

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

RESOLUCION N° **681** /

Santiago, doce de marzo de dos mil tres.

VISTOS

1.- Con fecha 5 de diciembre de 2002 se presentó por parte del Fiscal Nacional Económico un requerimiento en contra de la sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A., atribuyéndole conductas contrarias al Decreto ley N° 211, consistentes en la asignación de zona de mercado, diversos abusos de posición dominante, establecimiento de barreras artificiales de entrada, entorpecimientos a la libertad de trabajo y otros arbitrios, todos ellos llevados a cabo para entorpecer, dificultar e impedir la puesta en marcha del centro comercial denominado Florida Center, que Cencosud S.A., a través de su filial Inmobiliaria Las Verbenas S.A., está terminando de construir y desarrollar en Santiago. Solicita que se dejen sin efecto todas las cláusulas pactadas por la requerida con sus arrendatarios mediante las cuales les impide establecerse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado o se fijen restricciones de cualquiera otra naturaleza.

2.- A fs. 40 se confiere traslado a la requerida por el término legal.

3.- A fs. 139 Administradora Plaza Vespucio S.A. contesta el requerimiento señalando que la cláusula introducida, por ser de la naturaleza del contrato ha estado incorporada a ellos desde siempre y que necesariamente alcanza a un Centro Comercial ubicado sólo a 900 mts de Plaza Vespucio. Solicita que se declare que ella no ha infringido las normas sobre libre competencia por el hecho de que los arrendatarios de locales comerciales se encuentran sujetos, en virtud del cumplimiento de buena fe de los contratos de arrendamiento celebrados, a la obligación de incrementar sus ventas para cumplir con sus deberes de colaboración empresarial que son propios de su integración al establecimiento y a la prohibición de efectuarle competencia desleal, desviando clientela hacia establecimientos que se ubiquen dentro del radio de atracción relevante.

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

Solicita que se declare, además, que la delimitación de ámbito, tiempo y territorio que se contienen en las cláusula radiales expresas son razonables desde el punto de vista de la libre competencia y no infringen las normas del Decreto Ley N° 211 y por lo tanto, pide no hacer lugar al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, con costas.

4.- Estimando esta Comisión que no existían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que probar, ordenó traer los autos en relación. No obstante lo anterior, se acompañaron diversos antecedentes al proceso, como consta de los cuadernos de documentos que se formaron.

5.- Con fecha 29 de enero de 2003 tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1 presentó un requerimiento en contra de la sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A., empresa que presentaría un comportamiento anticompetitivo que tendería a restringir, entorpecer e incluso eliminar la competencia en el mercado de los centros comerciales de las comunas de La Florida y circundantes.

Señala el requerimiento que la sociedad Cencosud S.A. ha denunciado ante la Fiscalía Nacional Económica a la requerida, atribuyéndole conductas contrarias al Decreto Ley N° 211, consistentes en la asignación de zona de mercado, diversos abusos de posición dominante, establecimiento de barreras artificiales de entrada, entorpecimientos a la libertad de trabajo y otros arbitrios, todas ellas llevadas a cabo para entorpecer, dificultar e impedir la puesta en marcha del centro comercial denominado Florida Center, que Cencosud S.A., a través de su filial Inmobiliaria Las Verbenas S.A., está terminando de construir y desarrollar en Santiago.

Añade que para la implementación del nuevo centro comercial y atendiendo a la necesidad de estructurar un conjunto de tiendas y marcas, de manera que el Florida

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

Center ofrezca una amplia variedad de productos y servicios, Inmobiliaria Las Verbenas S.A. sostuvo negociaciones con interesados en arrendar locales para establecerse en ese centro comercial, y aquellos que son arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio han manifestado su inquietud por presiones comerciales que habría ejercido Administradora Plaza Vespucio y que consistieron además en las siguientes conductas:

a) Asignación de zonas de mercado: los contratos de arrendamiento con locatarios del centro comercial Plaza Vespucio celebrados con anterioridad al Proyecto Florida Center, no contenían cláusula alguna que impidiera a los arrendatarios instalarse en cualquier otro lugar de Santiago. Sin embargo, a través de modificaciones ha introducido nuevas cláusulas que prohíben a dichos locatarios participar directa o indirectamente, en propiedad, arriendo, gestión o toma de interés, en uno o más establecimientos o locales comerciales o módulos de venta o tiendas de otro centro comercial que esté situado dentro de un radio de 5 Kms. alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio, destinados al mismo giro y con las mismas marcas comerciales y/o nombres de fantasía del que explotan en Plaza Vespucio.

