

Informe N° 60/2024

Montevideo, 17 de mayo de 2024.-

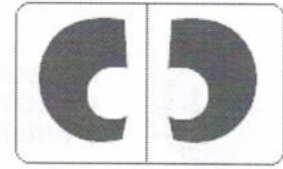
Asunto N° 2023-5-1-0008879: ATHN Foods Holding S.A. (Minerva)/Marfrig
Global Foods S.A. (Marfrig) -
Concentración económica.

Retornan estos obrados para informe jurídico, en virtud de los escritos de evacuación de vista presentados por los participantes de la operación de concentración de marras.

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- Por providencia de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante, CPDC) de fecha 30 de abril del corriente, se resolvió otorgar vista del Proyecto de Resolución que dispone: *“Denegar la operación de concentración económica proyectada entre ATHN FOODS HOLDING S.A.U. (Minerva) y MARFRIG GLOBAL FOODS S.A. (Marfrig), que consiste en la adquisición por parte de la primera, del del 100 % de las acciones de tres sociedades uruguayas (Establecimientos Colonia S.A., Inaler S.A. y Prestcott International S.A.), además de ciertos activos de conformidad con el Contrato de Compraventa de Acciones y otros convenios de fecha 28 de agosto de 2023”*. Dicho acto administrativo fue notificado a los interesados con fecha 1 de mayo.

1.2.- Dentro del término otorgado, surgen las siguientes comparecencias: i) con fecha 13 de mayo se presenta Minerva *“a proponer condicionamientos en el marco del artículo 9 de la Ley No. 18.159 (...), el artículo 45 del Decreto Reglamentario No. 404/007 (...) y la Guía de Análisis Económico de Concentraciones de la Comisión”*, el cual fue rectificado con escrito presentado al día siguiente; ii) con fecha 15 de mayo se presentan Minerva y Marfrig, a *“evacuar la vista conferida a las Partes por la Comisión con fecha 1 de mayo de*



2024” y “formular consideraciones adicionales, solicitando desde ya que se autorice, la operación objeto de las presentes actuaciones”.

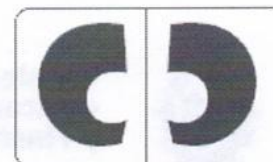
1.3.- Surge el pronunciamiento de área económica mediante el informe N° 59/2024.

2.- ANALISIS

2.1.- Propuesta de condicionamientos de Minerva

En su primera comparecencia, luego de dejar la salvedad de sus discrepancias con las conclusiones del Proyecto de Resolución, del Informe Económico y del Informe Jurídico, a “efectos de viabilizar la autorización de la Operación”, propone condicionamientos para que la Comisión deje sin efecto su Proyecto de Resolución y en su lugar, disponga que la autorización quede sujeta a condicionamientos.

Afirma que se trata de compromisos “que intentan restablecer los niveles de competencia”, considerando que son adecuados con los objetivos que persigue: mayor equilibrio de fuerzas con sus clientes a nivel global, dar mayor escala a la producción para dar más valor agregado y beneficiar a toda la cadena productiva.



Entendiendo que toda la información y documentación aportada en su escrito y anexo constituye información comercial y económica de Minerva, incluyendo sus prácticas y estrategias comerciales y potenciales planes futuros, solicita que se declare y garantice su confidencialidad. Acompaña con su solicitud un resumen no confidencial, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto N° 232/010.

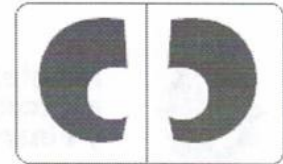
El derecho de acceso a la información pública constituye un derecho fundamental, siendo las excepciones establecidas en la Ley N° 18.381 *“de interpretación estricta.”* Concretamente, la norma invocada por los interesados, el artículo 10 I.B, considera información confidencial, la que *“Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor”*.

A criterio de quién suscribe, la información que únicamente encarta en la citada excepción es el Documento A) que contiene el detalle de la Propuesta de Remedios, lo que no acontece respecto del escrito presentado, el cual contiene un capítulo de antecedentes de estas actuaciones y brinda una explicación, a grandes rasgos, de los compromisos propuestos, pero sino ahondar en los detalles, los que surgen explicitados en el documento adjunto.

