

**EN LO PRINCIPAL:** Formula requerimiento. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos.

HONORABLE COMISION RESOLUTIVA

**PEDRO MATTAR PORCILE**, Fiscal Nacional Económico, con domicilio en Agustinas N° 853, piso 12, Santiago, a esa H. Comisión respetuosamente digo:

Que, en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, formulo requerimiento en contra de la Sociedad "ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCIO S.A.", representada por don Fernando de Peña Iver y por don Fernando Moreno Bustos, todos domiciliados en calle Serafín Zamora N° 190, Piso 15, comuna de La Florida, de esta ciudad; empresa que presenta comportamientos y prácticas anticompetitivas que tenderían a restringir, entorpecer e incluso eliminar la competencia en el mercado de los centros comerciales de las comunas de La Florida y circundantes, de la Región Metropolitana. Lo anterior, sobre la base de los antecedentes que paso a exponer:

**I. DENUNCIA DE CENCOSUD S.A.**

La sociedad "CENCOSUD S.A.", representada por Horst Paulmann Kemna, ambos domiciliados en Avenida Kennedy N° 9001, comuna de Las Condes, ha denunciado ante esta Fiscalía Nacional Económica, a la sociedad "ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCIO S.A.", domiciliada en calle Serafín Zamora N° 190, piso 15, comuna de La Florida, atribuyéndole conductas contrarias al Decreto Ley N° 211, consistentes en 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, según señala, llevadas a efecto para entorpecer, dificultar e impedir la puesta en marcha y normal funcionamiento 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, comuna de La Florida, Avenida Vicuña Mackenna N° 6100, y que proyecta inaugurar en el mes de abril de 2003.

La denunciante sostiene que el funcionamiento y operación del Centro Comercial Florida Center promoverá la competencia con el Centro Comercial Plaza Vespucio, que administra la denunciada.

**A. Cencosud S.A. expresa lo siguiente:**

En la implementación de su centro comercial y atendiendo la necesidad de estructurar un conjunto de tiendas y marcas atractivas, que en "Florida Center" ofrezcan al público una amplia, equilibrada y conveniente variedad de productos y servicios, su filial, Inmobiliaria Las Verbenas S.A., ha sostenido negociaciones con interesados en arrendar locales para establecerse en este centro comercial. En conversaciones con aquellos que son arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio, éstos han manifestado su inquietud por presiones comerciales que habría ejercido a su respecto Administradora Plaza Vespucio S.A.

Dichas presiones no serían aisladas y se ejercerían de acuerdo con una estrategia cuyo objetivo es impedir y/o entorpecer a Florida Center su acceso al mercado y, de este modo, mantener la posición dominante que el Centro Comercial Plaza Vespucio tiene actualmente.

Las acciones anticompetitivas mediante las cuales la denunciada busca frenar la competencia de Florida Center, según la denunciante, serían las siguientes:

**1) Asignación de una zona 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 recientes de esos contratos de arrendamiento, Administradora Plaza Vespucio S.A. habría 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 cinco kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio, destinados al mismo giro y con las mismas marcas comerciales y/o nombres de fantasía que aquel que explotan en el Mall Plaza Vespucio.

El área de cinco kilómetros, a la que el contrato modificado denomina "Mercado Geográfico Natural del Centro Comercial Plaza Vespucio", y la prohibición anexa a ella, el contrato las aplica también a las empresas relacionadas del arrendatario, de accionistas suyos, de socios directos o indirectos y a los herederos o cesionarios de todos ellos.

Las sanciones al arrendatario por el incumplimiento de lo dispuesto en dichas nuevas cláusulas, también incorporadas en las modificaciones contractuales, consisten en la facultad de la arrendadora de demandar la terminación anticipada del contrato y/o demandar el pago de una multa compensatoria por un monto equivalente a 1.000 UF; o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria por valores equivalentes a 100 UF por cada día que dure infracción, sin que para la aplicación de estas sanciones en su favor, Administradora Plaza Vespucio S.A., requiera acreditar perjuicios.

Lo anterior no obsta a la aplicación al arrendatario de las demás sanciones y del cobro de todas las multas establecidas en la ley, en el contrato de arrendamiento y en las Normas Generales de Arrendamiento.

De lo expuesto se aprecia que estas nuevas cláusulas asignarían una zona de mercado exclusiva al Centro Comercial Plaza Vespucio, mediante la cual este centro comercial monopolizaría la actividad mercantil que sus arrendatarios ejercen en locales de dicho Centro Comercial, mediante la fijación arbitraria de un área territorial exclusiva.

El objeto de estos arbitrios restrictivos de la competencia, es asegurar al Centro Comercial Plaza Vespucio la exclusividad de la oferta en ese mercado relevante, afianzar la posición de dominio que en dicho mercado detenta, y evitar la competencia que "Florida Center", emplazado dentro del área territorial fijada en la cláusula radial, pueda desarrollar al arrendar locales a quienes, no obstante estar interesados, Administradora Plaza Vespucio S.A. puede sancionar en la forma señalada.

**2) Abuso de posición de dominio.**

El Centro Comercial Plaza Vespucio tendría el carácter de actor dominante en el mercado de los centros comerciales de las comunas de La Florida y circundantes, tanto por ser el único establecimiento en su género que allí opera, como por el hecho de que el centro comercial más cercano, "Plaza Tobalaba", pertenece también al mismo grupo propietario de "Plaza Vespucio".

En consecuencia, al establecer cláusulas de exclusividad territorial, que se señalan más adelante, en los contratos con sus locatarios, para disuadir a éstos de instalarse en el centro comercial que se abrirá próximamente, Administradora Plaza Vespucio S.A. abusaría de su posición de dominio con negativas consecuencias económicas asociadas a dicha restricción arbitraria, entre otras: efectos distorsionadores en los precios de arrendamientos de locales y de bienes y servicios ofrecidos al público; reforzamiento de la posición del agente dominante en el mercado relevante.

**3) Establecimiento de barreras artificiales de entrada.**

Por medio de las ya mencionadas cláusulas modificatorias, la denunciada crearía, implementaría y establecería barreras artificiales de entrada al mercado, para limitar el número de competidores que puedan ingresar a él.

El carácter anticompetitivo de tal conducta se apreciaría por sus objetivos y consecuencias:

a) Tratar de impedir que otro competidor comparta la misma clientela del Centro Comercial Plaza Vespucio, afectando la libre competencia en un mercado geográfico cuyo radio alrededor de dicho centro comercial alcanza hasta cinco kilómetros y abarca territorios de ocho comunas distintas de la ciudad de Santiago: La Florida, La Pintana, La Granja, San Joaquín, San Miguel, La Cisterna, Macul y Peñalolén, conforme se aprecia en un plano que acompaña al expediente.

- b) Arrogarse la facultad de fijar las necesidades del mercado, impidiendo que sea éste quien determine el número de centros comerciales que pueden coexistir en una misma zona.
- c) Perjudicar a consumidores y locatarios al restringirles su capacidad de elección.

La libre competencia entrega a los consumidores la decisión de elegir el oferente a quien comprar y, del mismo modo, corresponde a los locatarios decidir libremente establecerse en los centros comerciales que elijan.

- d) Lo expuesto precedentemente determina que las decisiones de agentes del mercado no se tomen en razón de patrones objetivos, como precio o calidad, sino en razón de barreras impuestas con anticipación por otro agente ya establecido, con el fin de impedir que los patrones objetivos determinen las decisiones, como ocurre con locatarios de "Plaza Vespucio" interesados en establecerse también en "Florida Center".

