



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Informe No 12/2017

Montevideo, 1 de marzo de 2017

ASUNTO N° 22/2016: MILOTUR S.A. C/FÁBRICA NACIONAL DE CERVEZAS
DENUNCIA

1. ANTECEDENTES

Con fecha 10 de junio de 2016 se presentó ante esta Comisión la empresa MILOTUR S.A. (fojas 1 a 180) denunciando a FNC S.A. (en adelante “MILOTUR” y “F.N.C.” respectivamente) por un supuesto ejercicio abusivo de su posición de dominio.

Por Resolución N° 71 del 20 de junio de 2016 (fojas 183) la Comisión resolvió asumir competencia declarando pertinente la denuncia formulada, disponiendo la reserva de las actuaciones, y confiriendo vista a la denunciada.

El 8 de julio de 2016 F.N.C. evacuó la vista conferida (fojas 192 a 251), solicitando la clausura de la investigación y oponiéndose al diligenciamiento de los medios probatorios propuestos por la denunciante.

Por Resolución N° 84 del 21 de julio de 2016 (fojas 254) se resolvió proseguir con las actuaciones y diligenciar parcialmente los medios probatorios propuestos por las partes, en atención a lo informado por este asesor en Informe N° 70/2016 (fojas 253). Con fecha 1 de agosto de 2016 (fojas 261 y 269 a 274) MILOTUR interpuso recursos de revocación y jerárquico contra la Resolución N° 84/016, agraviándose por la desestimación de uno de los medios probatorios que había propuesto en su denuncia. **Es de remarcar que F.N.C. no presentó recursos contra dicho acto.** Por Resolución N° 107 del 1° de setiembre de 2016 (fojas 283), y previo Informe Técnico N° 90 del 31 de agosto de 2016 (fojas 275 a 279), la Comisión resolvió rechazar el recurso de revocación interpuesto por MILOTUR y elevar el expediente para la consideración del Ministerio de Economía y Finanzas.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Por Informe Técnico N° 90/2016 este asesor también sugirió a la Comisión que sancionara a F.N.C. por incumplir con su deber de colaboración y le intimara a la aportación de la documentación solicitada.¹ Por Resolución N° 108/016 (fojas 280) la Comisión resolvió intimar en base a lo sugerido, pero sin hacer lugar a la sanción propuesta. El acto administrativo fue recurrido por F.N.C. (fojas 288 y 299 a 324). Por Resolución N° 128 del 6 de octubre de 2016 (fojas 327), y previa sugerencia de este asesor (Informe N° 103/2016 - fojas 326-), se dio vista de los recursos a la denunciante. Evacuada la misma (fojas 334 a 350), y previo informe de este técnico (N° 111/2016 -fojas 352-), la Comisión desestimó el recurso de revocación interpuesto y elevó el expediente para la consideración del Ministerio de Economía y Finanzas (Resolución N° 142/016 del 9 de noviembre de 2016 -fojas 353-).

En Informe Técnico N° 111/2016 también se sugirió (nuevamente) que la Comisión sancionara a F.N.C. por incumplir con su deber de colaboración. Sin embargo, por Resolución N° 142/016 numeral 3 la Comisión no hizo lugar a la aplicación de la sanción, resolviendo *“intimar nuevamente a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. a aportar la prueba solicitada por Resolución N° 108/016 en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de imposición de sanciones”* (fojas 353 vuelto). A fojas 360 a 364 compareció nuevamente F.N.C. solicitando disponer la suspensión de las resoluciones N° 108/2016 y 84/2016 (es menester recordar que esta última ni siquiera la había impugnado), y la revocación del numeral 3 de la Resolución N° 142/016. Por Resolución N° 151/016 del 28 de noviembre de 2016 (fojas 365) la Comisión resolvió no hacer lugar a lo solicitado e intimar una vez más a F.N.C. bajo apercibimiento. El acto fue recurrido (fojas 368 a 370), impugnación que previo Informe

¹ *“Con fecha 21 de julio de 2016 se intimó a FNC en su domicilio electrónico constituido (fojas 189 y 255) a que aportara la documentación solicitada por la denunciada, conforme resolviera esta Comisión por Resolución N° 84/016. Habiéndose **largamente** vencido el término para el cumplimiento de dicha decisión, el letrado firmante sugiere sancionar con multa a la empresa FNC en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley N° 18.159, sin perjuicio de que esta Comisión reiterare la intimación, y de que de corresponder se aplique la presunción prevista en el artículo 14 de la norma de referencia”* (fojas 278 vuelto).



