



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Resolución N° 51/013

Montevideo, 10 de abril de 2013.-

ASUNTO 2070/08: OSANIL S.A. CON FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A.

VISTO:

El estado de las presentes actuaciones.

RESULTANDO:

1. Que OSANIL S.A. (OSANIL) denuncia siete presuntas prácticas anticompetitivas de Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. (FNC), a saber: I - Prohibición de ofrecer productos marca Heineken en el comercio minorista. II - Limitación de espacios de exhibición en los locales de las grandes superficies. III - Distorsión y limitaciones en la reposición de productos marca Heineken en los locales de las grandes superficies, salvo en la cadena Tienda Inglesa. IV - Prohibición del frío en los locales de las grandes superficies de las cadenas Disco S.A. y Devoto S.A. V - Distorsiones en la cadena de distribución de los productos marca Heineken mediante el retiro de envases. VI - Distorsión en la distribución de los productos marca Heineken, en especial en el Interior del país y VII - Abuso de posición dominante a través de las prácticas concretas denunciadas.
2. Que por Resolución N° 25/009 de 6 de agosto de 2009, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia decidió exceptuar de la pertinencia resuelta respecto a la denuncia de OSANIL S.A. a la presunta práctica anticompetitiva denominada

“distorsiones en la cadena de distribución de los productos marca Heineken mediante el retiro de envases”, ya que dicha práctica, de confirmarse, constituiría un delito antes que una práctica anticompetitiva, correspondiendo eventualmente su presentación ante la Justicia Penal.

3. Que se han producido los Informes Técnicos N° 9/010 de 23 de setiembre de 2010, N° 88/011 de 3 de noviembre de 2011, N° 98/011 de 13 de diciembre de 2011, N° 49/012 de 6 de setiembre de 2012, N° 55/012 de 28 de setiembre de 2012 y N° 66/012 de 1° de noviembre de 2012, N° 73/012 de 14 de diciembre de 2012 y N° 12/013 de 22 de febrero de 2013.
4. Que por Resolución N° 94/012 de 6 de noviembre de 2012, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia consideró finalizada la investigación correspondiente a las presentes actuaciones y dio vista del proyecto de resolución final a las partes, para que manifestaran sus descargos y ofrecieran prueba.
5. Que con fechas 5 y 6 de diciembre de 2012, respectivamente, OSANIL y FNC evacuan la vista, proponiendo FNC pruebas complementarias.
6. Que por Resolución N° 102/012 de 17 de diciembre de 2012, la Comisión admite la nueva prueba propuesta, estableciendo un plazo de 45 días corridos para su presentación
7. Que no habiendo FNC presentado la prueba en el plazo brindado, por Resolución N° 13/013 de 14 de febrero de 2013, la Comisión decide extender el plazo para la prueba judicial, y desistir de la prueba de mercado no aportada en plazo.
8. Que por escrito de fecha 20 de febrero de 2013 FNC aporta la prueba propuesta.
9. Que por Resolución N° 17/013 de 21 de febrero de 2013, la Comisión dispone el desglose de la prueba de mercado aportada por FNC fuera del plazo estipulado e incorporar para su análisis la prueba judicial aportada.
10. Que por Resolución N° 21/013 de 25 de febrero de 2013, la Comisión dispone dar vista a OSANIL y F.N.C del informe N° 12/013 de 22 de febrero de 2013 y de la totalidad del expediente para formular los descargos y alegaciones finales conforme lo dispuesto por el Art. 26 del Decreto 404/007.
11. Que con fecha 13 de marzo de 2013, OSANIL y FNC presentan sus alegaciones finales, presentando OSANIL prueba complementaria, manifestando que la prueba adicional aportada por FNC es parcial.

12. Que por Resolución N° 43/013 de 21 de marzo de 2013, la Comisión resuelve aceptar exclusivamente la prueba complementaria referida a declaraciones testimoniales brindadas en el proceso judicial Expediente IUE 2-101568/2011 "Osanil c/FNC" por considerarse parte de la prueba ya ofrecida y admitida y rechazar por extemporánea la prueba restante ofrecida por OSANIL, disponiendo su desglose.

