no indica de manera explícita que incorpora este tipo de ventas para la determinación de la renta, señala que le parece razonable su incorporación, toda vez que el centro comercial participa en la concentración de esas ventas (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 353, p.33).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

126. El Informe Compass plantea una situación similar para Parque Arauco. En el caso del rubro gastronómico indica que el centro comercial juega un rol, ya que los productos se elaboran en las instalaciones del operador. Adicionalmente, los repartidores de las aplicaciones de *delivery* generan una externalidad negativa en los visitantes, ya que su presencia puede significar mayores tiempos de espera y otras molestias. Por lo tanto, incluir estas ventas en la tarifa de arrendamiento sería un mecanismo mediante el cual los locatarios internalicen las externalidades que las ventas no presenciales generan a los demás usuarios del centro comercial (Informe Compass, p. 64).

127. La FNE no identifica una justificación razonable para incluir este tipo de ventas en los contratos de arrendamiento. Por el contrario, señala que si estas ventas generan un flujo, como podría ser una venta con retiro en tienda de una compra realizada *online*, se pueden generar ventas en otros locatarios, beneficiando al operador (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 52).

128. Este Tribunal concuerda con que los *malls* no pueden hacer cobros a los comercios por ventas que no tengan relación con la actividad del centro comercial. Entendiendo que la posibilidad de distinguir claramente entre las ventas asociadas al *mall* y las que no puede ser complejo, hay ciertas actividades como los retiros en el centro comercial o la existencia de servicios *post venta* en él, que permiten tener cierta objetividad en el cobro. Así, para mantener la consideración de las ventas *online* como parte del cobro, el *mall* deberá justificar la relación entre la renta de arriendo con las ventas *online*, la cual debe asociarse a la actividad del centro comercial, precisando qué parte de las ventas *online* considerará para estos efectos, y por qué razones. Como lo dispuesto en relación con la entrega de información adicional a la estrictamente necesaria para determinar el pago del componente variable del arriendo, por tratarse ésta también una materia que puede ser controvertida, los *malls* sujetos a esta restricción deberán usar el mecanismo de solución de controversias previamente señalado.

C.2. Sanciones por reducciones significativas en las ventas de los locatarios

129. Según la Consultante, las normas generales incluyen cláusulas que facultarían a los operadores a poner término anticipado al contrato de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

arrendamiento en caso de que los locatarios disminuyan sus ventas de manera significativa. En particular, esta sanción se aplicaría si durante tres meses consecutivos la facturación mensual de las ventas del locatario resulta inferior al 25% del promedio de la facturación de los últimos seis meses. La sanción contempla el fin de la relación contractual y el pago de multas, indemnizaciones de perjuicios y el pago de rentas de arrendamiento por periodo faltante (Consulta, folio 11, pp. 55 y 56).

130. AGR considera que esta cláusula carece de razonabilidad económica, ya que los locatarios deberán pagar de igual forma el VMM. Señala que el operador se asegura el pago de rentas a través del VMM y a la vez puede sancionar al locatario por su bajo nivel de ventas (Consulta, folio 11, p. 56).

131. Grupo Marina y Mall Plaza son los únicos intervinientes que justifican esta cláusula, indicando que el umbral equivale a un escenario donde el local permanece cerrado o interrumpe sus funciones, afectando de esta manera el atractivo o valoración del centro comercial tanto para consumidores como locatarios. Esta norma buscaría desincentivar el *free riding* y reflejar el costo de oportunidad que implica tener un locatario con bajo esfuerzo de ventas (aporte antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 29 y aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 40). Por su parte, según indica Mall Plaza, el valor del umbral sería tan bajo que la sanción no se habría aplicado nunca.

132. Este Tribunal considera que esta cláusula responde a un escenario en el que virtualmente el comercio deja de funcionar, pues representa una reducción de al menos un 75% de las ventas. Por ello, los *malls* pudieran emplear la cláusula para reducir el riesgo de mantener comercios que no son viables y evitar un deterioro del proyecto inmobiliario por la vía de una caída en el atractivo del resto de los comercios ahí establecidos. Considerando lo anterior, a la significativa caída que representa una reducción del 75% de las ventas en tres meses, al hecho que esta cláusula es general, y que las restricciones a la salida se atenúan con las medidas que se establecerán, este Tribunal no considera que esta cláusula sea anticompetitiva.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.3. Otros cobros adicionales a la tarifa de arrendamiento

133. La Consultante señala que las normas generales contienen varias cláusulas que traspasarían de manera directa e íntegra los costos de operación del centro comercial a los locatarios; a saber: gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y servicios públicos. Añade que la determinación y distribución de estos costos sería poco transparente y distorsionada (Consulta, folio 11, p. 43).

134. Respecto a los gastos comunes, indica que no existe certeza que estos sean asignados en función de la superficie arrendada y a los usos particulares de algunos de los servicios básicos. Asimismo, señala que las normas no contemplarían criterios objetivos que permitan a los locatarios acceder a una lista taxativa de los conceptos incorporados en el gasto común, ni a la proporción que le corresponde a cada locatario (Consulta, folio 11, pp. 44 y 45). Adicionalmente, cuestiona la incorporación del impuesto territorial o contribuciones, dado que se trataría de un impuesto que beneficia únicamente al propietario del bien inmueble gravado, y la mantención de estacionamientos, cuando los consumidores ya pagan por este servicio (Consulta, folio 11, pp. 49 y 50). En lo que se refiere al fondo de promoción y publicidad, señala que los operadores cobrarían un monto independiente de la renta de los locatarios y atendido que los arrendatarios no tendrían injerencia en las decisiones asociadas a su uso, tendría fines desconocidos (Consulta, folio 11, pp. 50-51).

