

Santiago, diez de mayo de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N°138.221-2020, se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación presentada por la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. (en adelante "la Asociación"), en contra de la resolución de 26 de octubre de 2020, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que declaró inadmisibile la consulta promovida, por considerar que la pretensión resulta propia de un procedimiento contencioso.

Los antecedentes se inician con la consulta de la señalada Asociación, entablada a fin que se conozca y analice:

1. Los contratos de arrendamiento vigentes que determinan la relación comercial entre los locatarios y los operadores de los principales centros comerciales en Chile, esto es, Cencosud Shopping Center S.A., Plaza S.A., Parque Arauco S.A., Inmobiliaria Viña del Mar, Vivo Corp S.A. y Pasmor S.A. o las empresas relacionadas de cada uno de los grupos.

2. Los hechos y actos que se informan en relación a dichos contratos.

3. La integración vertical que se produce en este mercado relevante.



Lo anterior, con el objeto que el tribunal resuelva si estos hechos, actos y contratos infringen la libre competencia o provocan efectos anticompetitivos o riesgo de ellos y, en su caso, establezca las medidas conducentes para que se ajusten a las normas de libre competencia.

Expone que la Asociación se constituyó para promover el desarrollo, eficiencia y competitividad del retail comercial, con empresas en su mayoría pequeñas y medianas y, en esa función, percibió la preocupación de sus asociados por los términos de la relación contractual con los centros comerciales, las cláusulas de los contratos de arrendamiento y su ejecución, de modo que busca que, por la vía de la consulta, se analicen los contratos y modifiquen las cláusulas respecto de las cuales se observen efectos anticompetitivos.

En cuanto al mercado relevante de producto, expresa que está formado por los centros comerciales y malls, excepcionalmente por centros comerciales intermedios, en la medida que sean vistos por los locatarios como sustitutos. Por su parte, el mercado geográfico es local, dado por el área de influencia territorial del centro comercial, con isócronas de 10 minutos en Santiago y a nivel ciudad en el resto de los centros urbanos. En este contexto, el mercado se caracteriza tanto por que los principales operadores de centros comerciales tienen



presencia nacional y las decisiones se toman a nivel central, como por la existencia de cláusulas generales aplicables a todos los locatarios, que exceden el nivel local.

Explica que se trata de un mercado concentrado a nivel nacional, dominado por Plaza, Cencosud, Arauco y Vivo Corp, quienes tienen la mayor cantidad de centros comerciales y, por otro lado, el grupo Marina y grupo Pasmor se encuentran en localidades específicas.

Añade que existen altas barreras de entrada, puesto que se requiere gran nivel de inversión en capital, amplios terrenos y buena ubicación, lo cual se relaciona con contratos a largo plazo y cláusulas que limitan la salida, todo lo cual debe ser aceptado por los locatarios, puesto que el centro comercial es una plataforma indispensable para el desarrollo de su actividad, configurándose así una posición dominante que se ve incrementada cuando se comprueba la equivalencia en los comportamientos de los operadores, a pesar de tratarse de empresas eventualmente competidoras.

Se refiere a la estructura de los contratos, los cuales incluyen normas generales impuestas por los operadores y cláusulas particulares para cada vínculo. Las normas generales son de adhesión, no se pueden negociar puesto que se trata de un instrumento predefinido que regula derechos y obligaciones y cuyo



contenido es mayor que el contrato mismo; las cláusulas particulares son las únicas que se pueden negociar, de manera muy reducida.

Respecto de la tarifa, se compone de un valor mínimo mensual reajutable y un valor porcentual mensual. El primero de ellos se fija normalmente en función del metraje del local y en Unidades de Fomento; la renta final será la cantidad mayor que resulte entre ambos valores y, generalmente, corresponde al valor mínimo mensual. Sin embargo, el valor porcentual mensual es un porcentaje de los ingresos mensuales por venta obtenidos por el arrendatario en la explotación del local y, para su determinación, los arrendatarios se ven en la obligación de entregar sus antecedentes comerciales al operador.