Las sanciones por el incumplimiento de lo dispuesto en dichas cláusulas, consisten en la facultad de la arrendadora de dar terminación anticipada al contrato y/o demandar el pago de una multa compensatoria por un monto equivalente a UF 1000; o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria por los valores equivalentes a UF 100 por cada día que dure la infracción, sin que para la aplicación de estas sanciones requiera acreditar perjuicios.

Que estas cláusulas asignarían una zona de mercado exclusiva a Plaza Vespucio, mediante la cual monopoliza la actividad mercantil que sus arrendatarios ejercen en locales de dicho centro comercial, mediante la fijación arbitraria de un área territorial exclusiva y asegurando la exclusividad de la oferta en ese mercado relevante, lo que afianza la posición de dominio y evita la competencia.

b) Abuso de posición de dominio: Plaza Vespucio tendría el carácter de actor dominante en el mercado de los centros comerciales de las comunas de La Florida y circundantes,

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

tanto por ser el único establecimiento en su género que allí opera, como por el hecho de que el centro comercial más cercano pertenece también al mismo grupo propietario y así al establecer dichas cláusulas abusaría de su posición de dominio con negativas consecuencias económicas y efectos distorsionadores en los precios de arrendamiento de locales y de bienes y servicios ofrecidos al público.

c) Establecimiento de barreras artificiales de entrada: Por medio de estas cláusulas, crearía, implementaría y establecería barreras artificiales de entrada al mercado, para limitar el número de competidores que puedan ingresar a él.

d) Otros arbitrios: Realización, en diarios y otros medios, de una campaña comunicacional pública de desprestigio del Proyecto Florida Center y el amedrentamiento a los actuales locatarios.

e) Entorpecimiento al legítimo acceso a un trabajo o actividad económica, infringiendo los artículos 1º y 2º, letras c), e) y f) del Decreto Ley N° 211.

Que estarían demostrados los diferentes arbitrios anticompetitivos a que ha recurrido la requerida para establecer la cláusula radial con la cual impide a sus locatarios instalar tiendas en otro centro comercial cercano al crear barreras artificiales de entrada para eventuales competidores y barreras de salida que dejan cautivos a sus arrendatarios.

Solicita tener por interpuesto al requerimiento, acogerlo en todas sus partes declarando que se deja sin efecto todas las cláusulas pactadas por la requerida con sus arrendatarios mediante las cuales le impide establecerse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado o les fije restricciones de cualquiera naturaleza, sin perjuicio de las demás sanciones que esta H. Comisión estime procedente.

SEGUNDO: Que a fojas 139 Administradora Plaza Vespucio S.A. contesta el requerimiento e indica que es un error sostener que la finalidad de su actuar fue la de impedir ilegalmente la entrada de Florida Center, como lo hace el informe de Baker & McKenzie, la denunciante y la Fiscalía.

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

Lo anterior porque la cláusula, por ser de la naturaleza del contrato ha estado incorporada a ellos desde siempre; expresa que ella necesariamente alcanza a un Centro Comercial ubicado sólo a 900 mts.; que porque con ocasión del Proyecto Florida Center, se planteó la cuestión de cuáles eran los exactos límites de la obligación de no autocompetir que pesaba sobre los arrendatarios, especialmente en lo relativo a la cuantía de las sanciones por su infracción; que ha limitado para varios casos la extensión de la cláusula implícita, estableciendo que no se extendía al desarrollo del mismo giro cuando se efectúa bajo una marca diferente y en otros casos, precisando que no constituía infracción a la misma el comercio de productos diferentes pero bajo la misma forma de marca utilizada en Plaza Vespucio; que se ha establecido de común acuerdo el radio de atracción natural del Centro Comercial en 5 Kms., salvo casos excepcionales.

Señala que la obligación de no autocompetir solo se refería a hacerlo en otro centro comercial, estipulándose en la casi totalidad de las cláusulas radiales expresas convenidas que la autocompetencia que se prohibía era la que se ejercía instalándose en cualquier tipo de establecimiento dentro de una área definida. Indica que se buscó una forma de enfrentar que se burlara la prohibición a través de terceros relacionados, para lo cual el arrendatario se hizo responsable del hecho de ellos como de los suyos propios.

Que además no hubo imposición sino libre negociación de la cláusula radial, y que a la fecha sólo existen 43 comerciantes, de un total de 200, que han convenido la cláusula radial expresa. De esos 43 comerciantes, 28 la han aceptado al celebrar el contrato y sólo 15 modificando los contratos previamente celebrados.