Así, la barrera creada entorpecería la competencia, produciría ineficiencia en el mercado, incrementaría los precios que pagan los consumidores y locatarios, y reforzaría la posición monopólica del agente establecido sin competencia cercana.

**4) Otros arbitrios.**

Realización, en diarios y otros medios, de una campaña comunicacional pública de desprestigio del proyecto "Florida Center" y de amedrentamiento a los actuales locatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio que pudiesen estar interesados en establecerse en el nuevo centro comercial, mediante publicaciones y entrevistas con declaraciones emitidas por personeros de la denunciada, cuyo contenido adverso al proyecto se apreciaría en sus textos, los cuales acompaña.

Las presiones directas ejercidas sobre los arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio, a que se hizo referencia, constarían en comunicaciones y documentación que la denunciada les ha dirigido y que también acompaña.

Tanto la campaña comunicacional pública como las presiones directas adversas a "Florida Center", constituyen un reforzamiento de las conductas anticompetitivas señaladas anteriormente, pues son insistentes en anunciar nefastos efectos que acarrearía a arrendatarios de "Plaza Vespucio" establecerse en el nuevo centro comercial; en advertir sobre la negativa de apoyo por parte de la denunciada a quienes ignoren sus planteamientos; en detallar los efectos negativos que la instalación en el nuevo centro tendría en sus ventas, costos y rentabilidad, que llegan, entre muchas otras conclusiones descalificadoras, a afirmar que "les será muy difícil alcanzar un nivel de rentabilidad que les haga viable su permanencia", refiriéndose a los arrendatarios de "Plaza Vespucio" que se instalen también en "Florida Center".

**5) Entorpecimiento al legítimo acceso a un trabajo o actividad económica.**

Con las conductas expuestas, especialmente en cuanto se refieren a prohibiciones y restricciones a sus arrendatarios, que impiden el acceso a ellos por parte de "Florida Center", la sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A. habría infringido las garantías constitucionales que aseguran la libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita y la libertad de trabajo, además de las normas sobre defensa de la libre competencia contenidas en los artículos 1° y 2°, letras c), e) y f), del Decreto Ley N° 211, normas constitucionales y legales que constituyen el derecho chileno conforme al cual debe resolverse el presente caso, independientemente de normas o prácticas en cualquier sentido de otros países y jurisdicciones.

Actuando del modo denunciado, elementos como la calidad de los servicios ofrecidos por "Florida Center" y las rentas de arrendamiento que cobra, pasan a ser irrelevantes ante el efecto de las prohibiciones y de la señalada campaña comunicacional adversa en medios de comunicación pública y directa a los arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio.

**B. Descripción por Cencosud S.A. de las características relevantes del centro comercial "Florida Center" y del desarrollo de su entrada en operación:**

- 1) El proyecto considera una superficie de 255.000 mts<sup>2</sup> construida en tres niveles, con dos tiendas anclas y más de 192 locales comerciales satélites.

La obra importa una inversión de 100 millones de dólares y generará hasta 5000 puestos de trabajo o empleos directos, además de los indirectos. En cuanto a las ventas anuales de todos los locales del centro comercial, se estima que ascenderán a UF 1.910.000.

Ya se ha inaugurado un Hipermercado Jumbo y un Easy Homecenter que están operando comercialmente.

El desarrollo y funcionamiento del centro comercial constituyen una fuente generadora de importantes ingresos fiscales y municipales por concepto de impuestos y derechos.

"Florida Center" ampliará la oferta de bienes y servicios en beneficio directo de los consumidores del extenso y poblado sector que atenderá.

2) Todo centro comercial desarrolla su capacidad de obtener clientela mediante la estructuración de un conjunto de tiendas y marcas atractivas, de modo que sus locatarios ofrezcan al público una amplia y equilibrada variedad de productos y servicios, de la mayor calidad posible de acuerdo a su precio, que permitan al consumidor satisfacer sus necesidades de compras de tales bienes en un solo lugar.

En consecuencia, la calidad de un centro comercial para atraer potenciales clientes y su capacidad para competir se miden por la calidad de sus locatarios; de allí que la cuidada selección de éstos y el derecho de libre contratación que tengan para establecerse en el lugar que ellos decidan, constituyan condiciones básicas con las que debe contar cualquier agente económico que ingrese al mercado de los centros comerciales, para sus perspectivas de éxito.

Es precisamente en la actividad de contratación de arrendamiento de sus locales y de selección del conjunto armónico de tiendas que requiere, donde han surgido los entorpecimientos anticompetitivos denunciados que afectan a "Florida Center" y que ponen en serio riesgo la factibilidad de su negocio, pues las trabas creadas por Administradora Plaza Vespucio S.A., materia de la denuncia, obligarían a no poder contar con el elemento esencial e imprescindible para su desarrollo comercial, cual es la presencia entre sus locatarios de establecimientos comerciales muy prestigiosos que, atendida su fama y calidad, están actualmente instalados en otros centros comerciales que existen en la Región Metropolitana.

3) La idea que importa la cláusula radial es que los arrendatarios de los dos centros comerciales no se repitan. Sin embargo dicha replicación existe en todos los centros comerciales, en que el factor de ocupación común alcanza altos porcentajes.

Así, por ejemplo, en el caso de Alto Las Condes y Parque Arauco, ambos separados por aproximadamente dos kilómetros, el porcentaje de ocupación común de unas mismas tiendas alcanza al 60%; Alto Las Condes y Plaza Vespucio, por su parte, tienen en común el 50% de sus respectivos locatarios.

Por ello es razonable estimar que el porcentaje de ocupación común entre "Plaza Vespucio" y "Florida Center" superará el 50%, dada la proximidad geográfica entre ambos y sus características similares, que evidencian que competirán por un mismo mercado y también por unos mismos locatarios, ya que "Florida Center" tiene el potencial para convertirse en competencia natural y directa de "Plaza Vespucio" en el sector que éste cubre.

En consecuencia, una restricción a los locatarios del primero para establecerse en el segundo, importa la privación artificial del 50% del mercado objetivo de arrendatarios de "Florida Center", constituyendo una barrera de entrada insalvable que, de no ser removida a la mayor brevedad, dado el alto monto de la inversión comprometida, generará un costo financiero adicional a Cencosud, que se calcula a razón de US \$ 1.254.000 por cada mes de retraso a partir del mes de abril de 2003, en que está proyectada la inauguración y puesta en marcha del centro comercial; costo que es insostenible para cualquiera empresa en cualquier mercado y que puede llegar a hacer inviable el proyecto.

### **C. Peticiones en la conclusión.**

Solicita a esta Fiscalía que, con el mérito de los antecedentes expuestos y de la investigación que se instruya, requiera de la H. Comisión Resolutiva la adopción de las medidas necesarias para poner término a dichas infracciones, y que solicite a la misma H. Comisión Resolutiva que disponga las siguientes medidas preventivas:

1 Suspensión inmediata del efecto de las cláusulas que impongan prohibición de instalarse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado, en todos los contratos de arrendamiento que haya celebrado Administradora Plaza Vespucio S.A. con sus arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio, y

2 Prohibición a Administradora Plaza Vespucio S.A. de incluir en sus presentes o futuros contratos de arrendamiento con locatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio, ninguna cláusula que implique una restricción territorial o de otra naturaleza que se traduzca en la imposibilidad de instalarse con otro local en "Florida Center".