Agrega que se ha impuesto una estructura sobre una renta fija que se incrementa más allá del reajuste por IPC, con prescindencia de los resultados operacionales de los locatarios, eso lleva a que el crecimiento de la renta es en muchos casos mayor que la tasa de crecimiento de los ingresos, siendo un potencial riesgo ya sea por la vía de la extracción de la renta o por un potencial estrangulamiento de los márgenes. En efecto, los operadores reconocen que el más del 90% de sus ingresos son por la tarifa fija, lo cual significa que se traslada el riesgo de la operación del mall a los locatarios



puesto que, a la inversa, si hay mayores ventas, se paga una renta de arrendamiento superior, esto es, el operador recibe los mejores resultados, pero si hay bajas ventas, no asume el riesgo.

Por último, en el mes de diciembre el valor mínimo mensual se incrementa, en la mayoría de los casos en un 100%, lo cual carece de justificación razonable e impide que los locatarios paguen el valor porcentual mensual. En diciembre tienen mayores ventas y deben destinar gran parte de ese ingreso a pagar el aumento de la renta y, si aquéllas disminuyen, igualmente se encontrará obligado a pagar el doble del valor mensual normal.

A continuación, y relacionado con lo anterior, está el hecho que, por efecto de las cláusulas contractuales, los operadores tienen acceso a la información financiera y comercial de los locatarios, específicamente la facturación diaria, aun cuando en la mayoría de las veces el valor mayor, para efectos del pago de la renta, es el monto fijo. El reproche, en este punto, radica en que los centros comerciales están integrados verticalmente con marcas del retail que, a su vez, compiten con estos arrendatarios y, de este modo, tienen la posibilidad de conocer indirectamente aspectos esenciales sobre la actividad de su competencia.

Hay también otros rubros a los cuales se extiende la consulta, como el pago de gastos comunes, que son



asumidos por los locatarios, sin información sobre la forma de su cálculo o destino; impuesto territorial que es pagado también por ellos, a pesar de beneficiar exclusivamente al propietario del inmueble; y la imposición de la obligación de realizar remodelaciones y gastos asociados, conforme a proyectos aprobados por los operadores. Estos gastos, en la práctica, se han transformado en una segunda renta, no negociada e impuesta por los centros comerciales.

En relación a la fijación de precios, expresa que hay un operador que en sus normas generales establece que los arrendatarios *"no podrán percibir del público precios superiores a los que contemporáneamente rigieren en otras explotaciones propias o de terceros, dentro o fuera del centro comercial en el mismo rubro y tipo de establecimiento"*, lo cual influye en la libertad del arrendatario y su estrategia de fijación de precios, afectando la posible competencia con otros centros comerciales.

Se refiere también a la imposición contractual de sanciones por la disminución de los resultados operacionales del locatario, puesto que se estipula que aquel que vea rebajada su facturación mensual a menos de un 25% del promedio de facturación de los últimos 6 meses, incurre en un incumplimiento contractual, que deriva en la imposición de multas, terminación del



contrato, cobro de perjuicios y rentas de arrendamiento por el periodo faltante.

Añade que también existen cláusulas que habilitan al término anticipado de todos los contratos de arrendamiento de un locatario en caso de incumplimiento, esto es, tanto aquellos del centro comercial respectivo como todos los demás que se tengan con el mismo operador, por tanto, el efecto de una relación contractual se extiende a otras, aun cuando pueda tratarse de sociedades distintas pertenecientes al mismo grupo o que no se encuentren en el mismo mercado geográfico.

Finalmente, se imponen horarios diferenciados de atención al público, puesto que en algunos centros comerciales los locatarios deben abrir una hora antes que las grandes tiendas.

Asegura que todo lo expuesto genera efectos anticompetitivos, en tanto las altas rentas y cobros improcedentes, por empresas que tienen el poder de mercado dejan a muchos asociados con márgenes prácticamente nulos, arriesgando su salida del mercado. Por otro lado, los operadores se liberan del riesgo, dado que en la práctica la renta de arrendamiento es fija, de modo que carece de justificación que se obligue a los locatarios a mostrar sus resultados. La integración vertical de los operadores con marcas del retail que compiten con los locatarios, aumenta el riesgo



anticompetitivo, todo lo cual se incrementa por las restricciones a la movilidad, en virtud de contratos por 4 y 5 años renovables, sin posibilidad de poner término anticipado.