135. Añade que la desinformación a los locatarios les impediría verificar la procedencia de los montos pagados por conceptos de gastos comunes o la existencia de discriminaciones o subsidios cruzados entre locatarios, quedando fuera de las decisiones vinculadas a los servicios contratados o bienes adquiridos por el centro comercial. Así, los operadores podrían no estar haciendo un uso eficiente de los recursos, y el riesgo anticompetitivo se vería agudizado producto de la integración vertical entre operadores y locatarios. Concluye que, en la práctica, los gastos comunes y el fondo de promoción se han transformado en una segunda renta impuesta por los operadores (Consulta, folio 11, p. 51). Los locatarios Biarritz (aporte de antecedentes Biarritz, folio 107, p. 4), Valverde (aporte de antecedentes Valverde, folio 113, p. 5), Komax (aporte de antecedentes Komax, folio 127, p. 8), Giovo (aporte de antecedentes Giovo,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

folio 130, p. 11), Liolá (aporte de antecedentes Liolá, folio 115, p. 4), Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, pp. 21-22) y Calzados Gino (aporte de antecedentes Gino, folio 192, p. 11) levantaron cuestionamientos similares.

136. El Informe FK, que utiliza datos sobre los pagos por conceptos de gastos comunes y fondo de promoción realizados por los integrantes de AGR en los centros comerciales operados por Cencosud Shopping, Mall Plaza y Parque Arauco, identifica gran variación. Existirían tiendas que, dentro de un mismo centro comercial y para un mismo mes, habrían pagado hasta tres veces más por metro cuadrado por gastos comunes y hasta casi cinco veces más por fondo de promoción. Según los autores, no existiría justificación económica clara para tales variaciones, y sugieren las siguientes alternativas para tales diferencias: (a) una práctica de discriminación según el rubro de tienda; (b) el resultado de negociación entre el locatario y el centro comercial, y (c) la imputación de conceptos adicionales (Informe FK, pp. 43-45).

137. Para mitigar el riesgo de cobros anticompetitivos, la Consultante sugiere se dispongan medidas de transparencia, razonabilidad y objetividad, e incorporen conceptos que los integran y criterios para su distribución. Adicionalmente, sugiere se imponga a los operadores la obligación de: (a) rendir cuenta periódica sobre los valores que se incluyen en los gastos comunes y la utilización del fondo de promoción; (b) realizar al menos tres cotizaciones para contratar algún servicio, las que deberán estar disponibles para los locatarios, y (c) crear un comité conformado por locatarios y operadores con el objetivo de definir, controlar y revisar los gastos comunes y aquellos vinculados al fondo de promoción (Consulta, folio 11, p. 68).

138. En un sentido similar, Achiga indica que los operadores obtendrían utilidades a través del cobro que realizan a los locatarios por el consumo de energía eléctrica. En palabras de esta aportante, *“la energía es cobrada directamente por el centro comercial a los locatarios bajo una estructura similar a la de un comercializador de energía”*, toda vez que los operadores cobran una tarifa mayor que su costo de adquisición. Sostiene que los operadores acceden a tarifas desreguladas o de clientes libres, cuyos precios son negociados directamente con los generadores, accediendo a precios entre un 30-40% menores que los clientes regulados. Sin embargo, los operadores no traspasarían

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estos menores costos a sus locatarios, cobrando precios incluso superiores al de un cliente regulado. Esta situación se vería agravada debido a la falta de transparencia sobre el consumo del locatario, ya que no disponen de medidores que les permitan conocer su verdadero consumo (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 29-33).

139. Adicionalmente, Achiga plantea las siguientes irregularidades con respecto a los gastos comunes: (a) falta de transparencia respecto a los cobros asociados a las primas de los seguros contratados por el centro comercial (incendio, sismo, inundación, etc.), ya que los locatarios no reciben información sobre la póliza contratada, sus condiciones, cobertura, entre otras; los locatarios deben pagar lo que indique el centro comercial, pero desconocen el servicio por el cual le cobran (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 43 y 44); (b) los locatarios ubicados en los patios de comida de los *malls* sufrirían una discriminación injustificada respecto de otros locatarios, toda vez que se les cobran gastos comunes relacionados con todo el centro comercial y en adición, otros vinculados exclusivamente a los patios de comida (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 42), y (c) la inclusión de contribuciones de bienes raíces, que sería una práctica que escapa del tenor y sentido de la Ley N° 17.235 sobre impuesto territorial, ya que dicha normativa indica que “*debe ser el dueño del inmueble quien debe soportarlo*” (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 45).

140. Otro cobro injustificado identificado por los locatarios correspondería a las excesivas garantías establecidas al inicio de la relación comercial. Según Achiga, los operadores exigen en promedio cuatro o cinco meses de arriendo como garantía, llegando incluso a seis o siete meses. Esta práctica resultaría perjudicial para los locatarios ya que deben dejar inmovilizadas enormes cantidades de dinero, superando las 1.000 o 2.000 UF para locales de una superficie menor a 100 y 200 m² respectivamente. A juicio de Achiga, esta práctica carece de justificación por los siguientes motivos: (a) al terminar el contrato de arriendo el local suele ser demolido y el nuevo construido según los requisitos del nuevo locatario, absorbiendo este último los costos asociados; (b) los operadores contratan seguros por “lucro cesante”, cuyas primas son costeadas por los arrendatarios, que debieran cubrir el no pago por parte de éstos, y (c) al existir cláusulas de “incumplimiento cruzado” en las normas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

generales, en el caso de incumplimiento de un contrato de arriendo, el operador podría cobrar las garantías de todos los locales arrendados (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, pp. 52 y 53).