## II. DILIGENCIAS PRACTICADAS POR LA FISCALÍA.

A. Esta Fiscalía dispuso la investigación pertinente, dio noticia a la denunciada de su inicio, estableció el carácter reservado de la investigación e informó de esta medida al señor Presidente de la H. Comisión Resolutiva, a la denunciante y a la denunciada. En cuanto a las medidas cautelares, atendido el grado de urgencia que tenían, elevó, en su oportunidad, la solicitud ante esa H. Comisión Resolutiva, para su conocimiento y resolución.

### B. **En la acción indagatoria desarrollada se han obtenido los siguientes antecedentes:**

1) Nómina completa de los arrendatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio, con el nombre de fantasía de sus establecimientos comerciales; copia de todos los contratos de arrendamiento vigentes celebrados por la denunciada con esos locatarios y de todos los reglamentos generales de arrendamiento aplicables a los referidos contratos.

2) Nóminas completas de arrendatarios, con el nombre de fantasía de sus establecimientos comerciales. Copias de sus contratos de arrendamiento tipo, de cinco contratos de arrendamiento específicos, incluido el de una tienda de departamentos; de los reglamentos generales de arrendamiento que forman parte de los contratos celebrados con sus ocupantes, correspondientes a los siguientes centros comerciales: "Parque Arauco Shopping Center", "Centro Comercial Alto Las Condes", "Mall Plaza Tobalaba", "Apumanque" y "Movicenter".

El estudio de esta abundante información ha sido selectivo, concentrándose hasta ahora el análisis más detenido en las Condiciones Generales de los Contratos de Arrendamiento de los centros comerciales recién nombrados; en los contratos con tiendas de departamentos, y en aquellos que contienen una cláusula radial; estos últimos han correspondido a arrendamientos celebrados con locatarios de los centros comerciales "Plaza Vespucio" y "Plaza Tobalaba", ubicados en las comunas de La Florida y Puente Alto, respectivamente. ...

### C. **Antecedentes y observaciones aportados por la denunciada, Administradora Plaza Vespucio S.A.:**

1) Ejemplar de un estudio efectuado, en el año 2000, por integrantes de la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, sobre "Contribución del Sector Comercio al Desarrollo del País", que contiene un capítulo sobre las características de este sector y de los centros comerciales, sobre el surgimiento de estos últimos, la industria actual de los centros comerciales, comparación con Estados Unidos de Norteamérica, tendencias de crecimiento y de capacidad de consumo, cambios en comportamiento de consumidores y proyecciones futuras.

2) Lista de las tiendas instaladas en nueve centros comerciales de Santiago, tipo regional y superregional, separadas por rubro, según la cual, de un total de 714 tiendas establecidas en ellos, sólo 213 están instaladas en el Centro Comercial Plaza Vespucio. La nomenclatura regional o superregional, corresponde a los centros comerciales que proveen mucha cantidad y variados productos y servicios tanto comerciales como no comerciales, cuya atracción principal son tiendas anclas de tipo tradicional y mercancía masiva o de tipo tiendas de departamentos o tiendas grandes.

**3)** Fotocopias de ocho contratos, siete de ellos celebrados por escritura pública y uno por escritura privada protocolizada, cuya nómina se indica en un anexo del presente requerimiento que se acompaña en el primer otrosí.

**4)** Presentaciones de "Administradora Plaza Vespucio S.A." citan cláusulas de cada una de las mencionadas escrituras, en las que, según sostiene, se establecen "cláusulas radiales" de alcance mucho más amplio que el objetado por la denunciante, como por ejemplo, cláusulas radiales absolutas en contratos celebrados por Inmobiliaria Las Verbenas S.A., filial de Cencosud S.A., que se aplican a otros comerciantes, arrendatarios de terrenos aledaños, en favor de tiendas como Easy y Jumbo, todo lo cual demuestra, a su juicio, el carácter usual, la común utilización y uso frecuente de dichas estipulaciones en el mercado de los centros comerciales.

**5)** En fotocopias certificadas ante Notario como partes del libro denominado "ICSC'S Dictionary of Shopping Center Terms", editado en inglés por "International Council of Shopping Center", New York, 2001, y traducciones libres en español de algunos de los términos que allí se consignan, los que la denunciada declara pertinentes para acreditar el carácter usual de las estipulaciones contractuales incluidas en los contratos de arrendamiento de locales comerciales ubicados en centros comerciales tipo "Mall", entre sociedades cuyo giro es el desarrollo, propiedad y explotación o administración de tales Centros y los comerciantes que ejercen su giro en dichos sitios multicompra.

La traducción expresa lo siguiente sobre la cláusula radial: "una cláusula que se incluye en el contrato de arrendamiento de un local de un centro comercial que establece la distancia desde el centro en que el comerciante arrendatario puede operar otra tienda similar../ un radio específico en que el arrendatario no puede operar otro negocio, usualmente del mismo tipo o bajo el mismo nombre. Y sobre "negocio competitivo" lo señala "( a efectos generales del arrendamiento ) como un acuerdo que limita al arrendatario abrir tiendas competitivas en la vecindad ( dentro de cincuenta millas ) desde el centro. Protege al arrendador de una reducción de la renta porcentual, y es referida generalmente como restricción radial.". La distancia expresada en millas corresponde a 80,5 kilómetros.

En suma, la denunciada concluye a este respecto, que la cláusula radial es conveniente para proteger el derecho del arrendador, pues asegura el pago leal y de buena fe de la renta jurídicamente definida como porcentual, y que el Diccionario que la contiene se inserta en la tradición del derecho comercial que señala que las entidades que agrupan a personas del mismo giro recolectan los usos y costumbres habituales en los contratos que celebran, a fin de facilitar su conocimiento y aplicación.

**D. Antecedentes y observaciones aportados por la denunciante Cencosud S.A.:**

1) Presentaciones que destacan disposiciones de la ley especial que en Chile sanciona los posibles atentados en contra del mercado, esto es el Decreto Ley N° 211, las cuales consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

"Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como ... la asignación de zonas de mercado..." (art. 2°, letra c);

"Los que se refieran a la libertad de trabajo... o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo," (art. 2°, letra e);

"En general, cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia." (art. 2°, letra f).

Las normas transcritas importarían que cualquier conducta que corresponda a la tipificación señalada, sería atentatoria de la libre competencia y como tal debe ser sancionada.

2) No sería efectiva la aceptación generalizada de las denominadas cláusulas radiales, pues la gran mayoría de las jurisdicciones las considerarían ilegítimas, como actos restrictivos establecidos en ejercicio abusivo de una posición dominante, y las habrían declarado ilícitas. Cita como ejemplos de ello tres casos: en Brasil, proceso "Condominio Schopping D versus Center Norte S/A," y proceso "Participacoes Morro Vermelho Ltda. con Condominio Schopping

Center Reunidos do Brasil Limitada". En el primero, se concluyó que el efecto de la restricción contractual condenada era vedar a los shopping de la competencia, situados dentro de un radio de 1000 metros del Shopping Center Norte, un instrumento fundamental para poder competir, esto es la composición de un mix de arrendatarios adecuado para el público consumidor que necesita atraer a fin de competir con la denunciada, con la intención de mantener cautivo el plantel de arrendatarios con que ésta cuenta actualmente. En el segundo, se señala que la cláusula constituye una enorme barrera de entrada para las nuevas empresas de shopping centers y viola el derecho constitucional de los arrendatarios de expandir sus negocios. En Estados Unidos de Norteamérica, Estado de Florida, cita el caso entre Village of Merrick Park y Bal Harbour Shops, en que una cláusula radial impedía a los arrendatarios de una de las partes instalarse o abrir una tienda adicional en el centro comercial de la otra, disputa que culminó dejándose en libertad a los arrendatarios a fin de restablecer el juego de la competencia.