Por todas estas razones, propone las siguientes medidas:

1. Respecto de las cláusulas contractuales:

a. se dejen sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en las normas generales dictadas por los operadores y en los contratos particulares celebrados con cada uno de los locatarios, que el tribunal estime que son contrarias a la libre competencia, así como la ejecución de potenciales conductas anticompetitivas; y se prohíba la imposición de dichas cláusulas y la ejecución de tales conductas en el futuro.

b. se dispongan medidas particulares que aseguren la transparencia, objetividad, razonabilidad y no discriminación de las condiciones bajo las cuales se desarrolla la relación entre operadores y locatarios.

2. Respecto de la renta de arrendamiento:

a. se disponga que los centros comerciales deben establecer una estructura tarifaria que descansa en criterios transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios y que sea acorde con la libre competencia.





b. se determine una estructura tarifaria en virtud de la cual se comparta el riesgo del negocio o que, al menos, la estructura de cobros tenga relación con los ingresos, como pudiese ser una que sea en dos partes, con una tarifa fija para todos los locatarios, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorio y por sobre esa tarifa fija, una variable que dependa de las ventas anuales del locatario.

c. que, en caso de determinarse una estructura tarifaria variable y sea necesario el reporte de información de las ventas, se adopten medidas para que ello no genere ventajas competitivas indebidas.

d. en caso que la estructura tarifaria sea fija, se establezca sobre la base de criterios objetivos, transparentes, razonables y no discriminatorios y los operadores no puedan exigir a los locatarios su información comercial y financiera.

e. que los operadores no puedan aumentar la renta mensual, cualquiera sea ella, en diciembre de cada año.

3. En relación a los gastos comunes y el fondo de promoción

a. se dispongan medidas de transparencia, razonabilidad y objetividad vinculadas a estos cobros, los conceptos que los integran y los criterios para su distribución, considerando empresas relacionadas y terceros.



b. que los centros comerciales deban rendir cuenta periódica a los locatarios sobre los valores que se incluyen en los gastos comunes y la utilización del fondo de promoción.

c. que para los servicios contratados, los centros comerciales deben realizar, a lo menos, 3 cotizaciones que deben estar disponibles para los locatarios en caso que lo soliciten.

d. que deba conformarse un comité cuyas decisiones sean vinculantes, conformado por locatarios de los centros comerciales y los respectivos operadores, para la definición, control y revisión de los gastos comunes y del fondo de promoción y para la aprobación de presupuestos vinculados a gastos excepcionales.

4. Respecto de la facultad para terminar todos los contratos que se mantienen con un mismo locatario:

a. se dejen sin efecto todas las cláusulas incluidas en las normas generales y/o en los contratos particulares que otorgan a un conglomerado de centros comerciales la facultad para terminar todos los contratos de arrendamiento que actualmente mantiene con un determinado locatario o grupos de locatarios, si éstos pertenecen a un mismo grupo, para el caso que un arrendatario eventualmente incurriere en una causal de término de uno cualquiera de los contratos que simultáneamente mantiene con dicha cadena.



b. se prohíba a los propietarios de los centros comerciales condicionar el arriendo de salas de ventas y/o la renovación de los contratos vigentes a la obligación de que dicho locatario también arriende un local comercial en otros centros comercial del mismo grupo u otra conducta similar que persiga el mismo objetivo.

5. En cuanto a la inexistencia de cláusulas de salida, que los operadores deberán incluir en sus contratos la posibilidad que los arrendatarios pongan término unilateral a los mismos, dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior.

6. Respecto de la integración vertical, en caso de entender que ella genera riesgos y/o efectos anticompetitivos, se adopten las medidas necesarias para evitarlos y/o mitigarlos.