141. Por su parte, la FNE concluye que no existiría un mecanismo para determinar los cobros ajenos a las rentas de arrendamiento a los locatarios (gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y cuentas de servicios públicos), así como tampoco existe la obligación de los operadores para rendir cuentas sobre dichos cobros (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 60). A mayor abundamiento, a partir de la Encuesta FNE la Fiscalía infiere que un porcentaje menor de los locatarios considera que los operadores son transparentes al momento de efectuar el cálculo de estos gastos y rendir cuentas sobre su uso. Por lo anterior, sugiere que se deba transparentar y dar cuenta de forma periódica a los locatarios sobre el uso efectivo de estos cobros para los fines que ellos han establecido (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 61).

142. Los operadores señalan que los cobros de gastos comunes estarían claramente establecidos en las normas generales y que su objetivo es financiar diferentes gastos de operación y administración del centro comercial. Entre estos, se encuentran los gastos de seguridad, aseo, servicios básicos (agua, electricidad, gas), seguros, impuesto territorial, gastos de personal y arriendos (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 41; aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 22). Indican que, para su asignación entre los distintos locatarios, la principal variable sería la superficie de los locales, pero que diferiría su distribución en función del tipo de tiendas, señalando que las tiendas ancla obtienen una rebaja establecida en los respectivos contratos de arrendamiento, porque dichas tiendas cubren directamente sus servicios de climatización y seguridad y porque contribuyen a generar flujo que beneficia a todos los locatarios (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 19 y aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 22), y que los locatarios del rubro gastronómico asumirían un costo mayor por el concepto de “gestión de residuos” (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 41).

143. Cencosud Shopping indica que cada centro comercial de su propiedad elabora un presupuesto anual de gastos comunes, cobrando un anticipo a los locatarios. Después, el presupuesto se contrasta con los gastos efectivos, y una

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vez validado, de manera anual se liquidan los gastos comunes según los gastos efectivamente incurridos. Adicionalmente, para mejorar la transparencia hacia los locatarios, implementó una plataforma *web* donde se puede consultar el detalle de los cobros (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, pp. 28 y 29).

144. Los operadores indican que no obtienen utilidades por concepto de gastos comunes y que incluso algunos solventarían parte de estos costos, por lo que poseen incentivos a generar gastos eficientes (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 19; aporte de antecedentes Pasmarr, folio 128, p. 34; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 42; aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 36). En esta línea, Cencosud Shopping indica haber implementado un área de *procurement* cuya función es cotizar los servicios para el funcionamiento del centro comercial, lo que ha permitido contratar servicios a través de licitaciones competitivas y seleccionar proveedores eficientes (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 28).

145. En relación con el cobro por mantenimiento de estacionamientos, no todos los operadores imputarían este costo a los locatarios. Cencosud Shopping indica que los estacionamientos son áreas comunes y que contribuyen a atraer clientes al centro comercial, por eso los locatarios contribuyen a su mantención (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 29). Agrega que cuando los estacionamientos son concesionados, el concesionario contribuye al pago de los gastos comunes, reduciendo o eliminando el pago de los locatarios, por lo que no se registrarían cobros simultáneos a consumidores y tiendas (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 27 y aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 20).

146. Respecto al traspaso del impuesto territorial o contribuciones, solo Grupo Marina y Mall Plaza dan una justificación. Señalan que para determinar la renta de arrendamiento incorporan sus costos, entre los que se encuentran los impuestos territoriales o contribuciones. Por lo tanto, su desglose o incorporación en los gastos comunes permite transparencia, que de otra manera sería añadido a la renta de arrendamiento (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 23 y aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 38).

147. En relación con el cobro por concepto de energía eléctrica, solo Cencosud Shopping indica que no obtiene un margen adicional por contar con una tarifa

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en su calidad de cliente libre, traspasando ese ahorro a sus locatarios (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 27).

148. Con respecto al fondo de promoción y publicidad, los operadores indican que éste tendría como objetivo financiar estudios de mercado y publicidad en diversos medios de comunicación para atraer visitantes (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 37; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 41 y aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 30). En cuanto a la contribución mensual de los locatarios, indican que sería determinada en función de la superficie de los locales (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 37) o como un porcentaje de la renta de arrendamiento (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 30; aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 22). Adicionalmente, se contemplarían pagos extraordinarios, tales como una cuota de incorporación y un aporte de un 25% del VMM dos veces al año (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 30 y aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 23).

149. Cencosud Shopping agrega que el porcentaje de la renta de arrendamiento de tiendas ancla o aquellas “con un importante reconocimiento de marca” destinado al fondo de promoción y publicidad, sería nulo o menor. Este tipo de tiendas realizan sus propios esfuerzos de publicidad, generando una alta afluencia de público y con ello, una externalidad positiva en favor de las tiendas de menor tamaño (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 30).

150. Con respecto a la forma en que se utilizan estos cobros, Mall Plaza señala que sus normas generales permiten crear un comité en cada uno de sus centros comerciales, cuyo objetivo es ejercer una labor de control. Sin embargo, los locatarios no han solicitado su formación (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 37 y se tenga presente Mall Plaza, folio 353, p. 38).

151. Sobre la medida solicitada por la Consultante de la formación de un comité que defina, controle y revise los gastos comunes y el fondo de promoción y publicidad, los operadores se han opuesto, arguyendo una desnaturalización del centro comercial. Su visión es que la intervención de los locatarios en este tipo de decisiones sería equivalente a un centro comercial gestionado por una asociación de locatarios, que buscan maximizar sus propias utilidades en el corto plazo, sin que se internalicen las externalidades propias de las plataformas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 42; aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 48 y aporte de antecedentes Pasmarr, folio 128, p. 42).

152. Analizados los antecedentes, este Tribunal considera que el traspaso de un conjunto de costos a los comercios 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. Así, por ejemplo, si las contribuciones de bienes raíces fueran absorbidas por el *mall*, esa incidencia en sus costos sería traspasada al valor del arriendo. De la misma manera, si el *mall* proveyera “estacionamientos gratis” a los clientes, ello también estaría implícitamente considerado en los valores de los arriendos. Por ello, la incidencia final, esto es, en quien recaiga el costo, depende más que de la formalidad contractual, de las alternativas para cada parte de aplicarlo y evitarlo (véase, Harberger, A. *The Incidence of the Corporation Income Tax*. Journal of Political Economy, 1962, p. 70).

