

Resolución N° 121/017

Montevideo, 8 de noviembre de 2017.

**ASUNTO N° 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA
S.A. - DENUNCIA**

VISTO:

Que con fecha 10 de junio de 2016 compareció ante nuestras oficinas la empresa MILOTUR S.A. a formular denuncia contra la empresa FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. (FNC S.A.) por la presunta comisión de conductas anticompetitivas.

RESULTANDO:

1. Que MILOTUR S.A. denunció que FABRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A., empresa que tiene una posición de dominio en el mercado de la cerveza, estaría abusando de la misma mediante la celebración de acuerdos de exclusividad en los diferentes puntos de venta del país, particularmente en el canal *On Premise* y dentro del *Off Premise* en los segmentos “tradicional”, “autoservicios” y “mini mercados”, impidiendo y obstaculizando la competencia, en particular de las cervezas Heineken y Schneider, vendidas por la denunciante.
2. Que por Resolución N° 71/016 de fecha 20 de junio de 2016 se declaró pertinente la denuncia, asumiendo competencia y disponiendo la vista de precepto a la denunciada.
3. Que en tiempo y forma mediante escrito de fecha 8 de julio de 2016 compareció la denunciada a evacuar la vista, negando las imputaciones formuladas y solicitando la clausura de la investigación.
4. Que por Resolución N° 84/016 de fecha 21 de julio de 2016 se dispuso la prosecución de las actuaciones, admitiendo la totalidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes en sus escritos iniciales de comparecencia, con excepción de la ofrecida en la denuncia en el numeral 4 del escrito de fs. 179 vuelto, consistente en la intimación a FNC

S.A. para que proporcione datos sobre devolución de IMESI por el uso de envases retornables.

5. Que por Resolución N° 108/016 de fecha 1° de setiembre de 2016, la Comisión intimó a FNC S.A. a aportar los medios probatorios solicitados.
6. Que ante el incumplimiento de FNC S.A., por Resolución N° 142/016 de fecha 9 de noviembre de 2016, la Comisión intimó nuevamente a la denunciada a aportar la prueba solicitada en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de imposición de sanciones.
7. Que por Resolución N° 151/016 de fecha 28 de noviembre de 2016, la Comisión dispuso intimar una vez más a FNC S.A. bajo apercibimiento.
8. Que por Resolución N° 160/016 de fecha 14 de diciembre de 2016 se dispuso multar a la empresa FNC S.A. por incumplimiento del deber de colaboración y aplicar en perjuicio de la denunciada la presunción simple en su contra, con relación a la prueba que le fuera intimada a agregar y se negara a hacerlo.
9. Que por Resolución N° 47/017 de 4 de mayo de 2017 se consideró finalizada la investigación, dando vista a las partes de un Proyecto de Resolución por el plazo de 15 días hábiles para que realicen sus descargos y presenten prueba complementaria, de entenderlo necesario.
10. Que con fecha 26 de mayo de 2017 MILOTUR S.A. evacuó vista solicitando que se dicte la Resolución de cuyo proyecto se confirió vista, sancionando a FNC S.A. por violación de la ley 18.159 y que se impongan medidas adicionales.
11. Que con fecha 26 de mayo de 2017 evacúa vista FNC S.A., formulando descargos y objeciones al proyecto de resolución y solicitando el diligenciamiento de pruebas complementarias.
12. Que habiendo incorporado la nueva prueba al proceso, la Comisión confirió vista de las actuaciones a las partes por el plazo de 10 días hábiles a efectos de que realicen sus descargos y alegaciones finales, por Resolución N° 78/017 de fecha 31 de julio de 2017.
13. Que con fecha 22 de agosto de 2017, FNC S.A. y MILOTUR S.A. evacuaron vista, presentando sus alegaciones finales.

CONSIDERANDO:

1. Que una vez admitidos los medios probatorios propuestos por las partes, se procedió a su diligenciamiento. Respecto a los contratos de exclusividad suscritos por F.N.C. con



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

sus clientes, la empresa omitió su agregación, pese a las reiteradas intimaciones efectuadas por esta Comisión, conducta que en sí misma implica una violación al deber previsto en el artículo 14 de Ley N° 18.159.