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Técnico N° 125/2016 (fojas 372 y 373), fue rechazada por Resolución N° 160 del 14 de diciembre de 2016 (fojas 374).

En la Resolución N° 160/016 también se dispuso multar a F.N.C. por su negativa colaborar, y la aplicación de una presunción simple en su contra por incumplir con su deber de colaboración. El acto fue recurrido a fojas 378 a 380, y actualmente está pendiente de resolución.

Por Informe Técnico N° 5/2017 (fojas 382 a 391) un asesor económico de esta oficina sugirió la definición del mercado relevante “*como el mercado de las cervezas en general en el territorio nacional*”; y concluyó que F.N.C., que “*cuenta con posición dominante y gran poder de mercado*”, abusó de la misma al establecer restricciones a la competencia mediante la celebración de contratos de exclusividad y la fijación de precios de venta al público.

Con fecha 1 de febrero de 2017 (fojas 392) se emitió pase a informe jurídico, aunque el firmante, atento a que se encontraba sustanciando otras investigaciones, entró en contacto con el mismo el 15 de febrero de 2017, ameritando su complejidad el uso del término reglamentario.

2. ANÁLISIS

SOBRE EL RECURSO ADMINISTRATIVO PENDIENTE DE RESOLUCIÓN EN VÍA DE REVOCACIÓN

Como señaláramos en los antecedentes de este informe, por Resolución N° 160/016 (fojas 374) esta Comisión había resuelto:

“1. No hacer lugar al recurso de revocación interpuesto, confirmando en todos sus términos la Resolución N° 151/016 de fecha 28 de noviembre de 2016.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

2. Aplicar a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. una multa de 50.000 U.I. (cincuenta mil unidades indexadas) por su negativa a presentar la prueba documental que le fuera intimada.
3. Aplicar en perjuicio de FNC S.A. la presunción simple en su contra, en todo lo que pudiera resultar de la prueba que se negó a aportar en estos obrados.
4. Comuníquese, etc.”

A fojas 378 y siguientes compareció F.N.C. impugnando la resolución transcripta precedentemente, correspondiendo en esta instancia analizar los descargos esgrimidos por el recurrente.

Numeral 1 del acto impugnado

“No hacer lugar al recurso de revocación interpuesto, confirmando en todos sus términos la Resolución N° 151/016 de fecha 28 de noviembre de 2016.”

En lo que hace al numeral primero, el administrado interpuso recursos contra una resolución que rechazó un recurso de revocación.

Desde el punto de vista procesal, este asesor entiende que el administrado, de agraviarle la resolución del recurso, no debió recurrir nuevamente sino aguardar al pronunciamiento expreso de la vía jerárquica (o en su defecto a la denegatoria ficta) y, de entenderlo pertinente, solicitar la revisión de lo actuado en sede contencioso anulatoria.

Aún si se concluyera que la expresión *“no habrá reposición de reposición”* prevista en el artículo 36 del Decreto Ley N° 15.524 fuera inaplicable al presente caso, la denunciada accionó contra un acto que (en lo que hace a este numeral) **no causa nuevos agravios**, sino que declara legal lo actuado anteriormente.

Como señalara Héctor Giorgi, *“...debe considerarse observado el requisito de agotamiento de la vía administrativa no siendo exigible la interposición de un nuevo recurso de revocación, en*



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

el caso de una decisión formulada en un recurso de esa índole, aun cuando por ella se mantenga sólo en parte el agravio o lesión que proviene del acto originario y éste haya sido alterado para satisfacer parcialmente la pretensión del recurrente. Dicho acto parcialmente revocatorio, es de contenido confirmatorio respecto del aspecto lesivo de la decisión originaria que subsiste en él y, en consecuencia, en este sentido, no nos encontramos en presencia de un nuevo acto.”²

Sin perjuicio de lo señalado procederemos a analizar el recurso, a efectos dar una vez más respuesta a los cuestionamientos efectuados por el recurrente.