153. Sin perjuicio de lo anterior, para que los beneficios y costos los asuman las partes informadamente, es fundamental que en la determinación y asignación de los gastos descritos en esta sección haya transparencia, ya que, de otra manera, pueden transformarse en abusivos.

154. Si algunos de esos gastos no se determinan precisamente al firmar el contrato de arriendo, debe existir claridad en cómo serán determinados y la forma en que se distribuirán entre comercios, lo que conlleva el requisito de que existan instancias de reclamación ex post respecto de los montos totales y si la distribución específica no corresponde a lo señalado en el contrato.

155. En particular, este Tribunal no considera objetable que los gastos comunes se distribuyan según la superficie, localización o tipo de negocio, si los conceptos que incluyen el gasto común y su forma de distribución están establecidos al firmar el contrato y no se aplican variaciones de esos criterios bajo parámetros que no estén claramente definidos. Para asegurar el cumplimiento de estos criterios, los operadores deberán rendir cuenta periódicamente a los locatarios sobre los valores incluidos en los gastos comunes y establecer los criterios para utilizar los recursos recaudados a cuenta del fondo de promoción u otros fondos al firmar el contrato. Los eventuales cuestionamientos a la rendición de cuentas o a los criterios empleados, podrán

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resolverse a través del mecanismo de solución de controversias señalado en el párrafo 104, letra b.

156. En relación con la injerencia de los locatarios, este Tribunal considera imprescindible que existan instancias de información y reclamo, pero no considera anticompetitivo que se limite la injerencia en materias estratégicas y de definición de los fondos de promoción, toda vez que la administración centralizada es una característica de la operación de los centros comerciales que resuelve un conjunto de problemas y que se considera clave para el diseño de centros comerciales exitosos.

C.4. Duración de contratos y ausencia de cláusulas de salida

157. La Consultante indica que los contratos durarían cuatro o cinco años renovables y no contemplarían cláusulas que permitan a los locatarios ponerles término de manera anticipada, sin responsabilidad ulterior. Adicionalmente, las normas generales de la mayoría de los operadores contemplarían la facultad del centro comercial de poner término anticipado frente a cualquier incumplimiento, exigiendo el pago de todas las rentas asociadas al VMM comprometidas hasta el vencimiento del plazo original del contrato, lo que constituye, según la Consultante, un costo de salida imposible de asumir para gran parte de sus asociados (Consulta, folio 11, pp. 61 a 70). En igual línea, los aportantes Valverde (aporte de antecedentes Valverde, folio 113, p. 7), Liolá (aporte de antecedentes Liolá, folio 115, p. 4) y Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, pp. 33 y ss.) también cuestionan la ausencia de cláusulas de salida en los contratos con los operadores de centros comerciales.

158. Por su parte, la FNE señala que los contratos difieren en sus plazos de vigencia. En general, estos durarían de cuatro a seis años, excepto los con las tiendas ancla, cuya vigencia sería superior a 20 años. Según se desprende de la Encuesta FNE realizada a locatarios y se muestra en la siguiente Tabla N° 5, cerca del 40% de los encuestados habría manifestado que no sería posible negociar el plazo de arrendamiento con los diversos operadores.

TABLA N° 5

Posibilidad de negociar los plazos de los contratos de arrendamiento

Operador	No es posible negociar plazo	Es posible negociar plazo	No sabe
Cencosud	44,6%	52,7%	2,7%
Plaza	42,1%	53,3%	4,7%
Parque Arauco	37,8%	57,8%	4,4%
Marina	40%	55,2%	4,8%
VivoCorp	28,7%	66,9%	4,4%
Pasmar	41,4%	52,9%	5,8%

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, folio 11, p. 43

159. Si bien los operadores reconocen los plazos de duración identificados por la FNE (aporte antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 12 y aporte antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 24), algunos han indicado que la vigencia de los contratos es negociada de manera bilateral (aporte de antecedentes Pasmar, folio 128, p. 28) e incluso serían los locatarios quienes requerirían una mayor extensión de ellos (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 15). Agregan que los plazos serían consistentes con los observados en otros países, como Estados Unidos (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 31).

160. En relación con la ausencia de cláusulas de salida en favor de los locatarios en conjunto con la extensión de los contratos, los operadores lo han justificado en que: (a) asegurar la viabilidad del centro comercial y lograr la rentabilidad esperada requiere de relaciones de largo plazo con cada uno de los locatarios (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p.12); (b) la esencia del negocio requiere ofrecer una combinación de tiendas atractiva y estable, por lo que la ausencia de cláusulas de salida permitiría que los locatarios internalicen el impacto negativo que su ausencia generará sobre otros locatarios y consumidores (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 16 y aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 54) y (c) plazos extensos benefician a los locatarios, pues les permiten tener certeza de que sus inversiones serán recuperadas en el plazo contractual, lo que a su vez, desincentiva un comportamiento oportunista por parte del operador, perjudicial para los locatarios (aporte de antecedentes Plaza, folio 109, p. 44; aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 54, y aporte de antecedentes

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cencosud Shopping, folio 147, p. 30). Parte de estos argumentos son replicados en el Informe Compass (p. 63).

161. En relación con la práctica, la FNE observa ciertos matices de las condiciones en que un contrato puede finalizar de manera anticipada. A partir de la Encuesta, concluye que: (a) sobre un 60% de los locatarios no tendría posibilidad de negociar causales de terminación y (b) más de un 50% de los locatarios que habría solicitado finalizar el arriendo, no habría podido hacerlo sin responsabilidad ulterior, ya sea vinculada al pago de rentas de arrendamiento por el plazo restante, multas u otro (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 44).