Concluye solicitando que el TDLC conozca de los actos y contratos señalados, para determinar si éstos contravienen la libre competencia y fijar las condiciones o medidas propuestas o las que el tribunal determine, para cumplirse en los actos o contratos entre los locatarios y los operadores indicados.

En autos compareció Plaza S.A., quien solicitó que se declarara inadmisibile la solicitud, por estimar que no se cumplen los requisitos del artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, en tanto no se identifica en concreto cuáles



son los actos y contratos que podrían infringir sus disposiciones, como tampoco los efectos anticompetitivos en particular. En este contexto, las condiciones que se decreten deben referirse a contratos precisos y determinados, no basta con hacer referencia a miles de contratos y señalar que todos ellos tienen supuestos efectos anticompetitivos, mientras que el libelo pretensor se limita a dar cuenta, en términos vagos, de un conjunto de dificultades, sin reconducirlas a convenciones específicas, operadores o casos.

A lo anterior, añade que se trata de una solicitud de naturaleza contenciosa, puesto que se acusa la imposición de cláusulas, estrangulamiento de márgenes, abusos de posición dominante, esto es, se está imputando uno o más actos anticompetitivos.

También comparece Parque Arauco S.A. solicitando que la consulta no se admita a tramitación, con los mismos argumentos anteriores.

La resolución del TDLC razona que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes aquella que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso.

En el asunto sometido a conocimiento del tribunal, la Asociación expone que, con motivo de los contratos de arrendamiento celebrados entre los locatarios y los operadores y la integración vertical de éstos con algunos



locales comerciales en el mercado relevante que define, se estaría incurriendo en conductas que, en su concepto, generarían potenciales efectos anticompetitivos. Añade que los operadores gozarían de una posición dominante, que existiría una relación de dependencia de los locatarios respecto de los operadores y que éstos impondrían unilateralmente diversas condiciones contractuales. Así, por ejemplo, la Asociación (i) indica que "la tasa de crecimiento de la renta fija sería en muchos casos sustancialmente mayor que la tasa de crecimiento de los ingresos de los locatarios, constituyendo ello un potencial riesgo y/o efecto anticompetitivo, ya sea por la vía de la extracción de renta que se impone o por un potencial estrangulamiento de los márgenes de este último"; (ii) al referirse a la existencia de la relación de dependencia económica de los locatarios con los operadores, afirma que "la potencial explotación de esta relación de dependencia se ve favorecida por las barreras de salida que son impuestas por los propios centros comerciales". Agrega que dichas barreras a la salida "que son propiciadas por los propios centros comerciales, les permiten explotar con mayor intensidad ese poder que detentan frente a los locatarios"; y (iii) al mencionar que los operadores acceden a información comercial estratégica de los locatarios, en virtud de lo expresamente establecido en



los contratos suscritos entre ellos, afirma que "existirían riesgos de conductas arbitrariamente discriminatorias, lo cual podría dar lugar a abusos explotativos de la posición de dominio que detentan".

En consecuencia, a pesar de que la consultante presenta dichas conductas como potenciales actos anticompetitivos, lo cierto es que, en los hechos, está imputando a los operadores la ejecución de prácticas que podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N°211. En razón de lo expuesto precedentemente, el acogimiento de las peticiones formuladas por la Asociación supone, necesariamente, que se califiquen las conductas que indican como contrarias a la libre competencia, lo cual hace contencioso este asunto.

Del mismo modo, una controversia como la de autos debe conocerse en un procedimiento contencioso, toda vez que la exigencia constitucional de un justo y racional procedimiento deviene en la necesidad de que, en la especie, los litigantes cuenten con un proceso que les asegure las garantías propias de un contradictorio, en el que puedan hacer valer sus derechos, controvertir las afirmaciones de la contraria y rendir prueba en apoyo a sus pretensiones. Por consiguiente, los falladores estiman que el asunto sometido a conocimiento del TDLC



por parte de la Asociación, para el ejercicio de la potestad consultiva, contiene alegaciones de naturaleza tal que sólo podrían ser conocidas en un procedimiento contencioso, lo cual hace que sea improcedente iniciar el procedimiento no contencioso a que se refiere el artículo 31 de dicho cuerpo legal.