Solicita que se declare que Administradora Plaza Vespucio S.A. no ha infringido las normas sobre libre competencia por el hecho de que los arrendatarios de locales comerciales se encuentren sujetos, en virtud del cumplimiento de buena fe de los contratos de arrendamiento celebrados, a la obligación de incrementar sus ventas para cumplir con sus deberes de colaboración empresarial, que son propias de su integración al establecimiento y sujetos también a la prohibición de efectuarle competencia desleal,

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

desviando clientela hacia establecimientos que se ubiquen dentro del radio de atracción relevante.

Solicita que se declare, además, que la delimitación de ámbito, tiempo y territorio que se contienen en las cláusulas radiales expresas son razonables desde el punto de vista de la libre competencia y que no infringen las normas del Decreto Ley N° 211 y, por lo tanto, no hacer lugar al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, con costas;

TERCERO: Que de los antecedentes reunidos en la investigación de la Fiscalía Nacional Económica y en la presente causa, apreciados conforme lo autoriza la ley, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

a) Los centros comerciales constituyen instalaciones comunitarias cuyas particularidades incluyen una comunidad de estacionamientos, de áreas de carga y descarga, administración centralizada de publicidad y promociones y participación del gestor inmobiliario en los resultados de las operaciones de los locatarios, características que otorgan ventaja a los consumidores, lo que a la vez constituye una oportunidad para los comerciantes. Los centros comerciales reúnen tiendas que ofrecen distintas líneas de productos, lo que permite realizar un mismo viaje de compras con múltiples objetivos, lo que reduce el costo unitario de viaje para cada compra para el consumidor. Por otra parte junta tiendas que ofrecen las mismas líneas de productos, lo que reduce los costos de comparación y, por último, entrega condiciones de entorno atractivas para realizar compras: mayor seguridad dentro de un espacio, calidad de ambientes y circulaciones, climatización, probabilidad de estacionamiento, actividades de esparcimiento y otras que pueden constituir una actividad recreativa que se justifica por sí misma. Desde el punto de vista de los comerciantes, la disposición de los consumidores a realizar viajes de compras más largos a un centro comercial significa tener acceso a una demanda mayor que la que pueden desarrollar como tiendas individuales. A su vez el gestor de un centro comercial, tiene como objetivo maximizar el aumento de las ventas potenciales para el conjunto de locatarios del centro, que son los que generan la rentabilidad del negocio a través del pago de las rentas de arriendo, así el conjunto de tiendas, las condiciones del entorno y las acciones comunes del centro

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

comercial, potencian la marca del centro y las marcas de cada una de las tiendas que lo conforman (fojas 43).

b) Los centros comerciales al mejorar las condiciones de competencia entre tiendas para los consumidores enfrentan a su vez los siguientes tipos de competencia:

- Comercio independiente, debiendo el centro comercial generar ventajas para los consumidores que al menos excedan los costos de producirlas.
- Otros centros comerciales, la demanda por locales en un centro comercial depende de la capacidad de atracción de consumidores y de la renta de arriendo que cobre a los locatarios.
- Hipermercados y otros formatos de tiendas de gran superficie que venden productos alternativos o similares.
- Sistemas alternativos, como venta a domicilio o compra a distancia como Internet, con gran desarrollo y que provee muchas de las ventajas de los centros comerciales.

La competencia entre centros comerciales no requiere de estrecha cercanía porque la naturaleza del centro comercial es abarcar una zona amplia, de manera que la competencia inmediata de dos centros comerciales no tiene efecto en el largo plazo (fojas 53)

c) Existen nueve centros comerciales en la Región Metropolitana, que son Alto Las Condes, Parque Arauco, Mall Arauco Maipú, Plaza Vespucio, Plaza Oeste, Plaza Tobalaba, Mall del Centro, Mall Panorámico y Apumanque (fojas 230, Tomo I, Cuaderno de Documentos).

d) El Mall Plaza Vespucio cuenta con un total de 213 locatarios, abarcando las áreas de vestuario, calzado, regalos, hogar, artículos y vestuario deportivo, línea blanca y electrónica, juguetes, comida rápida y otras, y Cencosud pretende construir y poner en marcha el Centro Comercial denominado “Florida Center”, también en la comuna del mismo nombre, que proyecta inaugurar en Abril de 2003.