162. Por su parte, Cencosud Shopping indica que ha negociado la salida con locatarios que han solicitado un término anticipado y que ha disminuido la indemnización que deben pagar en ese caso (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 31). Vivo indica que mantendría contratos que contienen cláusulas de salida en beneficio del arrendatario una vez cumplidos ciertos plazos y Parque Arauco señala que registra contratos que establecen cláusulas que permiten negociación bilateral con determinados locatarios. Señala que para aquellos contratos que no disponen de esta cláusula, el operador negocia de “buena fe” su salida (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, pp. 53-54). En cuanto al Grupo Marina, registra casos donde se estipularían condiciones que permitirían la salida anticipada para las partes (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 24).

163. Respecto a la imposición del pago de las rentas remanentes en caso de término anticipado, los operadores Vivo y Grupo Marina indican que esta sería una práctica habitual en el mercado inmobiliario en general (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p.16 y aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 25).

164. En opinión de la FNE, la falta de cláusulas de salida deja a los locatarios en una situación de desventaja, ya que se ven obligados a continuar con el arriendo cuando no les es conveniente. Si bien considera que las razones expuestas por los operadores son atendibles, su justificación se acotaría a un plazo razonable. Así, sugiere que los contratos consideren un plazo de aviso suficiente para que los operadores cambien al locatario sin que se produzca un plazo de vacancia del local comercial (aporte de antecedentes FNE folio 141, p.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45). Esta sugerencia es compartida por la Consultante (Consulta folio 11, p. 70). Sin embargo, Mall Plaza arguye que acoger la solicitud de terminación unilateral del contrato sin expresión de causa ni responsabilidad para el locatario generaría fuertes grados de incertidumbre que se reflejarían en un aumento del canon de arrendamiento (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 49).

165. 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.

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

167. Por lo anterior, este Tribunal exigirá que, en caso de contratos aplicables a tiendas que no caigan en las categorías de ancla, es decir, no sean tiendas de gran tamaño, como hipermercados, tiendas por departamento, cines, clínicas u otras, y que excedan un año de duración, el término anticipado del contrato deba avisarse con al menos tres meses de anticipación, en cuyo caso, pueda dar lugar a una indemnización de hasta dos meses por año que reste de cumplir. Así, por ejemplo, si un contrato tiene una duración de cinco años (60 meses) y el locatario pretende ponerle término el mes 24 y da aviso al cumplirse el mes 21, esta terminación se hará efectiva no antes del mes 24, y dará lugar a una compensación al operador equivalente como máximo a seis meses de renta.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.5. Término anticipado a dos o más contratos de arrendamiento

168. AGR señala que existen ciertas cláusulas con las que un operador puede poner término a todos los contratos de arrendamiento vigentes si el locatario incurre en una causal de término en cualquiera de los contratos que mantiene con el operador (Consulta, folio 11, p. 57). Achiga, a folio 106, se refiere a esta práctica como “incumplimiento cruzado” (aporte de antecedentes Achiga, folio 106, p. 53).

169. En su opinión, esta norma extiende la relación comercial entre operador y locatario desde un centro comercial en particular al conglomerado en su conjunto, lo que conllevaría un riesgo para la competencia, por cuanto el operador podría extender su poder de mercado hacia otros mercados geográficos más competitivos y porque disminuiría el poder de contrapeso o negociación de los locatarios frente a los operadores (Consulta, folio 11, p. 58).

170. La FNE indica que, si bien esta facultad del operador se encuentra expresamente señalada en las normas generales de Mall Plaza, Parque Arauco y Vivo, sólo un porcentaje menor de los locatarios encuestados conocerían la existencia de dicha prerrogativa que beneficia a los operadores (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 47). Aun así, al igual que la Consultante, considera que a través de este tipo de medidas el operador podría apalancar el poder de mercado que detenta en un mercado particular a otros.

171. Cencosud Shopping, Pasmар y Grupo Marina indican que sus contratos no tienen cláusulas que faculten al operador para poner término anticipado a todos los contratos vigentes de un locatario en caso de incumplimiento (aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 33; aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 25 y aporte de antecedentes Pasmар, folio 128, p. 37). Mall Plaza y Parque Arauco justifican esta norma en los siguientes motivos: (a) las relaciones comerciales son consideradas en su integridad, lo que determina que un incumplimiento contractual pueda ser motivo para no continuar con el vínculo; (b) reduce los riesgos propios del desarrollo del negocio, ya que permite disminuir los tiempos y costos de la recuperación de locales comerciales de locatarios que han caído en incumplimiento; (c) genera un mayor incentivo a que los locatarios cumplan con sus obligaciones en todos los centros comerciales; y (d) al ser un contrato de tracto sucesivo, la identidad

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y condición de cumplimiento de la contraparte es relevante (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 42; aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 21 y aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 49).

172. Aunque la FNE reconoce que estas cláusulas podrían ser efectivas para disminuir los riesgos de incumplimiento de los locatarios, plantea medidas alternativas y no lesivas para la libre competencia como las garantías o una evaluación anticipada de perjuicios, sugiriendo así su prohibición.

173. Este Tribunal reconoce que abordar el incumplimiento contractual como si se tratase de un solo negocio entre operador y locatario, soslayando la existencia de contratos individuales por *mall*, puede ser útil como garantía e incluso puede facilitar la entrada de un comercio a varios *malls*. Sin embargo, también considera que existe el riesgo de que pudiera permitir abusar de ciertos comercios. Sin perjuicio que tal riesgo parece acotado, particularmente en virtud de la prohibición de empaquetamiento y de límites a la duración de los contratos que se establece *infra*, como lo señala la Fiscalía, existen medios menos gravosos que pueden utilizarse como garantía para aminorar los riesgos de los contratos para el operador. Por ello, este Tribunal prohibirá las cláusulas de incumplimiento cruzado.