2.2.- Evacuación de vista de Minerva y Marfrig

En la subsiguiente comparecencia, Minerva presenta descargos en forma conjunta con Marfrig *“solicitando desde ya que se autorice, la operación objeto de las presentes actuaciones”*. En síntesis, fundan su argumentación en lo siguiente:

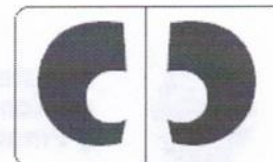
Que el análisis que realiza la Comisión respecto a diversos aspectos de la operación, *“parte un error en la apreciación de los antecedentes del caso, por lo cual un eventual acto administrativo denegatorio estaría viciado por error en los motivos”*, considerando que no resulta legítimo que la Administración se haya basado en antecedentes de hecho y/o derecho equivocados. Así, se agravia de que: i) se utilice



para fundar su postura en lineamientos de ordenamientos o entidades extranjeras con índices ajenos y no incorporados a nuestro ordenamiento, dictados con posterioridad a la presentación de la solicitud de la operación; ii) que la definición de mercado relevante no tenga en cuenta que se trata de mercados con una dimensión geográfica que trasciende lo nacional y se enfoque exclusivamente en el mercado de ganado bovino y carne vacuna, excluyendo otros mercados de comercialización como el ganado ovino, porcino, avícola, entre otros; iii) se alegue la eliminación de Marfrig como competidor vigoroso y particularmente cercano, considerando que no resulta válido el precedente administrativo, siendo válido la aplicación de decisiones y no de *“argumentos como pretende la Comisión”*. Señala que *“no todos los asesoramientos, argumentos o evaluaciones allí efectuadas pueden ser trasladables al presente, en los mismos términos que allí se suscitaron, lo que determina a su vez, que las circunstancias no sean las mismas”*.

Que se ha vulnerado los principios de razonabilidad y proporcionalidad, siendo la consecuencia imputada por la Comisión excesiva, *“cuando existen una serie de potenciales remedios que resultan más ajustados y medidos al caso concreto”*. A su criterio, *“no corresponde que se ingrese en el análisis de escenarios hipotéticos en cuanto a qué hubiera sido mejor, sino por el contrario, limitarse al análisis de la Operación concreta”*. *“No existen en este caso pruebas de que post Operación, se produzcan impactos competitivos negativos”*, citando los informes económicos oportunamente aportados.

Que se ha vulnerado el principio de debido procedimiento, por entender que *“la Comisión omite considerar y/o valora de forma incorrecta las probanzas de autos”* y que, si bien ha referido a las consideraciones realizadas, *“no se ha pronunciado adecuadamente sobre todos los medios de prueba y argumentos esgrimidos por las Partes”*. Indican puntualmente, que no se haya considerado para su análisis las presiones anticompetitivas y la inexistencia de posición dominante ni de altos niveles de concentración producto de la Operación, *“lo cual no ha considerado la Comisión para*

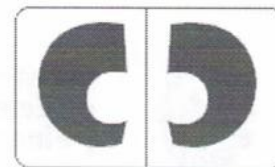


realizar su análisis – en base a una incorrecta definición de los mercados relevantes”. “Minerva no ostenta ni ostentará una posición relevante en los mercados de referencia” (cita otros casos resueltos por la CPDC en que “las partes superaban ampliamente el umbral de dominancia en varios mercados post-concentración” e igualmente se autorizó la transacción con remedios).

También consideran que se ha valorado de manera errónea la prueba y sus argumentos respecto a la formación de precios y traslado de precios internacionales y los factores referentes a una posible colusión entre las Partes y cláusulas de derecho de preferencia y no competencia, afirmando que “la Comisión se basa en meras suposiciones para rechazar la Operación”, además de tratarse de una cláusula legítima y habitual en este tipo de contratos.

Respecto de la estructura accionaria de Minerva, al igual que en sus descargos de fecha 26 de abril, señalan “que, si bien SALIC es uno de los accionistas de Minerva, no tiene control alguno en Minerva”, “por lo que SALIC no tiene derecho a decidir sobre ningún aspecto de carácter comercial, operacional, financiero o administrativo de Minerva”. “En cuanto a BRF, SALIC posee únicamente una participación minoritaria sobre BRF, de apenas 10,7 % por lo que difícilmente podría tener una influencia significativa, siendo su intervención un objetivo meramente financiero”.

Finalmente, luego de agravarse de una supuesta “errónea valoración de las ganancias de eficiencia y su consideración respecto a los eventuales perjuicios de la Operación”, concluyen que “el Proyecto de Resolución y todo el procedimiento tramitado para su dictado se encuentran viciados por haber ser contrarios a una serie de principios y normas que deben guiar la actuación administrativa”, por lo que, estando en juego el derecho de libertad de las Partes debiendo existir razones válidas para restringir dicho derecho fundamental, solicitan a la Comisión “que modifique la postura adoptada y por consiguiente se autorice la Operación”.