3) Informe original, en inglés, fechado el 30 de septiembre de 2002, preparado, para Cencosud S.A., por el señor David A. Clanton, abogado norteamericano que ha ocupado los cargos de Comisionado y Presidente en Ejercicio de la "Federal Trade Commission", y una traducción libre en español de su texto.

El tema que el señor Clanton desarrolla en su informe se refiere detalladamente al asunto materia de la presente investigación y concluye, luego de su análisis y citas de casos resueltos, que la imposición de la denominada cláusula radial de 5 kilómetros por parte de "Plaza Vespucio" a sus arrendatarios, sería ilegal si se aplicara un análisis jurídico estadounidense, de acuerdo a la "regla de la razón", a los hechos involucrados en este caso. Indica que atendidas las características de la referida restricción, no se encuentra que ella pudiera tener una justificación pro-competitiva ya que no habría sido utilizada con la finalidad de poner exitosamente en marcha el proyecto Plaza Vespucio, sino que habría sido impuesta a los arrendatarios mucho después y sólo una vez que Cencosud inició la construcción de un proyecto competitivo, por lo que aparecen como acciones dirigidas a eliminar toda competencia, dado que los propietarios de Plaza Vespucio operan los únicos centros comerciales del área en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, la denunciante insiste que el presente caso debe ser resuelto de conformidad con la legislación chilena, supuestamente violentada por "Plaza Vespucio".

4) Respecto al hecho que Cencosud en tres contratos de arrendamiento, y terceros en otros contratos, habrían usado cláusulas radiales y al sentido que se atribuye a dicho uso, la denunciante los rechaza por equivocados o absurdos, destacando que en su caso se trata de arrendamientos de terrenos eriazos, celebrados por ella para instalar hipermercados o homecenters que no constituyen centros comerciales, incluso considerando la definición de cláusula radial contenida en el diccionario acompañado por la denunciada.

Igualmente rechaza las afirmaciones sobre una pretendida semejanza que se atribuye a la cláusula radial objetada en la denuncia, con las cláusulas de otros contratos celebrados en Chile acompañados por la denunciada. Por ejemplo, al referirse a aquel que contiene compromisos asumidos por parte de quienes declaran que constituirán una sociedad para el desarrollo de un proyecto consistente en el Mall Marina Arauco, en Viña del Mar, obligándose a no desarrollar proyectos paralelos, afirma la legítima justificación que tendría dicho acuerdo, al estar fundado en la *afectio societatis*, elemento esencial del contrato de sociedad, y amparado por el artículo 404, N° 4 del Código de Comercio, al prohibir a los socios de una sociedad colectiva explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad.

Agrega la denunciante que con las declaraciones prestadas ante la Fiscalía por personeros de "Plaza Vespucio", quedaría demostrado que la cláusula radial que afecta a arrendatarios de dicho centro comercial, se estableció sólo cuando tomaron conocimiento de la instalación de "Florida Center" y de la competencia que su presencia originaría; ellas revelarían, también, las condiciones discriminatorias y hasta predatorias, aplicadas por la denunciada al negociar con cada arrendatario suyo para llevar adelante el arbitrio restrictivo.

5) En relación con el número de marcas necesarias para hacer viables estos centros comerciales, que es mucho menor que el número total de marcas disponibles en el mercado, señala que es un hecho conocido que entre las marcas interesadas en instalarse en un mall

existen aquellas que, por su identificación con elementos como calidad, beneficios, status, seguridad, etc., muy altos, y porque atraviesan todos los estratos sociales por igual, tienen gran demanda y poder de convocatoria y que existen, también, muchas otras que no cuentan con dicho reconocimiento y que son complementarias. Tal situación explica que para que un centro comercial sea atractivo al público, deba contar con un 50 a 60 por ciento de marcas de primera línea o famosas. Por ello es que todos los centros comerciales de la Región Metropolitana, en sus llamados "tenant mix" o conjuntos de tiendas que han estructurado, tengan esos porcentajes de marcas famosas, que son las que se repiten y sin las cuales el centro comercial tiene pocas o nulas posibilidades de éxito. A los casos específicos ya señalados anteriormente, sobre porcentajes de ocupación común en algunos centros comerciales, agrega que en "Plaza Tobalaba" y en "Plaza Oeste", éstos alcanzan al 67 y al 81 por ciento, respectivamente.

Concluye que sería evidente que la cláusula radial establecida en favor de "Plaza Vespucio" estaría privando a "Florida Center" de marcas que le resultan esenciales.

**E. Referencias a partes de algunas publicaciones de prensa y a las declaraciones ante la Fiscalía efectuadas por representantes de ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCIO S.A.**

Se han tenido presente las siguientes publicaciones, por cuanto al tenor de ellas se tomaron las declaraciones que se indican en el numerando 2) de esta letra.

1) Publicaciones de prensa:

a) Fs. 36. "elarea.com", 26/06/2002. Una de las declaraciones, que señala pronunciadas por el señor Fernando de Peña, dice: "Para los operadores que estén presentes en los centros comerciales de Paulmann y que a su vez también estén presentes en Plaza Vespucio, va a ser difícil en este minuto sacarle una buena rentabilidad a sus inversiones". "Nosotros creemos que el mercado de La Florida, Puente Alto y alrededores está bastante bien abastecido, desde el Plaza Tobalaba y Plaza Vespucio, hay seis tiendas departamentales para ese mercado".

b) Fs. 39. "El Diario", 26/06/2002. Declaraciones, que señala pronunciadas por el señor Jaime Riesco, sobre advertencia de "Plaza Vespucio" a sus locatarios de los efectos adversos que tendrá para ellos la eventual incorporación al proyecto de Paulmann, en algunas de sus partes, dicen: "Los que ignoren nuestros planteamientos, después no pueden pedir que asumamos los costos de sus decisiones"; "la eventual incorporación de un operador al Florida Center no forma parte del escenario presente ni tampoco podrá ser materia de negociación en el futuro, ya que lo que estamos haciendo es precisamente advertir de los efectos adversos que una acción de este tipo tendrá sobre sus ventas, sus costos y, en definitiva, sobre su rentabilidad"; "Por el contrario, a quienes sí los acojan, tendremos que apoyarlos de acuerdo a cómo evolucione el mercado en el futuro"; "y, para los que están acá, tener una tienda al otro lado les va a significar duplicar su inversión y costos operacionales para, con suerte, crecer entre 5% y 10% entre los dos locales".

c) Fs. 470. "El Mercurio", 03/08/2002. Declaraciones, que señala pronunciadas por el señor Fernando de Peña, en algunas de sus partes, dicen: "Lo que nosotros hemos hecho ha sido de alguna forma, evitar que Florida Center clone nuestro mall": "Lo que hemos hecho ha sido negociar con las tiendas una cláusula de exclusividad, respecto a la permanencia en el mall". Respondiendo a la consulta "Esa cláusula se definió ahora o siempre ha estado en los contratos de arrendamiento?", señala: "De ahora inmediato no. Yo diría desde el año pasado. Esta cláusula es algo comúnmente usado en los malls de Estados Unidos. Porque al final, ¿Qué busca un mall respecto a otro? Diferenciarse en sus productos y en sus servicios". "Lo que el mall está haciendo es defender este principio y mantener la diferenciación respecto de cualquier otra competencia". Respondiendo a la pregunta ¿Por qué no empezaron antes con esta cláusula?, contesta: "Porque a partir del año pasado visualizamos que se nos iba a instalar un mall al lado y que iba a instalarse con el mismo mix que teníamos nosotros". Respondiendo a la pregunta ¿Se les está exigiendo la cláusula a los arrendatarios de otros malls que ustedes tienen?, contesta: "Solamente con Vespucio y se está hablando para los otros malls también".