La Asociación dedujo recurso de reclamación en contra de la decisión anterior, expresando que, conforme a la resolución recurrida, sólo serían no contenciosos aquellos hechos, actos y contratos que no puedan infringir la libre competencia, afirmación que no se condice con las finalidades del procedimiento de consulta.

En efecto, explica que la consulta busca que se indique si hay efectos anticompetitivos o riesgos de dichos efectos, puesto que los asociados no tienen la certeza de si sus contratos y normas generales observan la normativa de libre competencia; esa certeza no existe por la falta de transparencia en la relación contractual, no saben si son discriminados entre sí o respecto de las marcas relacionadas a los operadores; o cuáles son los criterios para fijar aspectos tan relevantes como la renta o gastos comunes, considerando también que hay una relación de dependencia entre los locatarios y los operadores, un alto grado de concentración y la



integración vertical con marcas que compiten con los locatarios.

Pone énfasis en que en ningún pasaje de la consulta se imputan actos anticompetitivos, sólo se identificaron posibles riesgos y potenciales efectos, pidiendo que se adopten medidas.

En este sentido, una primera infracción se centra en el contenido del artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, en tanto la finalidad de la jurisdicción de libre competencia es resguardar la competencia en los mercados y, en este contexto, la potestad consultiva busca otorgar certeza mínima a los actores al determinar la eventual contradicción entre un acto y la libre competencia, en cumplimiento de la potestad del TDLC para hacer cumplir la legislación en la materia. Es precisamente esa certeza aquello que se persigue con esta consulta y, en efecto, el propio tribunal reconoce que se sometieron determinados actos y contratos para que se pronunciara sobre la compatibilidad de éstos con las normas de libre competencia, pero luego señala que se habrían imputado ilícitos anticompetitivos, lo cual no podría ser efectivo, puesto que sus asociados carecen de la información suficiente para ello.

Asegura que lo determinante en este caso es la ausencia de una pretensión sancionatoria, puesto que sólo se pide la realización de un examen de compatibilidad con





la libre competencia, petición que no podría plantear sin detallar específicamente qué es aquello que se somete a consulta y de qué forma estima que existe un riesgo anticompetitivo.

Señala que es errado el argumento relativo a que se podría generar indefensión, dado que la consulta se notifica y publica, todos pueden hacerse parte, aportar antecedentes y rendir prueba.

A continuación, refiere que la consulta no es contenciosa y el propio tribunal señala en su resolución que las conductas se presentan como potenciales actos anticompetitivos. En este sentido, no se consideró si en el petitorio había o no pretensiones sancionatorias y, por el contrario, se citan fragmentos descontextualizados, los cuales no son imputaciones, solamente potenciales riesgos para la competencia.

A todo lo anterior se agrega que el tribunal confunde como una sola las 3 materias de la consulta: i) condiciones de los contratos y normas generales, que se vincula con los instrumentos acompañados; ii) hechos y actos específicamente señalados en la consulta respecto de esos contratos y iii) la integración vertical en el mercado; no se analizan cada uno de estos aspectos, ni siquiera se distinguen, sino que se tratan como uno, razonando, por tanto, sobre una consulta distinta a la



que fue planteada e infringiendo así el principio de inexcusabilidad.

Por estos motivos, pide que se deje sin efecto la resolución y se disponga admitir a tramitación la consulta, ya sea en sus tres aspectos o en algunos de ellos.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que, a efectos de iniciar el análisis del único arbitrio impugnatorio subsistente, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta labor es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N°211.

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los*



*hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos".*

Luego, el artículo 31 establece el procedimiento aplicable y el régimen recursivo, disponiendo en su inciso final: *"Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".*

**Segundo:** Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es de naturaleza jurídica no contenciosa, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquel previsto en los artículos 18 N°1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. La doctrina es pacífica en señalar que en un



procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y un órgano requerido.