CONSIDERANDO:

1. Que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia ha confirmado la determinación del mercado relevante para las presentes investigaciones que había sido establecida por la Dirección General de Comercio, como el mercado de las cervezas en general en el territorio nacional.
2. Que la información contenida en el expediente permite confirmar la posición monopólica de FNC en el período 2007 y 2008 en la producción nacional de cerveza y una posición dominante en el mercado relevante, expresada principalmente en una participación de entre el 97% y 98%.
3. Que los Informes N° 9/010 y N° 49/012, referidos a la denuncia de limitación de espacios de exhibición de la cerveza marca Heineken en los locales de las grandes superficies, concluyen que el análisis de los datos presentados por el propio denunciante no sólo no confirman la denuncia de una discriminación contra la marca representada por el denunciante, sino que permite constatar una similitud básica entre el nivel de exhibición de esa marca con la de la marca importada por la denunciada.
4. Que en relación a la denuncia de distorsión y limitaciones en la reposición de productos marca Heineken en los locales de las grandes superficies, en particular en la cadenas Disco S.A. y Devoto S.A., al ser consultadas por la Comisión dichas cadenas, ambas plantean "que no se ha producido en nuestros locales ninguna situación en la cual la reposición o ubicación en las góndolas de productos de la marca Heineken haya

sufrido distorsiones o limitaciones causadas por personal de terceras personas.” (fs 695 y 696).

5. Que al consultar a las cadenas Disco S.A. y Devoto S.A. respecto a la práctica de “prohibición del frío” denunciada, descrita por la denunciante de esta manera: “La modalidad de esta operativa, sería que una vez al año FNC realiza un pago a la cadena de grandes superficies en retribución de la reserva de su gran presencia en la exhibición y la exclusión de H del frío.”, ambas empresas informaron que la asignación de las llamadas “cabeceras de góndola” (que incluyen los espacios de frío para los productos que no lo requieren para su conservación) es de carácter oneroso (fs. 550 a 555 y fs 575 a 578), lo que está indicando la existencia de un mercado en el que se transan dichos espacios.
6. Que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia no tiene el objetivo ni la atribución de eliminar mercados existentes sino de promover en ellos la libre competencia de modo de garantizar el acceso en las mismas condiciones a las estructuras de distribución para todos los proveedores.
7. Que en el caso de las cadenas de supermercados, las denominadas “cabeceras de góndola” y en particular los espacios de frío para las cervezas, no pueden considerarse como infraestructuras esenciales para la distribución.
8. Que en relación a la denuncia de distorsión en la distribución de los productos marca Heineken, en especial en el Interior del país y en particular en los departamentos de Salto y Paysandú, la consulta realizada por la Comisión a los 50 comercios minoristas con mayores ventas de cerveza en cada uno de dichos departamentos no produjo, como concluyen los Informes Técnicos N° 98/011 y N° 66/012, ninguna respuesta confirmatoria de la práctica antedicha.
9. Que en relación a la denuncia de prohibición de ofrecer productos marca Heineken en el comercio minorista, la investigación desarrollada ha permitido concluir, como lo establece el informe N° 66/012 que “del estudio particular de cada medio probatorio y de su análisis en conjunto, resulta en el caso que nos ocupa acreditado el hecho de que FNC ofrecía bonificaciones (premios en productos) a comerciantes minoristas, a cambio de la limitación de la venta o incluso exhibición de productos – cervezas de sus competidores. Pudo apreciarse que la exigencia impuesta por FNC, no implicaba únicamente la exclusión absoluta de las marcas competidoras, también se ofrecían

diferentes descuentos según el grado de presencia en el comercio...Dentro de esta política general de bonificaciones, encontramos comprendida la conducta anticompetitiva de impedir la venta o la presencia de productos de la competencia, resultando probada la aplicación de bonificaciones que en general rondaba en torno al 2% de las ventas, e incluso en ocasiones se podía ver aumentado dicho porcentaje por la eliminación total de venta.”

10. Que resulta de particular importancia probatoria de la conducta mencionada en el considerando anterior, además de las declaraciones de los testigos aportados por el denunciante, la información proporcionada libremente por otras tres empresas al ser consultadas en el marco de una encuesta general realizada entre comercios minoristas de Montevideo que venden cervezas importadas. (fs 776, 779 y 786).
11. Que los análisis estadísticos realizados a partir de información proporcionada por FNC y OSANIL permiten concluir que las bonificaciones otorgadas por FNC durante 2007-2008 a los minimercados fueron del 1,87% en promedio para los que no vendieron Heineken, mientras que las recibidas por los que sí la vendieron durante todo el período fueron en promedio del 0,96%; asimismo, los análisis econométricos confirman que la venta de Heineken reduce significativamente las bonificaciones que reciben los minimercados de FNC.
12. Que la conducta confirmada en el Considerando 9 constituye abuso de la posición dominante ejercida por FNC en el mercado relevante con el objeto de restringir la capacidad de competencia de Heineken.
13. Que, aunque el perjuicio causado por la práctica anticompetitiva confirmada en el Considerando 9 no es determinable cuantitativamente, es claro que la imposición de restricciones a la competencia en el único subsector del mercado relevante en el que actuaba más de una empresa -el de cervezas importadas-, tiene consecuencias negativas no sólo para los consumidores de dicho subsector sino para la operación de

todo el mercado.

