

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Rafael Mery Nieto

Profesor de economía

Universidad Diego Portales

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS RADIALES EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO COMO LÍMITE A LA COMPETENCIA. (COMISIÓN RESOLUTIVA, RESOLUCIÓN N° 681 DE 12 DE MARZO DE 2003, CORTE SUPREMA, 19 DE AGOSTO DE 2003, ROL N° 1197-2003).

Hacia fines del año 2000 Cencosud S.A. iniciaba las obras de un nuevo centro comercial (Florida Center) en la comuna de La Florida, ubicado a tan sólo novecientos metros del centro comercial Plaza Vespucio, de propiedad de Administradora Plaza Vespucio S.A.; lo que llevó a estos últimos a lanzar una fuerte campaña de comercialización, incorporando importantes innovaciones como áreas de esparcimiento, centros culturales y educacionales.

Sin embargo, no fue esta fuerte contraofensiva iniciada por Plaza Vespucio lo que alertó a su nuevo competidor Florida Center, sino que la existencia de “cláusulas radiales” en los contratos de arrendamiento entre Administradora Plaza Vespucio S.A. y sus arrendatarios, mediante las cuales les impedía establecerse con otro local comercial dentro de un radio de cinco kilómetros.

Con fecha 5 de diciembre de 2002 el Fiscal Nacional Económico presentó

un requerimiento ante la comisión resolutive en contra de la sociedad administradora Plaza Vespucio S.A., por ciertas conductas contrarias al decreto ley N° 211, como son: la asignación de zonas de mercado, abusos de posición dominante, establecimiento de barreras artificiales de entrada, entorpecimiento a la libertad de trabajo y otros arbitrios.

En efecto, la Fiscalía sostuvo que el establecimiento de una cláusula radial en el contrato de arrendamiento entre la requerida y sus locatarios, producto del abuso de su posición dominante y en virtud de la cual se prohíbe a los locatarios

“participar directa e indirectamente, en propiedad, arriendo, gestión o toma de interés, en uno o más establecimientos o locales comerciales o módulos de venta o tiendas de otro centro comercial que esté situado dentro de un radio de 5 kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio, destinados al mismo giro y con las mismas marcas comerciales y/o nombres de fantasía del que explotan en Plaza Vespucio”,

estaría asignando una zona de mercado exclusiva para Plaza Vespucio mediante la determinación arbitraria de una específica área territorial, lo que importaría monopolizar la actividad comercial, evitar la competencia y establecer barreras artificiales de entrada al mercado, además de entorpecer el legítimo acceso al trabajo o al desarrollo de una actividad económica.

A su turno, la sociedad administradora Plaza Vespucio S.A., contestando el requerimiento de la Fiscalía, sostuvo que no fue la intención de su actuar el impedir ilegalmente la entrada de Florida Center, toda vez que la cláusula radial estuvo incorporada a los contratos de arrendamiento desde siempre y que ésta fue producto de una libre negociación entre las partes contratantes. Asimismo, Administradora Plaza Vespucio S.A., sostuvo que los arrendatarios se encuentran sujetos a la obligación de incrementar sus ventas con la finalidad de cumplir con sus deberes de colaboración empresarial, los que son propios de su integración al centro comercial, y sujetos también a la prohibición de efectuarle competencia desleal; desviando clientela hacia establecimientos que se ubiquen dentro del radio de atracción relevante. Así entonces, y en atención a estas obligaciones a las que estarían sujetos los arrendatarios, se justificaría la incorporación de las cláusulas radiales en los contratos de arrendamiento, lo que en ningún caso –en opinión de la administradora Plaza Vespucio S.A.– infringiría las normas sobre libre competencia.

En su resolución N° 681 de 12 de marzo de 2003, la comisión resolutive estableció la existencia de cláusulas en

los contratos de arrendamiento de los locales comerciales del centro comercial Plaza Vespucio que “demuestran la colaboración empresarial y comunidad de intereses existentes entre el arrendador y los arrendatarios” (COMISIÓN RESOLUTIVA, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando quinto), entre las que se encuentra la objetada cláusula radial y cuya justificación radicaría en evitar la autocompetencia de los arrendatarios con su local del centro comercial, en el marco de la aplicación del principio del cumplimiento de buena fe de los contratos y la obligación del arrendatario de maximizar sus ventas.

Con todo, la comisión resolutive estimó que lo problemático de las cláusulas radiales frente a las normas de libre competencia radicaba en los efectos del incumplimiento de las referidas cláusulas, constituyendo –en los hechos– “una barrera artificial de salida respecto del locatario que desea desarrollar su negocio en otro centro comercial, dentro del radio de exclusividad” (COMISIÓN RESOLUTIVA, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando sexto), toda vez que en caso de incumplimiento, la arrendadora tenía derecho a demandar el término anticipado del contrato, exigir el pago de una multa compensatoria o ambos; o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria por cada día de atraso.

En opinión de la comisión resolutive, las referidas cláusulas penales por el incumplimiento de las obligaciones

“limitan la capacidad de un competidor de Plaza Vespucio de

ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal o local en un centro comercial distinto a Plaza Vespucio, dentro del radio de exclusividad pactado”

(Comisión resolutive, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando octavo).