De estos arrendatarios 43 han optado por celebrar nuevos contratos de arriendo o modificar el anterior con la denominada cláusula de exclusividad radial, de acuerdo con los antecedentes reunidos hasta antes de la vista de la causa (fojas 55 y 56);

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

CUARTO: Que en relación a los contratos de arriendo celebrados por Administradora Plaza Vespucio S.A. que se objetan en estos autos (fojas 1 y 19 del Tomo I del cuaderno de documentos, entre otros) se caracterizan por:

- a) Contratos de arrendamiento a plazo fijo de 2 a 5 años, por un local comercial al cual debe darse un destino determinado.
- b) La renta de arrendamiento será el mayor valor que resulte entre el valor mínimo mensual reajutable y el valor porcentual y este último será igual al 8,1% sobre la facturación neta mensual del local comercial arrendado, debiendo, además, el arrendatario concurrir al pago de un Fondo de Promoción.
- c) Definición de Mercado Geográfico Natural: Teniendo presente que la retribución a que la arrendataria se obliga por el contrato de arriendo consiste en una suma a todo evento o en un porcentaje de sus rentas cualquiera fuese mayor, lo que significa la existencia de un interés de la arrendadora en orden a que la arrendataria obre durante la vigencia del arrendamiento de la manera necesaria para maximizar sus ventas en el local comercial arrendado, se obliga durante la vigencia del contrato a no participar directa o indirectamente en la propiedad, arriendo o gestión en uno o más establecimientos o locales destinados a la venta de productos del local arrendado en un área de un radio de 2 a 5 kilómetros del Centro Comercial Plaza Vespucio, entendiéndose que a dichos locales o tiendas, concurriría la misma clientela produciéndose el efecto de reducir la renta de arrendamiento e importar una infracción grave a la obligación de pagar esta renta y, por tanto, infracción grave del contrato de arriendo, según se manifiesta en las cláusulas analizadas.
- d) En caso de incumplimiento la arrendadora tendrá derecho a demandar el término anticipado del contrato y/o exigir el pago de una multa compensatoria o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria;

QUINTO: Que de lo expuesto resulta evidente que en los contratos de arrendamiento de locales del centro comercial Plaza Vespucio, que han sido materia de análisis en esta causa, hay cláusulas que demuestran la colaboración empresarial y comunidad de intereses existente entre el arrendador y los arrendatarios, entre éstas, la aludida cláusula radial “objutada”. Esta cláusula constituye una limitación convenida con los locatarios para poder desarrollar éstos otros negocios, con las marcas, servicios y productos que

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

comercializan, dentro de un radio territorial que ha sido definido por la requerida como parte integrante del mercado relevante geográfico en que la misma desarrolla su negocio.

Que la justificación de su inclusión en los contratos analizados, es evitar la autocompetencia de los arrendatarios con su local del centro comercial, desviando la clientela fuera de él, esto es, compitiendo deslealmente pues con ello lograrían pagar una menor renta, por lo que dicha cláusula importa una aplicación del principio del cumplimiento de buena fe de los contratos, que está acorde con la intención de las partes en cuanto a la obligación del arrendatario de maximizar sus ventas;

SEXTO: Que sin perjuicio de las razones expuestas, cabe considerar los efectos del incumplimiento de esta cláusula radial, en los hechos, constituye una barrera artificial de salida respecto del locatario que desea desarrollar su negocio en otro centro comercial, dentro del radio de exclusividad que la mencionada cláusula establece en cada caso particular;

SEPTIMO: Que los contratos analizados establecen que en caso de incumplimiento de la cláusula radial, la arrendadora tendrá derecho a demandar el término anticipado del contrato y/o exigir el pago de una multa compensatoria; o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria establecida por cada día de atraso (salvo el contrato con un fabricante de calzado, que solamente contempla la aplicación de una multa compensatoria y la facultad de aumentar la renta de arrendamiento);

OCTAVO: Que estas cláusulas penales por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula radial, que son una evaluación anticipada de perjuicios, tiene en su aplicación un efecto anticompetitivo del momento que limitan la capacidad de un competidor de Plaza Vespucio de ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal o local en un centro comercial distinto a Plaza Vespucio, dentro del radio de exclusividad pactado. Que para analizar los efectos de estas sanciones que pudieran aplicarse, se ha tomado en consideración las

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

características del área de influencia que representan los ejes de las intersacciones de Avenida Américo Vespucio y Avenida Vicuña Mackenna para los efectos de la competencia entre centros comerciales, en atención a sus alternativas de acceso, transporte y ubicación, que forma parte del radio de exclusividad que se ha fijado en la cláusulas cuestionadas;