En primer lugar, es menester recordar que el diligenciamiento de prueba de la cual se agravia F.N.C. había sido dispuesto por Resolución N° 84/016, acto que, como señaláramos en reiteradas oportunidades, **fue el creador de la situación jurídica lesiva**, y que, al no ser impugnado, **resultó consentido tácitamente**. Luego la denunciada pretendió enmendar su omisión recurriendo diversas resoluciones que reiteraban el diligenciamiento de la prueba, estrategia inidónea para la subsanación de la omisión inicial. Como se señalara en Informe N° 125/2016, *“Si la denunciada entendía que el pedido era ilegítimo, debió recurrir el acto originariamente lesivo. Si no lo hizo, no puede disimular su omisión recurriendo a una catarata recursiva extemporánea, ni mucho menos renegarse a cumplir con lo resuelto, provocando con dicha actitud una parálisis de las actuaciones”* (fojas 373).

Jurisprudencia y doctrina son contundentes al respecto. Así el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia N° 151 del 5 de abril de 2016, ha señalado: *“El acto que se procesa en estos obrados no es más que una nueva intimación a retirar el alambrado que tanta discordia ha generado. Y tal intimación se realiza en idénticos términos que en los actos administrativos anteriores, por lo que cabe concluir que sólo el primero de tales actos de intimación ostentaba la propiedad de ser el originario, creador de la situación jurídica lesiva que agravia al pretensor (ex arts. 309 de la Constitución de la República y 24 del Decreto Ley 15.524). En función de lo expuesto, el acto impugnado resulta reiterativo y por ende ilesivo, lo que tiene como consecuencia*

² “El contencioso administrativo de anulación.” 1958. Págs. 168 y 169 (el destacado nos pertenece).



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

que la accionante carezca de uno de los requisitos exigidos por el art. 309 de la Constitución de la República, norma que dispone que la acción de nulidad sólo podrá ser ejercida por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo impugnado. En tal sentido y como señala CAJARVILLE: ‘No son objeto de la acción de nulidad las resoluciones meramente reiterativas o denegatorias de peticiones de revocación o modificación de otras anteriores, porque no siendo ellas las creadoras de la situación jurídica lesiva, su anulación no proporcionaría satisfacción al impugnante’ (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Recursos Administrativos, FCU, Montevideo, 2009, pág. 149). El ‘acto reiterativo’, tal como su propio nombre lo indica, reitera, repite o reproduce la misma situación jurídica creada por un acto administrativo anterior. El Maestro GIORGI lo caracteriza, sin denominarlo, en ocasión de distinguirlo del acto administrativo definitivo, como ‘una decisión pura y simplemente reproductiva o confirmatoria de otra anterior no recurrida en tiempo y forma, es decir, firme o consentida’, calificándolo como ‘jurídicamente irrelevante’ (Cfme. GIORGI, Héctor, El Contencioso Administrativo de Anulación, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 163).”

En definitiva, si F.N.C. entendía que el pedido de información era “innecesario”, “injustificado”, “abusivo”, o que violaba el “principio de igualdad” o un “secreto comercial”, debió alegarlo oportunamente.

La administrada señala que “nada absolutamente, ni jurídica ni formalmente, le impedía a la Comisión hacer lugar a nuestra petición, máxime según lo que alegábamos sobre la Cosa Juzgada Administrativa y sobre el Poder-Deber de la Administración de reconsiderar sus actos (fojas 378).” Tal extremo es cierto, y por tal razón es que esta Comisión igualmente analizó los cuestionamientos sobre el fondo efectuados (tardíamente) por la denunciante. A modo de ser más ilustrativos corresponde sugerir la lectura del último párrafo de fojas 372 vuelto y los primeros párrafos de fojas 373, donde puede apreciarse el análisis de referencia.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Pero si lo que la recurrente pretende con la expresión “reconsiderar” es señalar que nada impide que la Comisión revoque un acto dictado conforme a Derecho, la equivocación en que incurre la denunciada es notoria. Cuando un acto administrativo carece de vicios y fue dictado con la finalidad de que una oficina pueda cumplir con sus cometidos, la cuestión no admite dos respuestas: **el acto debe ser confirmado y ejecutado**. Que no exista la “cosa juzgada administrativa” no significa que el Estado tenga el deber de revocar aquellos actos que considera legítimos.