En atención a ello, la comisión resolutive estimó procedente dejar sin efecto, en lo referente a las cláusulas penales por incumplimiento, las cláusulas incorporadas a los contratos que el *mall* Plaza Vespucio mantenía con sus locatarios, acogiendo en forma parcial el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y rechazándolo en lo demás.

Sin embargo, el voto disidente de los señores Sergio Espejo Yaksic y Patricia Rojas Ramos era partidario de dejar sin efecto íntegramente las denominadas cláusulas radiales; toda vez que éstas no permiten que el entrante pueda competir con argumentos económicos en el concurso de los locatarios, atentan contra el bien común de la existencia de competencia en un determinado mercado y constituyen barreras artificiales que impiden la competencia entre los distintos agentes involucrados en el negocio.

Con fecha 12 de marzo de 2003, el Fiscal Nacional Económico interpuso un recurso especial de reclamación contra la resolución N° 681 de la comisión resolutive, solicitando a dicha comisión que disponga

“dejar sin efecto todas las cláusulas pactadas por la requerida Administradora Plaza Vespucio S.A. 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, sin perjuicio de imponer la Comisión a la requerida las demás sanciones que estime procedentes”.

Interpuesto el referido recurso, la Fiscalía de la Corte Suprema informó con fecha 21 de abril de 2003, estimando que la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica era y debía declararse inadmisibile.

Asimismo, la administradora Plaza Vespucio S.A. solicitó la inadmisibilidad del recurso de reclamación deducido por el Fiscal Nacional Económico, ante lo cual la Corte Suprema devolvió los autos a la fiscal, quien en su informe de fecha 12 de junio de 2003 estimo que era pertinente acoger la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, ya que la conducta desarrollada por la administradora Plaza Vespucio S.A. constituye una infracción a las normas sobre la libre competencia, conducta sancionada por los artículo 1° y 2° letra c), e) y f) del decreto ley N° 211, conducta que se encuentra gravada por la circunstancia que ella afecta también a los consumidores, respecto de artículos esenciales como son los artículos de vestuario que se comercializan en estos *malls* o cen-

tros comerciales (FISCALÍA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, informe N° 273, exp. 1197-03 de 12 de junio de 2003, p. 19).

Por último, conociendo del referido recurso de reclamación, la Corte Suprema en sentencia de 19 de agosto de 2003, estimó que la actuación de la requerida, la administradora Plaza Vespucio S.A., “constituye una conducta que atenta contra la libre competencia”, toda vez que

“impide que los actuales locatarios de Plaza Vespucio puedan, paralelamente, mantener locales en lugares aledaños a aquellos en los que actualmente funcionan, lo que impide que puedan ampliar su campo operativo, lo que en forma evidente coarta de manera significativa su posibilidad de extender sus actividades económicas a otros centros comerciales o incluso a otros barrios determinados”,

constituyendo la cláusula radial “un atentado para otros centros comerciales instalados o que se puedan instalar en el sector circundante a la Administradora cuestionada”, impidiendo

“que estos puedan contar con tiendas que expandan determinados productos que puedan resultar atractivos para su clientela, respecto de los cuales los consumidores, para poder adquirirlos, deberán concurrir necesariamente a los locales que mantiene la recurrida. Deberán hacerlo, no porque deban acudir a

consideraciones económicas que puedan ser aceptables e inscribirse en el marco de una sana competencia –como, por ejemplo, diferencias de precios–, sino sencillamente por la inexistencia de lugares en que los expendan, debido a la presencia de tal cláusula”

(Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de agosto de 2003, rol N° 1197-2003, considerando sexto).

En definitiva, la Corte Suprema estimó que el establecimiento de la cláusula radial en los contratos de arrendamiento celebrados entre Administradora Plaza Vespucio S.A. y sus locatarios era abiertamente contraria a la ley y merecedora del calificativo de violatoria de las normas de la libre competencia por infringir los artículos 1° y 2° letras c), e) y f) del decreto ley N° 211, por lo que acogió el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la resolución N° 682 de la comisión resolutoria, y ordenó dejar

“sin efecto todas las cláusulas pactadas por la administradora Plaza Vespucio S.A. con sus arrendatarios, mediante las cuales les impida establecerse con otro local comercial dentro de un determinado radio geográfico, o les fije restricciones cuya naturaleza los imposibilite para instalarse en otro centro comercial o lugar, cualquiera que él sea”,

además de sancionar a la sociedad recurrida con una multa de cien unidades tributarias mensuales.

Así entonces, en una sentencia acertada –desde nuestro punto de vista– la Corte Suprema acogió la tesis de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a que la incorporación de cláusulas radiales en los contratos de arrendamiento celebrados entre Plaza Vespucio con sus locatarios, limita la competencia al impedir la instalación de otros locales por los mismos arrendatarios en centros comerciales aledaños, dentro de un radio geográfico de cinco kilómetros.