2. Que los medios probatorios adicionales fueron admitidos y diligenciados.
3. Que se han realizado los informes técnicos N° 05/017 de fecha 26 de enero de 2017, N° 12/017 de fecha 1° de marzo de 2017, N° 33/017 de 3 de abril de 2017, N° 49/017 de 5 de junio de 2017, N° 91/017 de 10 de octubre de 2017 y N° 94/017 de fecha 25 de octubre de 2017, los cuales se comparten por la Comisión.
4. Que se definió el mercado relevante, conforme a lo propuesto en el Informe Técnico N° 05/017, siendo el mercado de productos el de las cervezas en general, y el geográfico, el del territorio nacional, lo cual se comparte por la Comisión (fs. 391).
5. Que el informe económico analizó el mercado y concluyó que FNC S.A. tiene una participación cercana al 95% dentro del mismo, y considerando las características del mercado, tiene por lo tanto posición dominante, y como consecuencia de ello no existe hasta el momento empresa alguna que pueda contrarrestarlo (fs. 391).
6. Que el citado informe económico expresó que el principal efecto negativo que puede causar la firma de contratos de exclusividad es el bloqueo total o parcial a la entrada de un competidor y a la expansión de las empresas competidoras, afectando la estructura competitiva del mercado y por lo tanto a los consumidores (fs. 386 vto).
7. Que por otra parte, dado que FNC S.A. se negó a presentar sus contratos, ni aclaró cuáles eran los puntos de venta en los cuales existen estas exclusividades, corresponde presumir, entre otros extremos, su contenido, la cantidad de acuerdos celebrados, y su eventual importancia para el ingreso o la expansión de competidores, al amparo del artículo 14 de la Ley 18.159.
8. Que, los contratos de exclusividad siempre implican una restricción a la competencia, lo cual conduce a que se deben ponderar los efectos negativos y los efectos positivos de los mismos en el contexto determinado, para determinar si dichos contratos son anticompetitivos.

9. Que, respecto a las posibles razones de eficiencia económica que justifiquen la existencia de las referidas exclusividades, el informe económico citado analiza las características del mercado, concluyendo que no se encuentran argumentos de eficiencia para justificar, con la estructura de mercado existente, la restricción a la competencia realizada a través de los contratos de exclusividad de FNC S.A. con los minoristas, ya que no se trata de un producto complejo, el costo para el consumidor no insume una parte importante de sus ingresos, el producto se adquiere en reiteradas ocasiones, los lugares de adquisición son de fácil acceso, los consumidores cuentan con suficiente información sobre las características del producto, no se trata de un producto nuevo o innovador, no hay grandes barreras a la entrada de nuevos minoristas, y las economías de alcance no serían considerables (fs. 387 a 389).
10. Que las conclusiones a las que arriba el informe jurídico N° 12/017 son coincidentes con las del asesor económico, señalando que la celebración de acuerdos de exclusividad, suscriptos por FNC S.A., configura abuso de su posición dominante, lo cual es punido por el artículo 6 de la Ley 18.159, traduciéndose en un perjuicio a los consumidores (fs. 405-406).
11. Que asimismo el informe jurídico concluye que una empresa que goza de una posición cercana al 95% del mercado, y otra que cuenta con menos del 5%, no se encuentran en igual situación, pues las conductas de una y otra no afectan de la misma forma al mercado, descartando por este motivo que la denunciante haya incurrido en la misma conducta que la denunciada, no vulnerándose, por tanto, el principio de igualdad de las partes en estos obrados (fs. 405-406).
12. Que el informe económico N° 91/017 realiza el análisis de las pruebas complementarias incorporadas, especialmente de las justificaciones de ganancias de eficiencia esgrimidas por la denunciada, concluyendo que las mismas son teóricas, no resultando ninguna de ellas de aplicación en el presente caso concreto y no traduciéndose en beneficios a los consumidores (fs. 631).
13. Que resulta importante resaltar que las argumentaciones presentadas por la denunciada se refieren básicamente al canal *On Premise*, cuando las prácticas investigadas en estas actuaciones corresponden a dicho canal pero también al canal *Off Premise*, en los segmentos, tradicional, autoservicios y mini mercados.



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

14. Que, en lo que respecta a la inexistencia de barreras a la entrada al mercado planteadas por FNC S.A., el informe N° 91/017 disiente, señalando que en el mercado bajo análisis existen varias barreras a la entrada, sumado a que la propia restricción vertical puede actuar como obstáculo a la entrada y a la expansión de las empresas competidoras (fs 632 y 632 vto).
15. Que respecto a lo esgrimido por FNC S.A. en cuanto a que los servicios de venta al consumidor en este mercado son importantes, el informe N° 91/017 discrepa, señalando que para realizar ese argumento FNC S.A. se basa en un ejemplo internacional donde la mayoría de la cerveza vendida es *Draft*, para lo cual se requiere un equipo especial y operarios capacitados para usarlo y mantenerlo. En cambio, en el territorio nacional la mayoría de la cerveza se vende en supermercados, autoservicios y segmento tradicional, y sólo parte de la cerveza vendida en el canal *On-Premise* es del tipo *Draft* (fs 632 vto).
16. Que, respecto al argumento de FNC S.A. que hay inversiones realizadas por la empresa, que no se harían de no firmar contratos de exclusividad, el dictamen N° 91/017 señala que se trata de un argumento teórico, el cual no está reflejado en el contrato adjunto en estas actuaciones, no existiendo ningún tipo de inversión específica a la cerveza que deba realizar la denunciada (fs. 647 y 648).
17. Que la respuesta brindada por Cambadu al oficio librado reconoce la existencia de contratos de exclusividad, los cuales pueden manifestarse a través de contratos firmados, otras formas escritas como correo electrónico o papel de trabajo y comunicaciones verbales. Esto implica que las condiciones de los contratos, la duración de los mismos y la forma de su renovación no son claras.
18. Que el informe jurídico N° 94/017 revela que desde el punto de vista formal la Comisión ha cumplido con el debido proceso, respetando cada una de las etapas y exigencias previstas en la Ley 18.159 y su decreto reglamentario, garantizando a las partes el ejercicio integral de su defensa, priorizando en todo momento asegurar el derecho de defensa (fs. 652).