2) Declaraciones ante la Fiscalía :



a) Fs. 473 y siguientes. El señor Fernando de Peña Iver, Vicepresidente Ejecutivo de "Administradora Plaza Vespucio S.A.", pronunciándose sobre la efectividad de las declaraciones reseñadas precedentemente que le atribuye la nota de prensa publicada en la edición del Diario "El Mercurio", de fecha 3 de agosto del presente año, que obra a fojas 470, señala: "...que la expresión clonar usada, se refiere al intento de Cencosud de afectar el "tenant mix" formado por "Plaza Vespucio" y que éste desea preservar por..." razones que indica; que el párrafo relacionado con la aplicación de la cláusula radial "...omite señalar que ya Plaza Oeste, en la década del 90, aplicó una cláusula de este tipo que se ha ido perfeccionando con el tiempo." , y que también "las aplican Marina Arauco en Viña del Mar, Inmobiliaria Las Verbenas en la Reina y en un sector de la Viña Cousiño Macul, entre otros."

En partes de su declaración afirma: "Es justamente la renta variable la que asocia al centro comercial y sus arrendatarios por el buen desarrollo de éste y de todos los que componen este Tenant Mix o asociación de hecho, esto es: el mall y sus arrendatarios. El hecho de existir una renta porcentual sobre la facturación neta obliga de hecho a los arrendatarios del mall o no autocompetirse.". También reconoce que las cláusulas radiales pactadas por su representada con arrendatarios de "Plaza Vespucio" tienen diverso alcance, tiempo y extensión geográfica. En cuanto a las ventajas que obtienen los arrendatarios que aceptan la cláusula radial, declara que ellas consisten en "...la rebaja, en algunos casos substancial, de la renta mínima de arrendamiento..."; "A veces se acoge la petición del arrendatario de extender el plazo del contrato en términos convenientes para él; facilitar su reubicación dentro del mall, reduciendo o ampliando el tamaño del local ajustándolo a sus necesidades; en oportunidades concurrendo a financiar parte de las inversiones en remodelación que desea hacer."

b) Fs. 506 y siguientes. El señor Jaime Riesco Cornejo, Gerente de Planificación y Estudios de "Administradora Plaza Vespucio S.A.", pronunciándose sobre la efectividad de las declaraciones reseñadas precedentemente que le atribuye "El Diario", en su edición de 26 de junio del presente año, según nota de prensa que obra a fojas 39 y 40, señala que la conversación que realmente tuvo con periodistas sobre el tema, la crónica la ubica "...en un contexto de conflicto que altera el sentido de las declaraciones". "... la expresión "advertencia" usada, tiene una connotación de amenaza y en la oportunidad en que se conversó el uso de la palabra advertencia no tenía connotación de amenaza sino de alerta, de advertir y estar atentos al tema. En cuanto al párrafo que se refiere a quienes acojan la mal llamada "amenaza", se les apoyará, refuerza erróneamente la idea de amenaza. En lo demás que consigna la entrevista representa mi pensamiento técnico sobre el particular."

En su declaración el señor Riesco reconoce ser el autor del documento de fojas 48 y siguientes y señala que fue elaborado para su distribución a todos los arrendatarios de "Plaza Vespucio", con el objeto de informarles de antecedentes que deben ser de su interés.

El referido documento se titula "INFORME SOBRE EL MALL DE PAULMANN EN LA FLORIDA" y su contenido, de cuatro páginas, proporciona una cantidad de argumentos para demostrar su premisa inicial: " ¿ Por qué Mall Plaza Vespucio y el mall de Paulmann en la Florida no pueden coexistir, de la misma forma como lo han hecho Parque Arauco y Alto Las Condes?", y para concluir, finalmente, que las características del mercado de la zona Sur-Oriente de Santiago, así como su tasa de crecimiento, "... hacen muy poco viable un nuevo centro comercial en esta área..."; "Tanto es así que, incluso si les fuese regalada la inversión para habilitar una nueva tienda, no resulta atractiva por el incremento en los costos operacionales y de manejo de existencias." Vaticina, por último, que en mercados saturados "...lo único que ocurrirá es la canibalización con otras tiendas de la cadena."

c) Fs. 508 y siguientes. El señor Marco Moreno Bustos, Gerente Comercial Corporativo de "Administradora Plaza Vespucio S.A.", en partes de su declaración, reconoce haber negociado el establecimiento de la cláusula radial en contratos de arrendamiento de locatarios de "Plaza Vespucio", actuando de común acuerdo con los arrendatarios, con lo cual se han reducido las rentas fijas de arrendamiento en porcentajes distintos, se ha ofrecido a los arrendatarios la posibilidad de ampliar o reducir la superficie de sus locales y también se ha negociado la

extensión del radio de la cláusula y el plazo de su vigencia, que han resultado variables según los casos.

III. Atendido el estado de avance de la investigación, la Fiscalía, mediante resolución de 15 de octubre pasado, alzó la reserva sobre su cuaderno principal; la mantuvo, no obstante, respecto de gran parte de la documentación requerida a los centros comerciales, en razón de contener informaciones económicas y comerciales calificadas como confidenciales y estratégicas para el manejo de los negocios de quienes las habían entregado solicitando expresamente la reserva.

Cabe señalar que aproximadamente el 90% de la documentación reservada la entregó la propia denunciada y que la documentación restante, que se refiere a información de los Centros Comerciales Plaza Tobalaba, Alto Las Condes, Parque Arauco, Apumanque y Movicenter, si bien es más reducida en volumen, reviste igual naturaleza y carácter que la proporcionada por "Administradora Plaza Vespucio S.A."

Las defensas de la denunciante y la denunciada, a quienes se dio aviso del alzamiento de la reserva y de la posibilidad de que formularan sus observaciones y respuesta formal a la denuncia a más tardar 8 de noviembre en curso, hicieron exámenes detenidos del expediente, recibiendo la Fiscalía, con posterioridad, escritos de ambas.

Uno de dichos escritos, presentado por el señor Fernando de Peña Iver, Vicepresidente Ejecutivo de "Administradora Plaza Vespucio S.A.", en lo fundamental, formula diversas observaciones para desvirtuar los argumentos y opiniones del informe del señor David A. Clanton, señalando que dicho documento contiene una selección sesgada de jurisprudencia, correspondiente a un período de análisis antimonopolio actualmente superado y, también, citas trucas, las cuales no corresponden a la cláusula radial que emplea su representada. Concluye que el hecho de pertenecer dicho abogado a la empresa de abogados extranjera Baker & McKenzie, casa matriz del estudio de abogados que representa a Cencosud S.A. en la denuncia que origina esta investigación, determina que no se trata de un Informe en Derecho independiente, sino de un documento emanado de los propios abogados de la denunciante, y que sirve sus intereses.

#### IV. ANÁLISIS DE LA FISCALÍA :

##### A **Antecedentes generales.**

1 El Centro Comercial Plaza Vespucio está ubicado en la zona sur- oriente de la Región Metropolitana, área geográfica que comprende las comunas de Macul, Peñalolén, La Granja, La Pintana, Puente Alto, La Cisterna, La Florida, San Joaquín y San Miguel.

La dimensión económica de este mercado y la participación que en ella tiene el Centro Comercial Plaza Vespucio, de acuerdo con la información proporcionada por "Administradora Plaza Vespucio S.A.", se presenta a continuación en cifras para el año 2001.