14. Que, aunque no es posible adjudicarlos a esa única causa, la reducción en la participación de Heineken y el crecimiento de Stella Artois en sus respectivas participaciones en el conjunto de las cervezas importadas (fs 35), se produjeron simultáneamente con la práctica ilegal confirmada.
15. Que de las presentes actuaciones no surgen razones de eficiencia u otro tipo de justificaciones para la conducta anticompetitiva constatada, tal como señala el Informe N° 66/012.
16. Que la Comisión, coincidentemente con lo concluido en el Informe Técnico N° 12/013 de 23 de febrero de 2013, no encuentra en las pruebas admitidas en la última etapa probatoria, ningún elemento que permita alterar las conclusiones de la investigación desarrollada.
17. Que para determinar el monto de la sanción a FNC por la práctica ilegal confirmada, se consideran como elementos relevantes el carácter notoriamente intencional de la conducta, su condición de reincidente y su relativamente incompleta colaboración en relación a la investigación sobre su política de bonificaciones.
18. Que, en efecto, la empresa FNC fue sancionada por la realización de prácticas anticompetitivas por parte la Dirección General de Comercio a través de la Resolución N° 61/008 del 2 de julio de 2008.
19. Que aunque la empresa denunciada colaboró con la investigación, en particular al proporcionar la información cuantitativa solicitada respecto a las bonificaciones concedidas a los comercios minoristas de Montevideo, no aportó información clara ni suficiente respecto a la política de bonificaciones que aplica.
20. Que el monto de la multa no representa el 50% del máximo que prevé el lit. C) del art. 33 del Decreto N° 404/007, como establece FNC en su escrito del 6 de diciembre de 2012 a fs. 1446 vto.
21. Que, de acuerdo al art. N° 17, lit. C) de la Ley 18.159 y concordante art. N° 33, lit. C) del Decreto N° 404/007, las multas a imponer por la autoridad de competencia tendrán como máximo una cantidad del que fuere superior de los siguientes valores: 20:000.000 UI (veinte millones de unidades indexadas), el equivalente al 10% (diez por ciento) de la facturación anual del infractor y el equivalente a tres veces el perjuicio causado por la práctica anticompetitiva, si fuera determinable.

22. Que, en base a la información de los estados contables proporcionados por la denunciada (fs 621), se concluye que el 10% del promedio 2007-2008 de las ventas locales de FNC, netas de descuentos e impuestos, equivale a 123:907.581 U.I. (ciento veintitrés millones novecientos siete mil quinientos ochenta y una unidades indexadas).
23. Que en resumen, se habrá de disponer una sanción a FNC consistente en 10:000.000 U.I. (diez millones de unidades indexadas).

ATENTO:

A las disposiciones de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia N ° 18.159 del 20 de julio de 2007 y normativa complementaria y concordante.

LA COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA RESUELVE:

1. Considerar finalizada la investigación correspondiente a las denuncias arriba mencionadas.
2. Descartar la ocurrencia de la conducta denunciada según la cual Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. sería responsable de una eventual limitación de espacios de exhibición de la cerveza marca Heineken en los locales de las grandes superficies.
3. Concluir que no se ha podido probar ni descartar la ocurrencia de las prácticas anticompetitivas de “Distorsión y limitaciones en la reposición de productos marca Heineken en los locales de las grandes superficies” y de “Distorsión en la distribución de los productos marca Heineken, en especial en el Interior del país.”
4. Concluir que aunque el acceso oneroso de Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. a los espacios de frío de las grandes superficies ha sido confirmado, no representa una

práctica anticompetitiva sino la participación en un mercado, el de las “cabeceras de góndola” en las grandes superficies.

5. Confirmar la ocurrencia de la práctica anticompetitiva denunciada consistente en limitar el acceso de la cerveza marca Heineken al comercio minorista, en particular, en el sector de miniservicios, a través del abuso de la posición dominante, por medio de la bonificación sobre compras que se les concedía en función de que vendieran o no dicha marca de cerveza y caracterizarla como violatoria del inciso 2 del art. 2º y del literal A del art. 4º de la Ley N° 18.159.
6. Ordenar a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. el cese inmediato de la práctica ilegal mencionada en el numeral 5.
7. Sancionar a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. por la conducta anticompetitiva confirmada en el numeral 5 con una multa de 10:000.000 U.I. (diez millones de Unidades Indexadas).
8. Comuníquese, archívese, etc.

Ec. Luciana Macedo

Ec. Sergio Milnitsky