**Tercero:** Que, además, corresponde precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el TDLC en el presente caso. Desde luego no hay duda de que el Tribunal, a la luz de los citados artículos 18 N°2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de un hecho que, en el caso de marras, se refiere a tres puntos distintos, como son: i) las cláusulas de los contratos de arrendamiento vigentes entre locatarios y operadores de centros comerciales; ii) otros hechos y actos que se detallan en relación a los mismos instrumentos y iii) la integración vertical en este mercado. Ello ocurre, entonces, en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del TDLC para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado, al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico, sino que se trata de medidas



correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopolio por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopolio"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 612). Por otro lado, también se ha dicho que, por la vía de este procedimiento, es posible subsanar el daño que pueda causar una operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, en "Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico". Abelardo Perrot, 2010. Página 315).

**Cuarto:** Que, asentado lo anterior, como lo ha señalado antes esta Corte, resulta indudable que el Decreto Ley N°211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en



la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales (SCS Roles N° 4.108-2018 y N°31.502-2018).

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "*Constitución Económica*", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, asociándose la libre competencia con el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al que se une la reserva legal en materia de regulación económica, la igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, la igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de



los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies y, ciertamente, la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior, debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución o *"la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre"* (Víctor Avilés Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998. Página 218).



**Quinto:** Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

En este contexto, la garantía consagrada en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto. Respecto de ésta garantía se ha dicho que *"si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla*





*una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales". Editorial Jurídica de Chile, 1999. Página 318).*

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, dado que el atentado contra la libertad



puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo, de esta forma, que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como *"el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público"* (Robert Merkin, citado por Alfonso



Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez en "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015. Página 333), señalando los mismos autores que *"el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante"* (Ibidem. Página 276).

**Sexto:** Que, en concordancia con lo expuesto, puede indicarse que *"el legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares"*. En resumen, en el Estado Constitucional el Juez tiene el deber de dar protección a los derechos, *"especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social (...)* El magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" (Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda,



"Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación", Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010. Página 138).

**Séptimo:** Que, finalmente, se debe precisar que esta Corte ya ha señalado con anterioridad que, a través del artículo 18, numeral 2°, del Decreto Ley N°211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N°211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

**Octavo:** Que, a la luz de lo hasta ahora expuesto, también resulta de la máxima relevancia establecer ciertas delimitaciones en la naturaleza y fines del procedimiento no contencioso en materia de libre competencia. En efecto, no es posible utilizar el procedimiento de la consulta con la finalidad que el TDLC imponga condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general. Para ello el Tribunal podría ejercer su potestad para dictar Instrucciones Generales, establecida en el artículo 18 N°3 del Decreto Ley N°211.



Por otro lado, tampoco resulta procedente confundir las condiciones que puedan ser impuestas por el TDLC en el marco del ejercicio de la potestad contenida en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211, con aquellas medidas de orden preventivo, correctivo o prohibitivo que podría establecer en una sentencia como complemento o en lugar de una sanción en el marco del ejercicio de su potestad jurisdiccional. En este orden de ideas, aun cuando el artículo 26 señale como posibles medidas a adoptar en la sentencia definitiva, la de "*modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley*", tal prerrogativa debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión.

En consecuencia, aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio.



De otro modo, la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes, no tendría justificación.

**Noveno:** Que, de este modo, coincide esta Corte con aquello que ha afirmado la doctrina, en cuanto a que *"los asuntos relacionados con todo tipo de hechos, actos o contratos de agentes económicos que puedan afectar negativamente el proceso competitivo en los mercados pueden ser consultados. Esto comprende desde los que digan relación con los niveles de concentración que existan en determinadas industrias, hasta los relativos a actos materiales, como las diversas actuaciones de personas, asociaciones o empresas que puedan facilitar comportamientos anticompetitivos o generar efectos adversos para la libre competencia. Por cierto, toda la amplia gama de actos jurídicos que puedan incidir negativamente en el desempeño competitivo de los agentes que participan en un mercado pueden ser incluidos aquí"*. (Javier Velozo A. y Daniela González D. Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile, 2011, pág. 33).