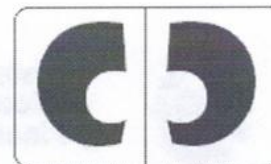
2.2.- Desestimación de los descargos presentados

Los descargos desplegados por Minerva y Marfrig no aportan elementos que conduzcan a reconsiderar las conclusiones oportunamente arribadas, surgiendo que en el presente procedimiento se ha realizado una valoración integral y armónica de todos los elementos relevantes del caso.

En efecto, respecto del agravio de que la CPDC se haya basado en fundamentos de derecho equivocados por utilizar *“directrices y lineamientos inválidos”*, amerita por un lado distinguir el marco normativo nacional -citado en el precedente informe jurídico-, y por otro lado, todos los elementos que corresponde calibrar para realizar el análisis de los efectos económicos de la operación económica, para determinar en definitiva, si puede *“disminuir significativamente la competencia”*. La metodología estándar para realizar dicha tarea eminentemente técnica surge recogida, en primera instancia y a grandes rasgos, en la *“Guía de análisis económico de concentraciones económico”*, pero complementariamente, hay toda una serie de elementos como resulta ser el índice de dominancia que se recoge de la experiencia internacional y las mejores prácticas para realizar este tipo de evaluaciones.

Por lo anterior, la circunstancia que, en el caso concreto de una investigación por la comisión de una presunta práctica anticompetitiva, mediante sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del año 2017, se haya señalado el rango del 40 % para definir que un agente tiene posición dominante, no implica que ello sea plenamente trasladable al caso bajo estudio. Pero además, para establecer dicha pauta la Corporación no se basó en ninguna norma de derecho positivo nacional, sino en el criterio establecido por un autor extranjero¹. Las características y funcionamiento de los diversos mercados es una realidad dinámica que es objeto de estudio y

¹ Motta Massimo *“Competition Policy: theory and practice”* 2003, Capítulo 1, págs. 32-33



actualización por las autoridades de competencia, resultando plenamente legítimo que se tome de manera debidamente fundada como insumos los criterios e índices arribados por referentes en la materia, como resulta ser la Federal Trade Commission (FTC) de Estados Unidos. Además, como se puntualizó en el informe económico, no se tratan de valores absolutos, sino una de las variables a considerar en el análisis de la operación.

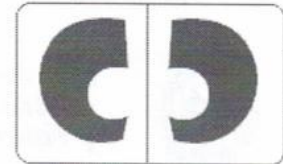
Sin perjuicio de lo anterior, y en relación a la afirmación de que se utilizó un lineamiento “dictado con posterioridad a la presentación de la Solicitud de la Operación”, los comparecientes olvidan que si bien la presentación inicial se verificó con fecha 1 de noviembre de 2023, la información y documentación aportada no cumplió inicialmente con los requerimientos exigidos en la normativa nacional (artículo 41 del Decreto N° 404/007², formulario de “Solicitud de solicitud de autorización de concentración económica” aprobado por Resolución de la CPDC N° 87/020), lo que motivó que se otorgara sucesivas vistas a efectos de que subsanen las observaciones oportunamente formuladas por los informes técnicos y la CPDC. La documentación indispensable para iniciar el estudio de la operación se terminó presentando recién con fecha 22 de enero de 2024, habiéndose dispuesto por Resolución de la CPDC N° 10/2024 de fecha 31 de enero que la misma es correcta y completa, momento a partir del cual, comenzó a computarse el plazo legal para el pronunciamiento de la autoridad de competencia. O

² “Artículo 41: El Órgano de Aplicación resolverá en un plazo de 10 (diez) días hábiles respecto a la información presentada por los solicitantes de la autorización.

Si el Órgano de Aplicación entendiera que la documentación proporcionada a efectos de la solicitud de autorización de concentración no es correcta y completa, dará vista a las partes quienes podrán subsanar las observaciones formuladas en un plazo de 10 (diez) días hábiles).

Si los participantes del acto de concentración no subsanaran las observaciones en el plazo de 10 (diez) días hábiles, el Órgano de Aplicación podrá tener por no presentada la solicitud de autorización de concentración económica, sin perjuicio de las demás sanciones que puedan corresponder. En dicho caso, no podrá presentarse una nueva solicitud de autorización respecto del mismo acto de concentración sino una vez transcurridos 10 (diez) días hábiles del rechazo de la presentación.

Una vez presentada la información requerida de manera correcta y completa, el Órgano de Aplicación resolverá sobre el acto de concentración económica por el término legal”. El destacado es de la suscrita.

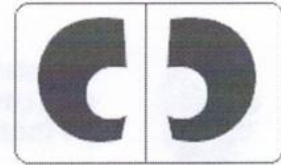


sea, más de un mes más tarde a la publicación de los nuevos criterios de la FTC.