<b>Variables</b>	<b>Cantidades</b>
Población total	1.557.877
<b>Hogares totales</b>	<b>416.188</b>
Ingreso promedio hogares mensuales (UF)	34
Ingreso total mensual (UF)	14.052.824
Ingreso total anual (UF)	168.633.885
Gasto potencial anual productos tipo Mall (UF)	33.726.777
Ventas anuales Centro Comercial Plaza Vespucio (UF)	8.987.353
Participación de "Plaza Vespucio" en ventas potenciales (%)	26,6

2 El Centro Comercial Plaza Vespucio concentra la mayor parte de las ventas del conjunto de los centros comerciales que administra el grupo propietario de "Plaza Vespucio". Las ventas anuales del año 2001, las estimaciones de ventas para el 2002 y la participación en las ventas totales de cada centro comercial, de acuerdo con las informaciones proporcionadas por "Administradora Plaza Vespucio S.A.", se presentan a continuación:

<b>VENTAS POR CENTRO COMERCIAL Y PARTICIPACION EN VENTAS TOTALES DEL "GRUPO MALL PLAZA"</b>				
<b>Centro Comercial</b>	<b>Año 2001</b>		<b>Estimación año 2002</b>	
	<b>Ventas anuales (UF)</b>	<b>Participación (%)</b>	<b>Ventas anuales (UF)</b>	<b>Participación (%)</b>
Plaza Vespucio	8.987.353	42,7	9.533.114	42,0
Plaza Oeste	5.067.921	24,1	5.707.731	25,2
Plaza del Trébol	3.164.279	15,0	3.277.892	14,5
Plaza Tobalaba	1.889.344	9,0	2.132.743	9,4
Plaza La Serena	1.947.219	9,2	2.023.662	8,9
<b>Total</b>	<b>21.056.116</b>	<b>100,0</b>	<b>22.675.142</b>	<b>100,0</b>

3 La distribución de las "marcas de tiendas" por cada centro comercial en la Región Metropolitana y el porcentaje de ocupación común en esos centros de marcas ubicadas en el Centro Comercial Plaza Vespucio, de acuerdo con las informaciones proporcionadas por "Administradora Plaza Vespucio S.A.", se muestran a continuación.

<b>MARCAS DE TIENDAS EN CENTROS COMERCIALES Y TOTAL DE AQUELLAS QUE ESTAN CENTRO COMERCIAL PLAZA VESPUICIO</b>			
<b>Centros Comerciales</b>	<b>Total de marcas de tiendas por Centro Comercial</b>	<b>Total de marcas de tiendas comunes con Plaza Vespucio</b>	<b>Tiendas Comunes Plaza Vespucio / Total marcas de tiendas (%)</b>
Alto Las Condes	180	87	48,3
Parque Arauco	188	92	48,9
Apumanque	316	73	23,1
Panorámico	74	27	36,5
Alto Maipú	82	45	54,9
Mall del Centro	81	48	59,3
Plaza Oeste	125	102	81,2
Plaza Tobalaba	94	63	67,0
Plaza Vespucio	213		
<b>Totales</b>	<b>1.482</b>	<b>537</b>	

Del cuadro anterior se concluye lo siguiente:

a) Las 714 "marcas de tienda" que son locatarios de los distintos centros comerciales de la Región Metropolitana dan origen a 1.482 puntos de venta debido a que muchas de ellas son arrendatarios en varios centros comerciales. Por lo tanto, se observa que cada marca de tienda estaría representada en promedio en dos centros comerciales.

b) En el Centro Comercial Plaza Vespucio hay 213 "marcas de tienda", muchas de las cuales están además ubicadas en otros centros comerciales. En conjunto dichas marcas tienen 537 puntos de venta al considerar su presencia en otros centros comerciales. Por lo tanto, en promedio las "marcas de tienda" presentes en el Centro Comercial Plaza Vespucio están representadas 2,5 veces en el universo global de los centros comerciales de la Región Metropolitana.

4 De acuerdo con el tenor de los contratos de arrendamiento entre "Administradora Plaza Vespucio S.A." y sus locatarios, éstos tienen la obligación de pagar mensualmente a la arrendadora, a título de renta de arrendamiento, el mayor de los valores denominados: "Valor Mínimo Mensual Reajutable", que corresponde a un valor en UF fijado en cada contrato por cada m<sup>2</sup> de superficie bruta del local arrendado, y "Valor Porcentual", que es proporcional a la facturación neta mensual del respectivo local, a la que se aplica un porcentaje que también se fija en el contrato.

5 La denunciante Cencosud S.A., a través de su filial "Inmobiliaria Las Verbenas S.A.", es un inversionista inmobiliario que desarrolla centros comerciales y que se encuentra construyendo

uno, denominado "Florida Center", en la comuna de La Florida, que competirá con el ya establecido, "Plaza Vespucio", ubicado a 900 metros de distancia, aproximadamente.

6 "Plaza Vespucio" tiene locatarios que estarían interesados en participar en "Florida Center" y que son necesarios para las perspectivas de éxito de éste o de cualquier otro centro comercial que compita con "Plaza Vespucio". Sin embargo, durante la construcción del inmueble de su potencial competidor, "Administradora Plaza Vespucio S.A" ha desarrollado acciones mediante las cuales, hasta ahora, ha logrado modificar los contratos de arrendamiento de un considerable número de sus locatarios, incluyendo en dichos instrumentos la fijación de un área territorial, que denomina "Mercado Geográfico Natural del Mall Plaza Vespucio", y una "cláusula radial" que impide a sus arrendatarios establecerse en centros comerciales de la categoría denominada "Malls", dentro de un radio de 5 kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio que dicha área comprende, y que abarca territorios de ocho de la nueve comunas ya nombradas, que forman el sector sur-oriente de la ciudad de Santiago.

Cabe señalar que los contratos de arriendo originales no contenían tales cláusulas y que, de acuerdo con la última información recibida durante la investigación, 45 locatarios, de los 213 existentes en "Plaza Vespucio", ya han firmado los nuevos contratos que incluyen la cláusula de exclusión geográfica.

#### **B. Marco conceptual.**

La cláusula de restricción geográfica tiene efectos anticompetitivos.

Desde luego hay que considerar:

- Si la restricción que impediría a Cencosud y su filial establecer un centro comercial que compita con "Plaza Vespucio", otorga a los propietarios de éste último un poder de mercado, en relación con los servicios de ventas minoristas de centros comerciales en el área correspondiente, y con ello reduce las opciones de los consumidores de elegir entre tiendas que compitan, y
- Si al impedirse a "Florida Center" acceder a los locatarios de "Plaza Vespucio", se impide también el establecimiento de un centro comercial que compita con este último.

La aplicación de la referida cláusula de restricción geográfica, desde la perspectiva de la libre competencia, hace necesario determinar sus efectos en el ámbito de los servicios de ventas minoristas del centro comercial y del acceso a éste de locatarios idóneos.

#### **1 Servicio de ventas minoristas del centro comercial.**

##### **a) El mercado relevante de productos.**

La restricción afectará a la competencia entre "Plaza Vespucio" y "Florida Center" en cuanto a la entrega de servicios de ventas minoristas. Los mercados que probablemente se verán dañados serían el de los arriendos de locales de ventas minoristas, el de entrega de servicios del centro comercial a los consumidores y el de competencia entre las líneas de productos individuales de los locatarios de "Florida Center" y los de "Plaza Vespucio".

##### **b) El mercado geográfico relevante.**

Para determinar el mercado geográfico de los servicios de venta minoristas es necesario considerar factores tales como la ubicación del centro comercial, la infraestructura local de transporte, las barreras físicas, el tráfico, el acceso a los proveedores y las preferencias de compra de los clientes.