C.6. Imposición del arriendo de locales como paquete

174. La Consultante plantea que, aunque no esté señalado explícitamente en contratos entre operadores y locatarios, es posible que los operadores condicionen el arriendo de un local comercial en un determinado *mall* a la obligación de renovación o arriendo en otro centro comercial de su misma propiedad (Consulta, folio 11, p. 58). Mientras, los operadores han desconocido expresamente la aplicación de la negociación conjunta de locales (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 25; aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 42 y aporte de antecedentes Pasmarr, folio 128, p. 37).

175. Por su parte, la FNE señala que no habría referencia a este tipo de condiciones ni en las normas generales ni en los contratos revisados. Sin embargo, la Encuesta realizada por la FNE muestra que algunos comercios han señalado que parte de los operadores sí condiciona el arriendo o renovación del contrato al arriendo de un segundo local. Algunos encuestados señalan que,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ante el desinterés de renovación de un contrato de arriendo por parte de los locatarios, los operadores habrían indicado que tampoco renovarían los contratos vinculados a otros centros comerciales (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 49).

176. La FNE argumenta que, al igual que la cláusula analizada en el acápite anterior, la negociación conjunta permitiría a los operadores extender o apalancar su poder de mercado hacia centros comerciales menos atractivos y que, por ende, debería prohibirse. Sostiene que este tipo de negociación podría constituir una barrera estratégica de entrada, debilitando la presión competitiva en el mercado, ya que un operador incumbente podría desarrollar centros comerciales en zonas poco deseadas por los locatarios sin el riesgo de vacancia de los locales, alternativa que no sería posible para un entrante (aporte de antecedentes FNE, folio 141, p. 50).

177. A juicio de este Tribunal, aunque esta cláusula pudiera ser ventajosa para generar cierta homogeneidad entre centros comerciales controlados por un grupo, el arriendo en paquetes y en forma asociada al término simultáneo de los contratos entre distintas tiendas de un mismo comercio tiene el riesgo de impedir o al menos obstaculizar el ingreso de *malls* competidores. Dicho riesgo es sustancialmente mayor a las eventuales ventajas asociadas a la exigencia en comento, por lo que se prohibirá la obligación del arriendo y término de contratos simultáneos en distintos *malls* respecto de un mismo comercio.

C.7. Intervención a precios finales al consumidor

178. La Consultante indica que las normas generales de algunos operadores establecerían ciertas restricciones a los precios de venta al público que pueden fijar los locatarios, las cuales tendrían efectos potencialmente anticompetitivos. Estas consistirían en la prohibición de fijar precios más altos que aquellos establecidos en otros canales de distribución, ya sea en explotaciones propias o de terceros y de forma independiente a la zona geográfica. Según la Consultante, mediante estas restricciones el operador o locatario integrado podría mantener la posición dominante que posee en diferentes mercados relevantes, afectando la libertad del locatario para fijar sus precios a público y con ello, la competencia con otros centros comerciales (Consulta, folio 11, p. 55). En igual línea, Valverde (aporte de antecedentes Valverde, folio 113, p. 6)

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, pp. 29 y ss.) cuestionan esas restricciones.

179. Según la FNE, Cencosud Shopping, Parque Arauco y Grupo Marina incorporan en sus normas generales restricciones a los precios de venta a consumidor final que fijan los locatarios, que les impiden cobrar más que en otros locales fuera del centro comercial (aporte de antecedentes FNE, folio 141, pp. 58 y 59). Por su parte, las normas generales de Plaza y Vivo no contendrían cláusulas destinadas a regular el precio a público (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 18 y aporte de antecedentes Plaza, folio 109, p. 28).

180. Los argumentos esgrimidos por los operadores que imponen este tipo de cláusulas son que ellas: (a) evitarían que los consumidores perciban al centro comercial como un lugar más caro que su entorno, afectando con ello el atractivo de la plataforma, lo que sería particularmente relevante en el caso de los centros comerciales tipo *outlets* y; (b) corresponderían a cláusulas heredadas de una administración anterior y no necesariamente establecidas por los operadores objeto de la Consulta, como es el caso del Mall Arauco Coronel, que se encuentra actualmente bajo la administración de Parque Arauco (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 28 y aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, pp. 46-47).

181. Según la FNE, este tipo de cláusulas podría debilitar o reducir la competencia en los mercados en que participan locatarios y operadores, por cuanto restringen las posibilidades de los locatarios de mejorar las condiciones de venta en otros centros comerciales o canales de venta. Adicionalmente, señala que podrían facilitar conductas coordinadas, ya sea entre distintos locatarios o distintos operadores, lo que la lleva a concluir que los locatarios deberían tener la libertad de fijar los precios según sus distintos canales de distribución y recomendar la eliminación de las restricciones de precio a venta de público de las normas generales.

182. Sin perjuicio de lo anterior, se desprende de los antecedentes recabados por la FNE a través de la Encuesta, que el uso de esta cláusula no sería efectivo. Sólo un 4,2% de los encuestados habría señalado que los operadores pueden incidir en el precio de venta al público de sus productos o servicios.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

183. Así, hay dos tipos de situaciones en que se restringirían los cobros que los comercios podrían realizar a los consumidores. Una se impondría a las tiendas *outlets* establecidas en el *mall*, en que se establece que debieran aplicar a lo menos un descuento de 20% en relación con el precio aplicado en otras tiendas. La segunda, asociada al Mall Arauco Coronel, se explicaría por las relaciones jurídicas anteriores vigentes solo para ciertos locatarios, y que establecieron un techo a los precios. Parque Arauco aclara que los nuevos locatarios y los locatarios antiguos que renuevan sus contratos pueden optar por regirse por las normas generales vigentes, que no contienen esta cláusula.