En otras palabras, el ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos actos o contratos ya celebrados con la legislación que rige la materia, siempre y cuando se refiera a actos concretos y no exista una imputación formal y directa - y, a la vez, una pretensión sancionatoria - relacionada con ilícitos anticompetitivos. Bajo estos parámetros, no sería posible instrumentalizar la consulta, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad. El asunto sometido al conocimiento del tribunal no debe implicar la existencia de una controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la eventual disconformidad entre unas disposiciones singulares y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto.

Relacionado con lo anterior, la promoción de una consulta no requiere de una afectación actual a los bienes jurídicos protegidos, sino una eventual, que



precisamente será evitada o prevenida a través de la adopción de las medidas que el tribunal imponga, las cuales pueden ser propuestas por el consultante, sin resultar vinculantes para los sentenciadores, que pueden decretar aquéllas, como también otras que sean idóneas para la finalidad buscada.

Tales son los lineamientos que permiten otorgar un contenido propio a la potestad consultiva del TDLC en materia de actos y contratos ya celebrados.

**Décimo:** Que, en el caso concreto, se ha puesto en conocimiento del tribunal la existencia de contratos tipo que rigen un mercado relevante específico, esto es, aquel que se da por el vínculo entre locatarios y operadores de centros comerciales, cuyo contenido - al imputarse que es análogo en todos los casos - determinaría una estructura particular de este mercado en el cual, según se denuncia, no estarían considerados los intereses de todas las partes involucradas.

Tal estructura y características propias es aquello cuyo análisis se solicita del TDLC, en tanto cuestiona la consultante, en concreto, que las condiciones generales impuestas por los operadores - cuyo texto se acompañó - contienen cláusulas que podrían favorecer atentados a la libre competencia, en tanto facilitan el ejercicio de una eventual posición dominante del operador.





Tal potencialidad abusiva de los contratos tipo ha sido latamente reconocida por la doctrina, al señalar: *"la desventaja de los contratos tipo radica en el peligro que implican. En particular, los contratos tipo unilaterales suelen ser el instrumento que emplean las empresas para imponer cláusulas abusivas a la contraparte. En lugar de fijar un modelo equitativo de contrato futuro, el contrato tipo con frecuencia se celebra para beneficio exclusivo de quienes predisponen las condiciones de la contratación, los que se ven favorecidos por cláusulas de irresponsabilidad, por renunciaciones de derecho y de acciones, por plazos de caducidad, etc. (...) Cuando quienes concluyen el contrato tipo destinado a fijar las condiciones generales del tráfico comercial son grupos económicos o empresas cuyos intereses son convergentes, el contrato tipo se denomina unilateral o cartel. Sus autores no negocian en absoluto con los futuros clientes. Éstos no participan en el acto jurídico destinado a fijar la fórmula tipo; cuando deseen contratar, o cuando tengan que hacerlo, irán donde la persona indicada, quien les impondrá la fórmula forjada anticipadamente por medio del contrato tipo"* (Jorge López Santa María. Los Contratos, Parte General. Editorial Legal Publishing, año 2010, pág. 153-154).

En el presente caso, se trataría de un contrato tipo para el arrendador y un contrato de adhesión para el



arrendatario, en tanto uno de los reproches radica en que este último no gozaría de posibilidad alguna de negociar sus cláusulas.

**Undécimo:** Que, a modo de síntesis, ejercer la potestad consultiva en el presente caso implica necesariamente el análisis de las cláusulas de los contratos referidos por la actora, de modo de examinar la forma en que, en la práctica, ellas estructuran el mercado, si consideran los intereses de todas las partes involucradas y, en fin, si su contenido y aplicación es susceptible de facilitar eventuales conductas anticompetitivas en este mercado específico para, finalmente y de ser procedente, adoptar medidas generales tendientes a evitar que tal riesgo se materialice, las cuales, si bien no podrán referirse a modificaciones específicas, podrán imponer ciertos lineamientos generales que deban respetarse en todo instrumento.