Suponiendo que los únicos otros centros comerciales usados por los clientes del área de Santiago cubierta por "Plaza Vespucio" sean el proyectado "Florida Center" y el Mall Plaza Tobalaba, de Puente Alto, también perteneciente a los propietarios de "Plaza Vespucio", se puede concluir que éstos últimos no tendrían ninguna competencia si la cláusula radial dificulta la instalación del nuevo centro comercial en construcción en el sector.

Es público y notorio que la comuna de la Florida colinda con seis otras comunas de Santiago, y que "Plaza Vespucio" y "Florida Center" están ubicados en el centro del sector sur-oriente de la capital, donde cruzan dos ejes claves: Vicuña Mackenna y Américo Vespucio. Se señala que alrededor del 70% de la población del sector pertenece a los dinámicos segmentos C2 y C3 de la clase media.

##### **c) Participación de mercado.**

Se ejerce un poder de mercado cuando se imponen barreras para el ingreso de nuevos competidores y se está en condiciones de subir los precios o restringir la producción. En el presente caso, al impedir que locatarios de "Plaza Vespucio" se instalen en "Florida Center", los propietarios de "Plaza Vespucio" pretenden controlar los únicos centros comerciales del área en cuestión. Por lo tanto la restricción tendría efectos anticompetitivos.

## **2** Acceso a los locatarios idóneos al centro comercial.

### **a)** El mercado relevante de productos.

El mercado relevante es al que pueden acceder los locatarios para el desarrollo de un centro comercial. Considerando que los centros comerciales requieren una combinación conveniente y variada de tiendas, los mercados de locatarios específicos serían supermercados, grandes tiendas y otras que contribuyan a formar el conjunto armónico y atractivo para obtener la indispensable clientela que permitirá prosperar al centro comercial.

### **b)** El mercado geográfico relevante.

El mercado geográfico para los locatarios idóneos de un centro comercial incluye, generalmente, a todos los locatarios potenciales que deseen adquirir una tienda en los centros comerciales de un área determinada. Ello normalmente considera a las principales cadenas de tiendas que operan en Santiago y en ciudades importantes de todo el país.

### **c)** Poder de mercado.

"Plaza Vespucio" ha desarrollado una estrategia de negociación con sus arrendatarios para que todos ellos acepten la cláusula radial. A la fecha de la última información recibida sobre el particular, un 21 % de sus arrendatarios la han suscrito, con lo cual ha logrado restringir el mercado potencial al cual puede acceder "Florida Center". Por lo tanto, existen razones fundadas para concluir que "Plaza Vespucio" ejerce un poder de mercado, ya que la cláusula radial impide contratar locatarios esenciales para la actividad del competidor.

## **V.** SÍNTESIS.

Lo ya expuesto en los distintos apartados del capítulo IV, permite establecer que "Administradora Plaza Vespucio S.A." estaría incurriendo en conductas que atentan contra la libre competencia, al prohibir a sus arrendatarios la posibilidad de instalarse con nuevos puntos de venta en un radio geográfico inferior a cinco kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio.

La restricción señalada, afectaría la libre competencia por las razones que se exponen a continuación:

a) La información de mercado entregada al inicio de este análisis indica que existiría un amplio espacio no cubierto por los actuales centros comerciales existentes en la zona sur-oriente de Santiago. En efecto, "Plaza Vespucio" sólo tiene una penetración de mercado de 26,6% del mercado potencial existente en la zona.

b) En la Región Metropolitana existen 714 "marcas de tiendas" que funcionan en los centros comerciales y una gran parte de ellas están situadas en más de un centro comercial. En efecto, en promedio son arrendatarias en dos centros comerciales. Más aún, de las 213 "marcas de tiendas" que son arrendatarias en "Plaza Vespucio", 148 son locatarios de otros centros comerciales.

c) La estrategia de negocios definida por "Administradora Plaza Vespucio S.A." se aprecia claramente orientada a maximizar sus utilidades por la vía de mantener un mercado cautivo en un radio geográfico determinado. Para tales fines, pretende impedir, a través de cláusulas contractuales modificatorias de los contratos de arriendo primitivos, que sus actuales arrendatarios participen en otros centros comerciales que se establezcan en una amplia zona alrededor del centro comercial "Plaza Vespucio". De esta forma, estaría restringiendo el universo total de oferentes potenciales a los cuales podría acceder cualquier centro comercial que se instale en las cercanías. Sin embargo, establecer "barreras de entrada" como estrategia comercial para impedir el ingreso al mercado de posibles competidores, atenta contra la libre competencia al limitar la oferta de potenciales arrendatarios en centros comerciales alternativos, restringiéndola a sólo aquellos que no estén instalados en "Plaza Vespucio".

d) Las nuevas condiciones que imponen los contratos modificados que suscriben los arrendatarios de "Plaza Vespucio", importan también establecer "barreras de salida" a los actuales locatarios. En efecto, terminar su relación comercial con el centro comercial, tiene para ellos un alto costo económico, asociado a la pérdida del "derecho de llaves", de la inversión inicial y en mejoras realizadas en el local.

La pretensión de "Administradora Plaza Vespucio S.A." de generar un mercado cautivo de arrendatarios en un área geográfica determinada, para su centro comercial, evidencia el propósito de eliminar la competencia en dicho sector. Esta acción afecta también a los consumidores de ese mercado, obligándolos, por razones de cercanía principalmente, a recurrir a ese solo centro comercial.

Al no existir competencia, el Centro Comercial Plaza Vespucio tiene la posibilidad de cobrar "precios abusivos" en el arriendo de locales, los que se verían traspasados a los precios de los productos vendidos. Sólo la existencia de otros centros comerciales podría asegurar la existencia de "precios de mercado" para los arriendos que se cobran a los locatarios y estimular la eficiencia en la administración del centro comercial, que debería traducirse en beneficio para los consumidores.

e) **Sobre la controversia planteada en esta investigación es conveniente señalar:**

1.- Con respecto a Cencosud S.A., esta Fiscalía se remite a lo expuesto sobre la denuncia, sus fundamentos, antecedentes y peticiones.

2.- En relación con la denunciada, se estima necesario reseñar lo establecido por "Administradora Plaza Vespucio S.A." durante el período reservado de la investigación y luego del conocimiento cabal que ha tenido del cuaderno principal del expediente.

a) "Administradora Plaza Vespucio S.A." ha reconocido la campaña que ha desarrollado para obtener, mediante negociaciones individuales con sus arrendatarios, la inclusión en sus contratos de arrendamiento, de la cláusula radial cuyo contenido, alcance y efectos son los que ha señalado documentadamente la denuncia; y ha señalado que, producto de esta iniciativa, ha logrado, hasta la última información al respecto, que 45 de sus 213 locatarios hayan suscrito la referida cláusula, mediante la cual se obligan a no instalarse, en las condiciones ya expuestas en este requerimiento, en un centro comercial, con las características de Mall, que se establezca dentro del área de hasta 5 kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio.

b) Ha señalado que la razón que la habría impulsado a promover el establecimiento de esta cláusula radial, habría sido evitar que "Florida Center" afecte el denominado "tenant mix", o conjunto estructurado de tiendas, que ha logrado formar "Plaza Vespucio".

c) Ha explicado que la cláusula radial establecida pretende evitar que la renta de arrendamiento denominada "Valor Porcentual", pactada en los contratos con sus locatarios, que consiste en un porcentaje de la facturación neta del respectivo local, se vea afectada en perjuicio de sus intereses como arrendadora, lo que ocurriría si el locatario decide autocompetirse estableciéndose también en "Florida Center", a 900 metros de distancia de "Plaza Vespucio".

d) Ha sostenido que la cláusula radial en el mercado de los centros comerciales es frecuente, usual y de común aplicación a nivel mundial, y que en Chile la usa, entre otros, la denunciante. Cita un Diccionario especializado, editado en Nueva York por "International Council Of Shopping Centers", documento que alude a cláusulas radiales que establecen la prohibición a los arrendatarios de un Mall para establecerse con un negocio similar hasta dentro de cincuenta millas (80,5 kilómetros).

e) Ha pedido considerar que el asunto planteado por Cencosud S.A., atendida su naturaleza, debe ser materia de un procedimiento de lato conocimiento y que resultaría absurdo que se dispusiera una medida precautoria o una aceptación provisional de la demanda, sin previo conocimiento de causa y previa audiencia de parte.