184. En relación con la primera situación, la pertinente de analizar, a este Tribunal no le parece objetable, porque genera una información más veraz. La autodenominación de *outlet*, al menos como se reconoce en Chile, dice relación con que los bienes ahí vendidos tienen un descuento apreciable sobre los bienes vendidos en otras tiendas (e.g., *Emol*. Disponible en: www.emol.com/noticias/Economia/2017/12/24/888519/Outlets-en-Chile-el-modelo-de-negocio-que-sigue-consolidandose.html. Fecha de consulta: 7 de febrero de 2024). Si la tienda *outlet* comercializa bienes sin descuento, será engañoso para los consumidores. Como el costo de la decepción a los clientes solo en parte lo asume la tienda autodenominada *outlet*, quedando el resto asumido por las tiendas del *mall* y los consumidores, es en beneficio del *mall*, de los comercios ahí establecidos y de los consumidores evitar que se procure impedir el uso del mall para un virtual engaño.

C.8. Obligación de realizar remodelaciones de forma periódica

185. La Consultante señala que los operadores imponen a los locatarios la obligación de remodelar el local comercial cuando aquellos lo estimen conveniente, para lo que se requiere presentar un proyecto arquitectónico que debe ser autorizado previamente por el operador. Indica que los locatarios deben asumir todos los gastos vinculados, sin que exista una noción de la magnitud de los costos, las exigencias del operador o los criterios bajo los cuales éste aprobará el proyecto de remodelación (Consulta, folio 11, p. 59). En su opinión, estas exigencias no responderían necesariamente a criterios de eficiencia o bienestar, caracterizándose por una absoluta falta de transparencia sobre los criterios que definen los proyectos respectivos (Consulta, folio 11, p.59). En igual línea, Valverde (aporte de antecedentes Valverde, folio 113, p.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6), Liolá (aporte de antecedentes Liolá, folio 115, p. 4), Giovo (aporte de antecedentes Giovo, folio 130, p. 11), Matriz Ideas (aporte de antecedentes Matriz Ideas, folio 177, p. 17) y Calzados Gino (aporte de antecedentes Calzados Gino, folio 192, pp. 7 y 11) también cuestionan los gastos asociados a remodelaciones impuestas unilateralmente por los operadores.

186. Los operadores justifican este tipo de cláusulas en la protección de la imagen del centro comercial y sus tiendas, evitando que el desgaste del paso del tiempo afecte su atractivo, generando una buena atmósfera para sus clientes y con ello, aumentando el tráfico de consumidores en la plataforma (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 18; aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 43; aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 32, y aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 51). Así, argumentan que la intervención del centro comercial soluciona un problema de externalidades, pues la buena imagen de una determinada tienda beneficia a todos los locatarios y consumidores. Infieren que la ausencia de este tipo de exigencias generaría un nivel subóptimo de inversiones (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 51, e Informe Compass, p. 61).

187. En cuanto a la oportunidad y frecuencia con que las remodelaciones deben ser realizadas, hay ciertas diferencias. Grupo Marina indica que se discuten en periodos de renegociación de contratos, para igualar a aquellas remodelaciones realizadas en otros locales que el locatario tenga arrendado y que pertenezcan al operador (aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 29). Por su parte, Parque Arauco señala que sus normas generales establecen la facultad del operador de exigir cada cuatro años “una completa remodelación y renovación” del local arrendado (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 50).

188. Este Tribunal considera que los operadores pueden establecer condiciones generales y objetivas mínimas de modernidad, mantención y diseño. La objetividad de estas debe reflejarse en su realización en períodos conocidos con antelación, y en lineamientos de proyectos y modos de aprobación también conocidos al momento de suscribir en contrato de arrendamiento pertinente, lo que se facilitará con las medidas conductuales establecidas en la parte resolutive.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.8. Restricciones y diferencias en el horario de atención al público

189. AGR indica que a los locatarios menores se les impone un horario de funcionamiento distinto al de las grandes tiendas y que deben mantener sus locales abiertos durante una hora más, en un horario en que, debido al bajo flujo de consumidores, los costos de operar la tienda superan a los ingresos. En su opinión, estas exigencias no tendrían otro objetivo que beneficiar a las grandes tiendas, muchas integradas con el centro comercial (Consulta, folio 11, p. 60). Similar preocupación manifiesta Biarritz (aporte de antecedentes Biarritz, folio 107, pp. 6-7), Valverde (aporte de antecedentes Valverde, folio 113, p. 7), Liolá (aporte de antecedentes Liolá, folio 115, p. 5) y Calzados Gino (aporte de antecedentes Calzados Gino, folio 192, p. 12).

190. Los operadores arguyen que las asimetrías en los horarios de funcionamiento de tiendas se justificarían en virtud de: (a) los hábitos de consumo, por lo que cada rubro de comercio tiene necesidades de horario distintas, lo que explica que se establezcan horarios diferenciados para cines, restaurantes y supermercados (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 18, aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, pp. 29-30, y aporte de antecedentes Cencosud Shopping, folio 147, p. 32); (b) el poder de negociación que tendrían las tiendas ancla producto del flujo de consumidores que atraen cuando el centro comercial se encuentra en operación (aporte de antecedentes Mall Plaza, folio 109, p. 43); y (c) el mayor tiempo que toma la preparación de apertura y cierre de las grandes tiendas (aporte de antecedentes Vivo, folio 122, p. 18, y aporte de antecedentes Grupo Marina, folio 133, p. 29). Asimismo, según indica Parque Arauco, el horario de funcionamiento afecta la valorización de los consumidores por la plataforma, lo que justifica que sea coordinado o establecido por el centro comercial (aporte de antecedentes Parque Arauco, folio 137, p. 52).

