

## Informe No 193/2020

Montevideo, 4 de setiembre de 2020

### ASUNTO N° 41/2019: FRASION S.A. c/ MARYSTAY S.A. (Punta Shopping)-(Contratos de arrendamiento con cláusula de exclusividad) - DENUNCIA

#### 1. ANTECEDENTES

Luego de realizado el Informe Técnico (jurídico) N° 190/2020, y según pase del día 3 de setiembre del presente, vienen las presentes actuaciones para informe económico.

MARYSTAY S.A. ("MARYSTAY") y FRASION S.A. ("FRASION") suscribieron el 13 de julio del presente el "Acuerdo de Transacción" (fs. 1104 a 1115), según el cual MARYSTAY se compromete a dejar sin efecto la cláusula de exclusión geográfica ("Cláusula Radial") de los contratos presentes y futuros, que se hayan firmado o se firmen, con los comercios locatarios del Punta Shopping, del cual es propietaria. Esta cláusula, presente en la mayoría de los contratos actuales de arrendamiento, impedía de hecho a los comercios presentes en Punta Shopping la apertura de nuevos locales comerciales dentro de un radio de 20 km a la redonda, medidos desde la ubicación de dicho centro comercial.

En concreto, MARYSTAY se comprometió a sustituir dicha cláusula exigida a los contratos de arrendamiento de los comercios locatarios de Punta Shopping por una nueva, la "Nueva Cláusula Radial", que en los hechos comprende también una cláusula de exclusión geográfica, pero con una distancia sensiblemente menor (3,35 km de extensión).

La distancia establecida en relación a la nueva cláusula, permitiría entonces la instalación en Atlántico Shopping (emprendimiento comercial que prevé desarrollar FRASION) de locales comerciales de aquellas marcas que ya se encuentren presentes en Punta Shopping. De esa forma, FRASION podría contar en Atlántico Shopping con el mix de marcas conocidas y prestigiosas que harían atractivo su nuevo emprendimiento comercial desde

punto de vista del consumidor. En contrapartida, FRASION acepta desistir de la denuncia por abuso de posición dominante contra MARYSTAY.

## 2. ANÁLISIS

Según la Ley N° 18.159, con la redacción dada por la Ley N° 19.833, las cláusulas radiales o de exclusión geográfica no figuran entre “las prácticas expresamente prohibidas” enunciadas en el Art. 4 Bis.

A nivel internacional, la jurisprudencia europea reúne varios antecedentes de litigios derivados de denuncias por supuestas prácticas anticompetitivas relativas a la existencia de cláusulas radiales. En este sentido, según afirman Capurro, Fleitas y Oddone en su informe económico del 8 de noviembre de 2019, al citar el trabajo de O’Reagan (2015)<sup>1</sup>, las decisiones de la Corte de Justicia Europea “...han entendido que las cláusulas de radio impuestas por el propietario...no son anticompetitivas per se, sino que deben analizarse sus condiciones y sus impactos en el mercado relevante” (fs 27).

Es por ello necesario en primer lugar, disponer de una definición del mercado relevante para el caso. En tanto, este asesor coincide con la definición propuesta en el informe señalado (fs. 32 a 36), tanto desde el punto de vista del mercado de producto, como del geográfico.

En primer término, los autores refieren a la definición dada por Rochet y Tirole (2003)<sup>2</sup> y consideran que los shopping centers constituyen plataformas de dos lados o, cuyo mercado se encuentra conformado por dos tipos de clientes: “por un lado tiendas que alquilan espacio para ofrecer sus productos, y por otro lado consumidores que ingresan al shopping buscando una experiencia de compra integrada” (fs 27).

Por segundo lugar, para la definición del mercado relevante geográfico los autores indican no disponer de encuestas de preferencias de consumidores que puedan ilustrar acerca de la disposición de los mismos a desplazarse para consumir ciertos productos y servicios, en relación a distancias y tiempos de traslado. Sin perjuicio de ello, consideran adecuado

---

<sup>1</sup> O’Reagan (2015). European Court of Justice Provides Guidance on When Provisions of Property Leases May Be Anti-Competitive. (Referencia bibliográfica brindada por los autores del informe, fs.39)

<sup>2</sup> Rochet, J.C. y Tirole, J.,2003. Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association, Vol 1, No 4. (Jun., 2003), pp. 990-1029. (Referencia bibliográfica brindada por los autores del informe, fs.39)

plantear hipótesis “sobre comportamientos razonables en base a las características de la ciudad y en base a la estructura de la competencia en ciudades cercanas como Montevideo”

En este sentido, señalan que “Podría afirmarse que el mercado geográfico relevante para la elección de un shopping center es el mercado de las ciudades de Maldonado y Punta del Este; una zona cubierta por un radio de 8 km desde Punta Shopping” (fs. 34). En resumen, el mercado relevante en cuestión es aquel constituido por los shopping center (vistos como plataformas de dos lados), delimitado geográficamente a un radio de 8 km desde Punta Shopping.

Un vez definido el mercado relevante, sería posible analizar si la imposición de la “Cláusula Radial” se enmarca en el abuso de la posición dominante, constituyendo por lo tanto una práctica que atenta contra la competencia.

Sin embargo, al celebrarse el “Acuerdo de Transacción”, FRASION comunica el desistimiento de la denuncia, al considerar que los supuestos efectos anticompetitivos derivados del abuso de posición dominante de MARYSTAY quedan de hecho sin efecto con la sustitución de la “Cláusula Radial” por la “Nueva Clausula Radial”.

Este asesor entiende entonces, que para el presente caso y según lo actuado y expresado por FRASION, de “la Nueva Cláusula Radial” no se derivan *a priori* efectos anticompetitivos.

Sin perjuicio de ello, quien suscribe este informe entiende necesario sugerir a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia el inicio de una medida preparatoria, que tenga por objeto el estudio a nivel general de las cláusulas radiales o de exclusión geográfica y de su aplicación por parte de los comercios, dados los eventuales y potenciales efectos en la competencia que podrían derivarse de la imposición de las mismas.

### 3. CONCLUSIONES

Al no encontrarse las cláusulas radiales o de exclusión geográfica en el enunciado de las prácticas expresamente prohibidas en la Ley de Competencia, resulta necesario analizar en

cada caso los efectos de las mismas a nivel de la competencia, una vez definido el mercado relevante correspondiente.

El “Acuerdo de Transacción” celebrado entre las partes, en particular en lo relativo a la sustitución de la “Cláusula Radial” por la “Nueva Clausula Radial” extingue, a opinión de FRASION, el mérito de la denuncia realizada en un primer momento. En este sentido, considera que con dicha modificación, MARYSTAY elimina disposiciones abusivas que habían sido impuestas como resultado de su posición dominante, accediendo entonces a desistir de la denuncia.

Considerando las implicancias y posibles derivaciones del caso, quien suscribe el presente informe considera que es necesaria la realización de un análisis a nivel general de las cláusulas de exclusión geográfica. En este sentido, como fue señalado, se sugiere a la Comisión el inicio de una medida preparatoria a esos efectos.

Ec. Ponciano M. Torrado