En relación a los alegados “*antecedentes de hecho equivocados*” en los que se habría basado el análisis de la Comisión, haciendo alusión a las referencias de las manifestaciones vertidas por la propia Minerva en el marco del procedimiento de autorización de la operación de BPU - se verificó en el mismo mercado relevante tan solo unas semanas antes de promover la solicitud de obrados- va de suyo que no constituyen “*fuerza formal del Derecho Administrativo*”, ni van a suplir el correspondiente análisis económico sobre dicho extremo. No obstante, merecen referenciarse para evidenciar las contradicciones en las que incurre la parte compradora sobre elementos centrales del análisis, como resulta ser si Marfrig es, o no, un competidor vigoroso y particularmente cercano de Minerva. Entonces, las citas efectuadas no constituyen antecedentes de hechos “*equivocados*” o “*erróneos*”, sino datos de la realidad sobre los hechos acaecidos.

El agravio de la “*excesiva*” consecuencia imputada por la Comisión por vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tampoco puede aceptarse.

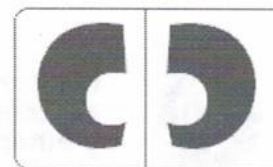
Primero, recordemos que en el análisis de la operación de la compra de BPU ya se advertía que la misma podía afectar negativamente las condiciones de la competencia, motivo por el cual, se dispuso el pasaje a la segunda etapa para ahondar en su análisis y requerir información adicional a las partes y los terceros y; si bien finalmente se resolvió su autorización, se resaltó especialmente las características del mercado de la compra de ganado bovino para faena, el cual reviste condiciones favorables para la coordinación, ameritando continuar analizando su funcionamiento. No obstante, aún con esos antecedentes, en ocasión de solicitar la autorización de una operación de la envergadura como la de estos obrados, no solo no se plantearon eventuales remedios de manera subsidiaria, sino que se pretendía que “*Se autorice la operación de concentración económica proyectada entre Athn Foods Holding, S.A.U. y Marfrig Global Foods, en fase I*” (el destacado pertenece a la suscrita).



Segundo, luego de otorgada la vista el 4 de abril del corriente a los participantes de la Operación de las actuaciones que se venían sustanciando, que incluían fundamentalmente, las alegaciones realizadas por terceros sobre posibles cambios e impactos en las condiciones la competencia en los mercados afectados (inciso cuarto del artículo 42 del Decreto N° 404/007), en el escrito de evacuación de vista presentado por Minerva con fecha 26 de abril, tampoco se plantearon remedios de manera subsidiaria, persistiendo en su posición de que *“se autorice la Operación en los términos solicitados”*.

Tercero, en la reciente vista otorgada del informe económico N° 50/024, del informe jurídico N° 51/024 y del Proyecto de Resolución que dispone denegar la operación de concentración económica en los términos proyectados, Minerva plantea por primera vez una propuesta de *“condicionamientos”*, los cuales fueron objeto de análisis en el precedente informe económico. Así, se concluyó que, aun considerando la enajenación propuesta, se estaría creando una posición dominante en consideración de la estructura actual del mercado *“y en detrimento del hoy principal competidor de Minerva, como es el caso de Marfrig”*, además de que *“los valores que surgen de los indicadores no definen por sí solos la evaluación realizada, sino que los mismos se consideran en conjunto con la evaluación de otros aspectos”*. Tampoco los remedios conductuales se consideraron aceptables por no especificarse como se pondrían en práctica y/o no relacionarse con los problemas que la concentración generaría sobre la competencia. Por otro lado, se observó que la propuesta de condicionamientos no contempla los reparos efectuados a las cláusulas de preferencia, ni tampoco la de no captación y competencia.

Tampoco tiene asidero la afirmación de que se ha vulnerado el principio de debido procedimiento por no haberse pronunciado adecuadamente sobre todos los medios de prueba y argumentos esgrimidos por las partes, cabiendo remitirse a lo que surge de los antecedentes y, especialmente, del precedente informe económico.

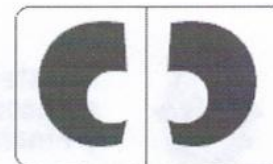


Particularmente, respecto de la cláusula de no competencia, si bien en general se suele admitir por ser necesaria para la concreción de un determinado negocio jurídico – siempre y cuando se cumplan determinados presupuestos³-, surgen una serie de reparos del informe económico en cuanto al plazo acordado, por considerarlo excesivo y por alcanzar a otros mercados que no tienen vinculación con los mercados relevantes definidos.