191. Este Tribunal considera que la diferenciación de horario de funcionamiento de las tiendas ancla aparece justificada por el distinto tiempo para estar en condiciones operativas para servir a los consumidores. Asimismo, tipos de tienda como cines y restaurantes tienen distintos horarios en función de la demanda. Por ello, no aparecen contrarias a la libre competencia disposiciones de horario de funcionamiento que tiendan, por una parte, a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

homogenizar el horario de funcionamiento del *mall*, con otras que, bajo principios y justificaciones objetivas, permitan una diferenciación por tipos de tienda. Por el contrario, sí serían contrarias a la libre competencia eventuales disposiciones relativas al funcionamiento del *mall* que diferencien horarios sin relación con tipologías objetivas y que no conlleven una explicación razonable, como sería la mera relación de propiedad con el controlador del *mall*.

D. CONCLUSIONES

192. Este Tribunal analizó las cláusulas materia de la Consulta bajo la perspectiva que existe al menos potencialmente, para cada centro comercial tipo *mall*, un grupo de comercios que podrían quedar expuestos a condiciones abusivas. Asimismo, abordó el principal riesgo identificado por la Fiscalía Nacional Económica relativo al entrecruzamiento de propiedad y concluyó que pese a que éste no permanece y a que no existen antecedentes de que operadores integrados entreguen condiciones relativamente desfavorables para los comercios no vinculados, el potencial riesgo futuro requiere tomar ciertos resguardos conductuales sobre relaciones patrimoniales y en particular, sobre aquellas de carácter vertical entre operadores de centros comerciales y tiendas que pudieran competir con comercios independientes.

193. Así, de conformidad con los antecedentes que obran en autos, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 y los riesgos potenciales, este Tribunal requerirá que los centros comerciales tipo *mall* de amplio alcance, definidos como aquellos que superan los 20.000 m², adopten programas de cumplimiento cuando observen relaciones de propiedad con otros centros comerciales y con tiendas ancla, según se indica en la parte resolutive.

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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden ser aplicadas en forma discriminatoria y el centro comercial debe entregar información y generar instancias de reclamo.

195. Respecto de las demás cláusulas y prácticas cuestionadas, para prevenir los riesgos para la competencia identificados en las secciones respectivas, se ordenará a los operadores tomar las medidas y resguardos que se indican a continuación.

III. **PARTE RESOLUTIVA**

TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

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

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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- D. Sin perjuicio de las reglas y procedimientos que se adopten para dar cumplimiento a lo anterior, deberán implementar las siguientes acciones:
- (i) Establecer un nexo entre la anterior prohibición (literal C.) con las obligaciones de trabajadores y personal que labore para o asesore al operador, sea mediante los respectivos instrumentos que se implementen, sea a través de los contratos, acuerdos o reglamentos internos que lo vinculen.
 - (ii) Aplicar las reglas o procedimientos que se adopten a todos los estamentos, incluyendo directores, gerentes, ejecutivos, encargados de área, personas que ocupen cargos con responsabilidad de supervisión, asesores y personas que actúen a nombre del operador, sea que se vinculen por un contrato de trabajo, a honorarios o mediando otro tipo de relación.
 - (iii) Establecer medidas específicas para prevenir incurrir en la prohibición de *interlocking* del artículo 3° letra d) del Decreto Ley N° 211 y dar cumplimiento oportuno a la obligación de reporte del artículo 4° *bis* del mismo decreto ley en el caso de participaciones minoritarias que ocurran por cambio de propiedad.
 - (iv) Establecer mecanismos de consulta con la gerencia legal, abogados internos o externos para precaver riesgos de intercambio de información comercialmente sensible, como también de denuncia interna, para dar cuenta y proceder a la investigación de algún incumplimiento.
- E. En caso de incluir ventas *online* para estimar la renta de arrendamiento, éstas deberán comprender sólo aquellas que tengan conexión con la tienda física;
- F. En relación con otros cobros aplicables a los locatarios, como gastos comunes, fondos de promoción y publicidad, contribuciones de bienes raíces y servicios públicos, ellos deben estar claramente definidos y distribuidos entre comercios según variables conocidas y sujetos a rendición periódica a los locatarios;
- G. Para los casos descritos en los literales A., B., E. y F., deberán definir un mecanismo de solución de controversias que garantice la rapidez y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ecuanimidad de las soluciones, y generar instancias de información y reclamación, sin que ellas signifiquen la injerencia de los locatarios en las decisiones estratégicas del centro comercial;

- H. Permitir el término anticipado de los contratos de arriendo por parte de aquellas tiendas que no pertenezcan a la categoría de tienda ancla, para lo cual el locatario deberá dar aviso con un mínimo de tres meses de anticipación. La indemnización asociada será, como máximo, equivalente a la renta de arrendamiento de dos meses, por cada año que reste de vigencia del contrato;
- I. No podrán imponer cláusulas que 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;
- J. No podrán condicionar el arriendo de un local comercial en un determinado *mall* a la obligación de renovación o arriendo en otro centro comercial; y,
- K. Mantener, modificar o elaborar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que comprenda las condiciones y exigencias antes establecidas, y que satisfaga en lo pertinente los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) de la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina.

Pronunciada por el Ministro Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, el Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina y el Ministro Sr. Jaime Barahona Urzúa y la Sra. Daniela Gorab Sabat.

Atendido lo dispuesto en el artículo 169 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, no firman, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo, el Ministro Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, por estar haciendo uso de su feriado legal y la Sra. Daniela Gorab Sabat, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales, por encontrarse fuera del territorio jurisdiccional del Tribunal.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a la consultante y a los aportantes de antecedentes que hayan designado correo electrónico para efectos de notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 478-20

Firmada por el Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina y el Ministro Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autoriza la Secretaria Abogada Valeria Ortega Romo.



5E9D101F-830A-4A78-BFE3-0484A7DCE296

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.