**Duodécimo:** 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 en 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 de acceso a la información que podrían facilitar actuaciones en perjuicio de los locatarios, afectando así la libre competencia.

**Décimo tercero:** Que, en consecuencia, corresponde el acogimiento del recurso de reclamación, para disponer que la consulta planteada por la Asociación sea acogida a tramitación, en cuanto a los tres puntos que han sido objeto de ella, los cuales deberán ser analizados por el TDLC, previa solicitud de informe a los agentes económicos relacionados, además de los antecedentes necesarios para un adecuado conocimiento, en los términos que se han venido exponiendo en los motivos precedentes.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se acoge** el recurso de reclamación deducido por la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G., en contra de la resolución de veintiséis de octubre de dos mil veinte, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, en su lugar, **se dispone** que la consulta planteada queda acogida a tramitación, a fin de resolver si se verifica un riesgo actual o potencial de conductas anticompetitivas en el mercado relevante propuesto, en términos generales y en relación a los tres puntos a que la consulta se extiende, en la forma que se ha expresado en el cuerpo de la presente sentencia.



**Se previene** que el Ministro (S) señor Biel concurre al acogimiento del recurso de reclamación, pero estuvo por extender tal decisión únicamente al punto N°1 de la consulta, esto es, el análisis de las cláusulas generales de los contratos que unen a los locatarios con los operadores de centros comerciales, teniendo para ello presente:

1° Que, en concepto de este previniente, tal como se expresa en el fallo que antecede, en el marco del procedimiento no contencioso de consulta corresponde al TDLC el examen general de las cláusulas de los contratos tipo propuestos por los centros comerciales, a fin de revisar la forma en que ellas estructuran el mercado relevante, si tales características configuran o no situaciones que se tornen riesgosas para la libre competencia y, en su caso, adoptar la medidas pertinentes para que tal peligro no se materialice.

2° Que, sin embargo, distinta es la situación de aquello que la actora denomina como "otros hechos y actos" (punto N°2), en tanto su análisis demanda hacerse cargo de la redacción particular de cada una de las cláusulas referidas, por ejemplo, a valores de la renta, gastos comunes, pago de estacionamientos y contribuciones de bienes raíces, remodelaciones, sanciones, cláusulas de término y otros rubros que significan acotar la controversia a una que ya no se ventila en relación al



mercado en general, sino respecto de un operador en particular, lo cual excede los términos de un procedimiento no contencioso de consulta y exige, por tanto, la tramitación de un contradictorio, donde se permita al denunciado una adecuada exposición de sus defensas y la rendición de prueba en apoyo a sus asertos.

3° Que la situación anterior se observa, además, respecto del tercer punto consultado, esto es, la integración vertical entre los operadores de centros comerciales y algunos de sus locatarios, puesto que derechamente se imputa que, en virtud de ella, estos últimos tendrían acceso a la información financiera y estratégica de los miembros de la Asociación consultante, lo cual constituiría una práctica atentatoria contra la libre competencia, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N°211, que se materializaría por la sola existencia de las cláusulas que así lo permiten y exige, nuevamente, la tramitación de un procedimiento que otorgue a las partes concernidas las máximas garantías, a fin de hacer valer sus pretensiones y derechos.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro (S) señor Shertzer, quien estuvo por rechazar la reclamación interpuesta, en concordancia con los propios fundamentos de la resolución recurrida, especialmente su motivo cuarto, esto es, por estimar que los términos de la consulta, en sus tres puntos, implican una imputación



expresa a los operadores de la ejecución de prácticas que podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, lo cual supone la tramitación de un procedimiento contencioso que otorgue a las partes la posibilidad de una adecuada defensa y de rendición de prueba en apoyo a sus pretensiones.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro (S) señor Biel y la disidencia, de su autor.

Rol N°138.221-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Rodrigo Biel M. (s) y Sr. Juan Shertzer D. (s). No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros Suplentes Sr. Biel por haber concluido su período de suplencia y el Sr. Shertzer por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A. Santiago, diez de mayo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a diez de mayo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