En conclusión, la Comisión entendió que el pedido de prueba era legítimo, tanto porque el acto originario no había sido impugnado en tiempo y forma, como porque no existían razones que invalidaran lo actuado:

“...este asesor reitera una vez más, como señalara oportunamente a fojas 253, que la información requerida es de importancia a los efectos de estas actuaciones, por cuanto ´es necesario conocer las condiciones en que fueron concedidas las mismas (las exclusividades)´, y que la Comisión, ´obligada... a actuar en búsqueda de la verdad material, no puede quedar limitada a los dichos de las partes´. De esta forma, aún cuando se dé por probada la exclusividad, la Comisión ha fundado debidamente las razones por las que desea acceder a la información: es necesario conocer las condiciones en que fueron concedidas las exclusividades, esto es ver si existen justificaciones, beneficios a los consumidores, etc. En consecuencia, si bien los recursos fueron rechazados porque la denunciada, por su propia inactividad, consintió tácticamente la Resolución N° 84/016 (acto originario), también surgen del expediente razones de fondo que respaldan lo resuelto. Tampoco se comparte que la naturaleza de lo solicitado implique la revelación de secretos comerciales exceptuados en el artículo 14 de la Ley, sin perjuicio de que, tal como también se informó a fojas 253, se podrá garantizar la confidencialidad de la información. Como señala la recurrida, ´no se advierte que se puedan ocasionar eventuales perjuicios... máxime cuando en caso de solicitarse, se podrá conceder la confidencialidad de la información que se aporte.´ Si bien es cierto que puede ser de ´compleja instrumentación´, ello no exime a la denunciada de actuar conforme a lo solicitado. Por otra parte la Comisión ha mostrado la



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

mejor disposición, lo que se verifica, tanto en las innumerables reiteraciones de su pedido, como en las circunstancias explicitadas en el Considerando 6 de la recurrida.”

Numeral 2 del acto impugnado

“Aplicar a Fábricas Nacionales de Cerveza S.A. una multa de 50.000 U.I. (cincuenta mil unidades indexadas) por su negativa a presentar la prueba documental que le fuera intimada.”

El artículo 14 de la Ley N° 18.159 establece el deber de colaboración, y define que es aplicable a cualquier persona, incluso a las partes del procedimiento. Cuando se trata de estas últimas, el incumplimiento de este deber no sólo amerita la aplicación de sanciones (artículo 17), sino también una presunción en su contra.

En el caso que nos convoca F.N.C. se rehusó a aportar la documentación que le fuera intimada, y **luego de cuatro intimaciones (tres de ellas bajo apercibimiento)**, finalmente fue multada.

Desde la primera intimación efectuada por esta Comisión (21 de julio de 2016), y hasta que la Comisión finalmente sancionó a F.N.C. (14 de diciembre de 2016) **transcurrieron casi cinco meses en los cuales el expediente no avanzó**, consecuencia del flagrante incumplimiento por parte de F.N.C. de la Resolución N° 84/016, con el agravante de que ésta se encontraba firme y por ende tenía la obligación de cumplir.

Por tal circunstancia este asesor señaló con preocupación que *“la omisión de FNC en aportar la documentación requerida ha provocado la paralización de las actuaciones”*. Dichas expresiones no respondían al hecho de que F.N.C. recurriera diversos actos administrativos, sino al incumplimiento de su deber de colaborar.

Como se señalara en Informe N° 125/2016 *“La Comisión intima a la agregación de información, conforme a sus potestades normativas, y por lo tanto esa información debe agregarse. Si no se agrega cabe la aplicación de una multa, además de las presunciones que correspondan”*, multa que a



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

entender de este informante además, y atento a las circunstancias del caso, pudo ser sensiblemente mayor.

F.N.C. afirma que la paralización del expediente no hubiese existido si la Comisión hubiera dispuesto la suspensión de la intimación (fojas 379). En otras palabras F.N.C. entiende que el culpable no es quien incumple con un acto administrativo dictado al amparo de una ley, sino la oficina estatal que luego de dar una orden legítima rechaza suspenderla. Se hace evidente concluir que el razonamiento es equivocado. F.N.C. insinúa también que la paralización del expediente responde al actuar del denunciante, aunque sin explicar por qué (fojas 379). ¿Por presentar una denuncia? ¿Por proponer pruebas? El planteamiento es inverosímil.