**VI Al análisis y resumen contenidos en el capítulo V, cabe agregar la ponderación de otros antecedentes relevantes obtenidos principalmente mediante el estudio de la documentación reservada de los centros comerciales "Plaza Vespucio" y "Plaza Tobalaba", que comprueban lo siguiente:**

El establecimiento de las cláusulas radiales, mediante la inclusión de ellas en contratos de arrendamiento de la denunciada con locatarios de "Plaza Vespucio" y, también, por la administración del Centro Comercial Plaza Tobalaba con sus arrendatarios, se ha llevado a efecto dentro del período en que era de público conocimiento, primero el anuncio de la construcción del centro comercial "Florida Center" y luego, las obras de su construcción, ya que publicaciones de prensa se refieren al tema el 25 de enero de 1999, el 7 de mayo del 2001, etc.

Si se examinan las áreas territoriales que cubren las cláusulas radiales establecidas en favor de los Centros Comerciales Plaza Vespucio y Plaza Tobalaba, se aprecia que un sector de una cualquiera de dichas áreas, o bien está casi al límite de un sector de la otra área, o lo más probable es que se superpongan o intersecten ambas áreas territoriales.

La cláusula radial del Centro Comercial Plaza Vespucio cubre lo que ella denomina "Mercado Geográfico Natural del Mall Plaza Vespucio". Pues bien, en treinta y cinco contratos que la incluyen, esa área geográfica o mercado natural, se fija en un radio de 5.000 metros alrededor de "Plaza Vespucio"; en otros cinco contratos el referido mercado natural se fija en un radio 2.000 metros, medidos de la misma manera; en cuatro contratos el área alcanza sólo a 1.500 metros, en tanto que en uno, el área que cubre es exclusivamente el territorio de la comuna de La Florida. La referida cláusula, ilícita en sí misma, ha sido, además, arbitraria y discriminatoriamente aplicada por la requerida a sus arrendatarios al fijarles distintos ambitos territoriales y tiempos diferenciados de vigencia.

Todos los contratos de arrendamiento de locatarios del Centro Comercial Plaza Vespucio revisados hasta ahora, incorporan, por regla general sin modificaciones, como parte integrante de ellos, las "Normas Generales de Arrendamiento del Centro Comercial Plaza Vespucio" y se remiten a las escrituras públicas que las contienen. Dichas Normas Generales incluyen muchas cláusulas que repiten los contratos de arrendamiento individuales, como por ejemplo las que se refieren a la renta de arrendamiento, esto es el "Valor Mínimo Mensual Reajutable" y el "Valor Porcentual" y a las formas de calcular dichos valores.

La cláusula que, por su importancia especial relacionada con el presente caso se cita al final de este párrafo, está incluida textualmente en cada una de las nueve escrituras públicas que ha acompañado "Administradora Plaza Vespucio S.A.", que establecen dichas "Normas Generales", y que han sido otorgadas en fechas sucesivas que van desde el 5 de julio de 1989 al 31 de diciembre de 1997; ocho de las cuales se refieren a "Plaza Vespucio" y una a "Plaza Tobalaba". La cláusula señalada es del siguiente tenor: **"Inexistencia de Asociación.- Ninguna de las normas del presente documento o del contrato podrá ser interpretada en el sentido que la Declarante y el Arrendatario son socios, comuneros o que están de cualquiera manera asociados o tienen una empresa en participación o en el sentido que los derechos u obligaciones de uno corresponden al otro, salvo expresa estipulación en contrario."**

Se ha comprobado la existencia de contratos en que, de acuerdo al texto de la cláusula radial a favor de "Plaza Vespucio" que ellos incluyen, los efectos que produce la infracción de ella por locatarios de este centro comercial, se extienden también a las tiendas que dichos arrendatarios tienen en otros centros comerciales pertenecientes al grupo Mall Plaza en distintas Regiones del país, incluida la Región Metropolitana.

Es necesario dejar constancia que revisados los contratos celebrados con locatarios y las Condiciones Generales de Arrendamiento, acompañados por los Centros Comerciales Alto Las Condes, Apumanque, Movicenter y Parque Arauco, esta Fiscalía ha podido establecer que tales documentos no incluyen en su texto cláusulas radiales.

## VII **CONCLUSIÓN.**

El mérito de lo expuesto y de los antecedentes reunidos en la investigación, forma la convicción de esta Fiscalía en cuanto a estimar que las conductas imputadas a la sociedad Administradora Plaza Vespucio S.A. están comprobadas e infringen lo dispuesto en los artículos 1° y 2°, letras c, e) y f), del Decreto Ley N° 211.

En efecto, están demostrados los distintos arbitrios anticompetitivos a que ha recurrido la requerida para establecer la referida "cláusula radial" con la cual: a) impide a sus locatarios instalar tiendas en otro centro comercial cercano; b) establece barreras artificiales de entrada para eventuales competidores; c) establece barreras de salida que dejan cautivos a sus arrendatarios. Ello sin perjuicio del abuso de la posición de dominio que ejerce en el sector sur-oriente de Santiago en el mercado de los centros comerciales.

La naturaleza de tales impedimentos a la libre competencia afectan la estructura, el dinamismo y el nivel de concentración del mercado correspondiente, con el consiguiente perjuicio para los consumidores, locatarios y competidores y hace procedente, por parte de esa H. Comisión Resolutiva, la aplicación de las resoluciones a que se refiere el artículo 17, letra a), del Decreto Ley N° 211,

**POR TANTO** y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 6°, 17, letra a) N°s. 1) y 4), y 27 del Decreto Ley N° 211,


**SOLICITO A ESA H. COMISIÓN RESOLUTIVA** se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento en contra de la sociedad "ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCCIO S.A.", ya individualizada, acogerlo en todas sus partes, declarando que se dejan sin efecto todas las cláusulas pactadas por la requerida con sus arrendatarios mediante las cuales les impida establecerse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado o les fije restricciones de cualquier naturaleza que los imposibilite para establecerse en otro centro comercial cualquiera él sea.

Lo anterior es sin perjuicio de imponer a la requerida las demás sanciones que esa H. Comisión estime procedentes.

**OTROSI:** Sírvase la H. Comisión tener por acompañados al presente requerimiento:

- a) Copia de la totalidad de los antecedentes contenidos en el cuaderno principal del expediente Rol N° 459-02 F.N.E., y
- b) Anexo que contiene la nómina de los contratos mencionados en el capítulo II, letra C, N° 3) del requerimiento de lo principal.

Saluda atentamente a esa H. Comisión

  
REPUBLICA DE CHILE  
FISCAL NACIONAL  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
PEDRO MATTAR PORCILE  
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

OPH/CSQ/csq/TMM