NOVENO: Que, para preservar la competencia en el mercado de los centros comerciales, es procedente dejar sin efecto, en la parte que se refiere a las cláusulas penales por incumplimiento de lo pactado, las cláusulas incorporadas a los contratos que el Mall Plaza Vespucio mantiene con sus locatarios, que signifiquen la aplicación de una multa, compensatoria o moratoria, u de otra naturaleza, que deba sufragar o pagar el arrendatario que incumple la limitación pactada; sin perjuicio de la facultad del arrendador para poner término anticipado al contrato;

DECIMO: Que, en consecuencia, procede acoger en forma parcial el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fs. 1, rechazándose en lo demás dicha acción, como asimismo las demás peticiones formuladas por la denunciante Cencosud S.A.

Y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, se declara que **se hace lugar** al requerimiento presentado a fojas 1 por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A., sólo en cuanto se dispone, lo siguiente:

1°.- A contar de la notificación de la presente resolución a la parte requerida, Administradora Plaza Vespucio S.A., quedan sin efecto todas aquellas disposiciones convenidas en las cláusulas denominadas “Definición de Mercado Geográfico Natural” - la denominada “cláusula radial” - contenidas en los contratos suscritos entre Administradora Plaza Vespucio S.A. con sus arrendatarios o locatarios, respecto del Mall o Centro Comercial Plaza Vespucio, ubicado en la comuna de La Florida, en la parte que dispongan multas u otra erogación por el incumplimiento de la señalada

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

cláusula radial, sean estas de carácter compensatorio, moratorio o de otra naturaleza, en contra del arrendatario que incumple la antedicha cláusula; y,

2°.- Administradora Plaza Vespucio S.A. deberá comunicar por escrito lo resuelto a sus locatarios afectados por la cláusula radial dentro del plazo 48 horas de notificada la presente resolución, debiendo dejar constancia en el proceso de dicha comunicación;

Se **previene** que los integrantes señores Espejo y Rojas fueron de parecer de acoger el requerimiento de fs. 1 en cuanto a dejar sin efecto íntegramente las denominadas cláusulas radiales, únicamente, en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Si bien el objetivo de defender la rentabilidad de un negocio es legítimo por parte de sus dueños, los instrumentos utilizados para esta defensa deben enmarcarse dentro de parámetros económicos, donde la eficiencia, costos de entrada y de operación deben ser los argumentos centrales que deberá evaluar un entrante al negocio. En este contexto, la existencia de una cláusula radial es un argumento que busca defender la rentabilidad de un negocio fundamentalmente a través de entorpecer la posibilidad de desarrollar un proyecto del mismo giro. En particular, ésta no permite que el entrante pueda competir con argumentos económicos en el concurso de los locatarios, por cuanto las sanciones por el incumplimiento de dicha cláusula hacen no viable la negociación entre el entrante y locatarios:

SEGUNDO: La libertad de generar un negocio en un mercado competitivo, como el de los centros comerciales, pasa porque el entrante pueda tener la posibilidad de acceder a los locatarios y ser estos últimos, por consideraciones económicas, los que decidan si desean o no concursar en el nuevo proyecto. La existencia de cláusulas especiales como la radial, aún cuando sean negociadas voluntariamente, no puede estar por encima del bien común de la existencia de competencia en un determinado mercado. En este contexto, la cláusula radial no puede ser considerada un argumento válido para defender la rentabilidad de un negocio. En la práctica, cláusulas de este tipo no permitirían que

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

entrantes más eficientes pudieran participar del negocio, principio básico de la competencia y de la generación de beneficios privados y sociales;

TERCERO: Por lo anterior, la posibilidad de que entrantes al negocio puedan participar o intentar participar en él pasa necesariamente por la no existencia de barreras artificiales, no económicas, que impidan la competencia entre los distintos agentes involucrados en el negocio. En este sentido, la cláusula radial se interpone con el desarrollo competitivo del negocio de Centros Comerciales, razón por la cual deben ser dejadas sin efecto.

Se deja constancia que la sentencia se acordó de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211.

Redactado por el Presidente, Ministro señor Domingo Kokisch Mourgues y la prevención por el integrante señor Patricio Rojas Ramos.

Notifíquese por cédula y archívese.

Pronunciada por los señores Domingo Kokisch Mourgues, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Sergio Espejo Yaksic, Superintendente de Electricidad y Combustibles; Patricio Valdés Aldunate, subrogando al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y Patricio Rojas Ramos, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Finis Terrae. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.