En efecto, la incorporación de estas cláusulas radiales importa una conducta atentatoria a la libre competencia en los términos del artículo 1º del decreto ley N° 211; pero lo relevante, dado el diseño normativo actual del derecho de libre competencia chileno, es constatar la interpretación que, tanto el órgano jurisdiccional especial como la Corte Suprema de Justicia, hicieron de los hechos materia del proceso *en comento*.

Los hechos expuestos anteriormente dan cuenta de la acción de un único centro comercial existente en la zona que con el objeto de favorecer sus intereses, estipuló en los contratos de arrendamiento con sus locatarios una prohibición de establecerse con otro local comercial dentro de un radio de cinco kilómetros.

Este acto, que bien puede interpretarse como una manifestación de la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1.545 y 1.560 del *Código Civil* chileno, contraviene las normas sobre libre competencia; por cuanto li-

mita la capacidad de un competidor de ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal en un lugar distinto al centro comercial, dentro del radio de exclusividad pactado. Pues bien, al contravenir las normas sobre libre competencia, nada más cabe concluir que estamos ante una situación de objeto ilícito en los términos establecidos por el artículo 1.462 del *Código Civil*, lo que permite a la Corte Suprema arribar a la correcta decisión de dejar sin efecto la referida cláusula.

Pues bien, la pregunta que corresponde hacerse entonces es determinar, ¿por qué el establecimiento de la cláusula radial en los contratos de arrendamiento entre la administradora Plaza Vespucio S.A. y sus locatarios constituyen una conducta contraria a las normas sobre la libre competencia?

La incorporación de estas cláusulas radiales importaría una suerte de barrera de entrada para el nuevo competidor excluido por la existencia de estas cláusulas, lo que indirectamente aumenta el poder de mercado de Plaza Vespucio al ser el único participante del mercado.

En términos económicos, una barrera de entrada

“es una condición que vuelve a los costos de largo plazo de un nuevo participante a un mercado, mayores que los costos de largo plazo de las empresas existentes en el mercado”

(POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2003, p. 73), en otras

palabras, una barrera de entrada se traduce en grandes costos iniciales para el nuevo participante. En el fondo, cualquier barrera de entrada, lo que hace es que el potencial competidor tenga que realizar esfuerzos (en inversiones) para entrar al sector. Cuantos mayores sean los costos por asumir, mayores serán las barreras de ingreso para estos competidores.

Abrir un centro comercial en el radio urbano de mayor afluencia de público de la ciudad de Santiago sin la posibilidad de contar con un número importante de empresas de vestuario y rubros afines, se traduciría en grandes esfuerzos de inversión, principalmente en publicidad, y costos iniciales que imposibilitan la competencia leal y sana en términos económico que tantos beneficios reporta a los consumidores.

El establecimiento de cláusulas radiales por parte de Plaza Vespucio responde a una política de exclusión que busca abusar del poder de mercado que tenía dicho centro comercial, con el objetivo de mantener o incrementar su dominio. En definitiva, a Plaza Vespucio no le bastó con lanzar una fuerte campaña publicitaria con la finalidad de fortalecer su marca frente a la amenaza de un competidor, cuestión absolutamente razonable y justificable; sino que incorporó cláusulas contractuales en los contratos de arrendamiento con sus locatarios que, sea como se las presente, constituyen una barrera artificial que impide la libre competencia del nuevo competidor.

Cabe destacar, entonces, lo acertado de la decisión de la Corte Suprema en cuanto a dejar sin efecto las referidas

cláusulas radiales, confirmando una tendencia jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de libre competencia chileno, así como también el desarrollo en otros países con bastante mayor tradición en esta materia. La decisión de la Corte Suprema, a fin de cuentas, entrega una certeza jurídica a los actores y agentes del mercado, además de promover y proteger la competencia a favor de nuevas empresas entrantes, todo lo cual termina beneficiando a los consumidores finales.

La certeza que entregan las decisiones judiciales en materia de libre competencia debiera traducirse en mayores incentivos para que las empresas actúen competitivamente y no abusen de su poder monopólico. En efecto, la incertidumbre respecto a las decisiones judiciales y a la interpretación que darán los órganos jurisdiccionales en esta materia puede traducirse en mayores abusos de la posición dominante de una empresa. La existencia de reglas claras es un requisito fundamental del sistema mercado competitivo que termina, a fin de cuentas, beneficiando a los consumidores. Mayor competencia se debiera traducir en mayores beneficios para los consumidores. Sin embargo, lo anterior no significa que deba sancionarse la sola existencia de una empresa que ocupe una posición dominante o monopólica al interior de un mercado; sino que lo que debe sancionarse y repudiarse –como en el caso *en comento*– son los actos, convenciones o prácticas que atentan con algún principio del ordenamiento jurídico como consecuencia del abuso de su posición de dominio. El hecho que una empresa tenga poder monopólico

es condición necesaria, pero no suficiente para concluir que sus actos o prácticas comerciales deban sancionarse por violar las normas de libre competencia (*vide* BARANDIARÁN, E., “Garantías cons-

titucionales y defensa de la competencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 497-506).