La cláusula de preferencia constituyó – de acuerdo con lo manifestado por las partes- una condición para realizar el negocio, permitiendo a Marfrig tener prioridad en la adquisición de carne in natura en los frigoríficos objeto de la Operación y seguir atendiendo el mercado de Estados Unidos, fue también objeto de sendas observaciones por parte del informe económico. Pero, además dicha cláusula genera preocupaciones por propiciar comunicaciones entre ambos participantes. De la prueba colectada surge informado que ambas empresas deben entablar contacto cada vez que Minerva tenga la intención de realizar una venta de carne bovina del Uruguay para terceros, no existiendo versiones coincidentes de como operaría la comunicación para ejercitar dicho derecho. Vinculado con lo anterior, debe tenerse presente que la Guía prevé expresamente que debe contemplarse en el análisis, las cláusulas contractuales que pueden operar como mecanismos de información para viabilizar la interacción coordinada.

Respecto de la estructura accionaria surge que la relación accionaria entre Minerva, Marfrig y BRF se produce fundamentalmente porque Salic es inversor tanto

³ La Guía prevé lo siguiente: “A fin de determinar el posible perjuicio al funcionamiento del mercado de las restricciones accesorias, la Autoridad de Competencia tendrá en cuenta el marco de la evaluación integral de los efectos que la operación de concentración tiene sobre la competencia. En ese contexto, considerará si dichas restricciones se encuentran acotadas en su alcance a los sujetos involucrados en la operación de concentración económica, como así también a los productos involucrados y a la cobertura geográfica de la operación. Asimismo, se analizará si la duración de las cláusulas es razonable en términos de sus objetivos específicos (por ejemplo, la transferencia de activos intangibles como el “valor llave” de una empresa o ciertos tipos de “know how”).”

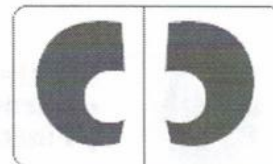


en Minerva como en BRF, cuya participación mayoritaria pertenece a Marfrig, lo que constituye – como se indica en el Proyecto de Resolución- un elemento que puede facilitar la comunicación entre las empresas y un incentivo para suavizar la competencia entre Minerva y Marfrig.

La Guía establece que el análisis económico de una concentración es por esencia predictivo y requiere definir y comparar dos escenarios futuros: *“aquellos que sucederá con mayor probabilidad si la operación se realiza, respecto de aquellos que con mayor probabilidad sucederá si la operación no se realiza”*. Y ello, para determinar la cuestión central: si la concentración tiene por efecto u objeto *“restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante”*.

En conclusión, como surge relevado de los informes técnicos, así como de la compulsada de los propios antecedentes administrativos, la actuación de la Administración en el presente procedimiento fue plenamente legítima, otorgando a los participantes de la operación las garantías del debido proceso, además de brindar la oportunidad a los terceros para que formulen las alegaciones sobre posibles cambios o impactos en las condiciones de competencia en los mercados afectados por la concentración bajo examen. Para profundizar el análisis y recabar todos los elementos necesarios, la CPDC requirió voluminosa información y documentación, tal como surge del contenido de los Oficios librados a las partes, a varios Ministerios, al INAC, a otros agentes del mercado, a diversas gremiales y asociaciones, entre otros.

Producto de un análisis exhaustivo de la concentración de referencia, se han relevado un conjunto de sólidos elementos que, examinados de manera integral y armónica, conducen a concluir que se configura el supuesto prohibitivo previsto en el artículo 9 de la Ley N° 18.159. Y como vimos, de los descargos presentados por las interesadas no surgen nuevos elementos que justifique reconsiderar las conclusiones



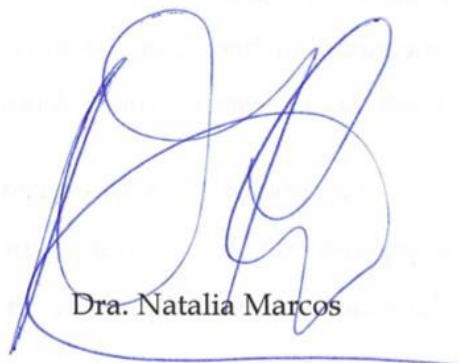
oportunamente formuladas en el anterior informe.

3.- CONCLUSIÓN

En función de todo lo expuesto, esta asesora sugiere lo siguiente:

3.1.- Ratificar en todos sus términos el informe jurídico N° 51/024.

3.2.- Acceder en forma parcial a la solicitud de clasificación de confidencialidad solicitada por Minerva en su comparecencia de fecha 13 de mayo del corriente.



Dra. Natalia Marcos