19. Que el mencionado informe jurídico indica que respecto a la cuestión de fondo, y atento a las conclusiones alcanzadas en el nuevo informe económico N° 91/2017, *“este asesor se remitirá a lo que ya señalara en los Informes N° 12 y 33/2017, en particular a lo informado respecto a los acuerdos de exclusividad de fojas 397 vuelto a 401, 405 a 406 y 429 a 430, pues no existen elementos nuevos que lo conduzcan a modificar lo oportunamente informado”* (fs. 652 vto).
20. Que, respecto a la prueba superviniente presentada por FNC S.A. a fs 621, el informe N° 94/017 señala: *“En efecto, se trata de una nota de prensa, cuya fecha de publicación es varios meses posterior (26 de agosto de 2017) al proyecto de resolución final de la Comisión (4 de mayo de 2017), no existiendo prejuzgamiento alguno, ni mucho menos una actividad que involucre a los funcionarios de esta oficina con lo publicado por el Diario El País. En virtud de ello, corresponderá tener por agregado el documento, aunque el mismo (a criterio de este asesor) resulta absolutamente intrascendente y no exculpa a F.N.C de las irregularidades cometidas”* (fs. 652).
21. Que, el informe jurídico N° 94/017 señala asimismo, que la Comisión no ha considerado ilegal en sí misma la posición que ocupa F.N.C dentro del mercado; lo que considera ilegal es la forma en la que ha abusado de la misma (fs. 653).
22. Que en virtud a lo referido anteriormente, y habiéndose configurado la comisión de un abuso de posición de dominio en el mercado de la cerveza mediante la imposición de restricciones verticales que obstaculizan y restringen la competencia en perjuicio de los consumidores a partir de la celebración de acuerdos de exclusividad, limitando a los consumidores de la posibilidad de optar entre diversas marcas de cerveza y obtener diversos precios y prestaciones, además de representar un obstáculo a los restantes competidores para el desarrollo efectivo de la competencia, corresponde sancionar a la denunciada y ordenar el cese de su conducta.
23. Que por otra parte, se considera un agravante el hecho que FNC S.A. sea un agente reincidente en la comisión de prácticas anticompetitivas, habiendo sido sancionado por una práctica similar, conforme surge de la reciente Sentencia N° 59/2016 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
24. Que también fueron considerados como agravantes su grado de participación en la comisión de la práctica anticompetitiva, su intencionalidad, y la actitud asumida durante el desarrollo de estas actuaciones administrativas, dada su negativa a colaborar con la investigación.



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

25. Que en función de lo expuesto se habrá de ordenar el cese de la conducta y aplicar una sanción que se determinará en función a las circunstancias expresadas anteriormente.
26. Que, adicionalmente, la Comisión dispondrá la realización de un seguimiento periódico del mercado investigado, a través de pedidos de informes a las empresas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 18.159.

ATENCIÓN:

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

LA COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RESUELVE:

1. Considerar finalizada la presente investigación concluyendo que se ha probado la existencia en estos obrados de un abuso de posición dominante por parte de FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A., consistente en la celebración de acuerdos de exclusividad que limitan a los consumidores la posibilidad de optar entre diversas marcas de cerveza y obtener diversos precios y prestaciones, además de representar un obstáculo a los restantes competidores para el desarrollo efectivo de la libre competencia.
2. Ordenar el cese inmediato de la conducta reputada como ilegal.
3. Aplicar a FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. una sanción de multa por un monto de UI 15:000.000.- (quince millones de Unidades Indexadas).
4. Realizar por parte de la Comisión un seguimiento periódico del mercado investigado, a través de pedidos de informes a las empresas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 18.159.
5. Disponer el archivo de las actuaciones.
6. Comuníquese, etc.

Dra. Natalia Jul

Ec. Luciana Macedo