También resulta inaudito que F.N.C. señale que *“lo de las exclusividades se encuentra pendiente de resolución”* cuando la Resolución N° 84/016, que no fue impugnada, fue dictada hace más de medio año.

En conclusión, F.N.C. fue sancionada por incumplir flagrantemente con el deber de colaboración que le impone el artículo 14 de la Ley N° 18.159. Reiteramos, la sanción no es consecuencia de *“una conducta procesal dilatoria”* (fojas 378 vuelto), sino del incumplimiento de una intimación.

Por otra parte este asesor no emitió hasta el momento juicio de valor sobre la conducta procesal del administrado. A decir más, había aclarado expresamente que *“Si bien FNC tiene el derecho de recurrir y presentar peticiones, también debe cumplir con las intimaciones que le son efectuadas, salvo que la Comisión deje sin efecto o suspenda las mismas. Si FNC desea iniciar una acción de nulidad está en todo su derecho de hacerlo, pero mientras no obtenga una sentencia favorable, deberá cumplir con las resoluciones de este organismo. Si no lo hace, debe ser sancionado...”* (fojas 372 vuelto).



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Numeral 3 del acto impugnado

“Aplicar en perjuicio de FNC S.A. la presunción simple en su contra, en todo lo que pudiera resultar de la prueba que se negó a aportar en estos obrados.”

La aplicación de la presunción simple es consecuencia del incumplimiento del deber de colaboración analizado anteriormente. Conforme estipula la Ley, *“En caso que la información fuera requerida del o de los involucrados en la conducta que se investiga, su omisión en proporcionarla deberá entenderse como una presunción en su contra.”*

En virtud de lo expuesto, al no proporcionar la denunciada la información requerida que luce identificada a fojas 179 vuelto numerales 1, 2 y 3, corresponde presumir (entre otros extremos) el contenido de los contratos de referencia, y también la cantidad de acuerdos que se han celebrado, todo ello en la medida que tales conclusiones no se vean contradichas con las propias resultancias probatorias que surgen del presente expediente.

En lo que hace al contenido del contrato de exclusividad, luce un modelo agregado a fojas 133 y siguientes, cuya autenticidad y contenido no fueron desconocidos por F.N.C., razón por la cual se presumirá que se trata del mismo acuerdo que rige las diversas relaciones mantenidas entre la empresa y los minoristas que revenden sus productos.

SOBRE LAS POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

La Ley de Defensa de la Competencia (en adelante “la Ley” o “la Ley N° 18.159”) establece como regla general que todos los mercados, sin distinciones, se encuentran regidos por los principios y reglas de la libre competencia, admitiendo únicamente como excepción las limitaciones establecidas por leyes dictadas por razones de interés general (artículo 2). Esta Ley es aplicable a toda persona, física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera (artículo 3), siendo absolutamente intrascendente a estos efectos cuánto *“aporta a nuestra economía”* la entidad investigada.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Si bien la Ley N° 18.159 tiene por objeto fomentar y proteger el bienestar de los actuales y futuros consumidores (artículo 1), indirectamente garantiza derechos constitucionales tales como la libertad de comercio e igualdad, y también el funcionamiento del mercado y de la economía nacional.

Dentro de este marco la Ley prohíbe el abuso de posición dominante, y también aquellas prácticas, conductas o recomendaciones (individuales o concertadas), que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante (artículo 2).

Pero el legislador también estableció límites a estas prohibiciones, aclarando expresamente que el ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional, otorgada o reconocida por ley, no puede ser considerada “práctica anticompetitiva”.

Por otra parte, las conductas comerciales no se encuentran prohibidas *per se*, sino que deben ser analizadas en función a sus efectos dentro del mercado relevante y valoradas a la luz de la regla de la razón (artículos 2 y 5). Por esta razón el legislador estableció que, a efectos de valorar una conducta, es posible considerar si esta genera ganancias de eficiencia económica; si existe la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas; y si trasladan algún beneficio a los consumidores. En cambio, no es necesario acreditar que la conducta genere un perjuicio al interés general, exigencia que sí establecía el hoy derogado artículo 14 de la Ley N° 17.243.

Las restricciones anticompetitivas pueden ser clasificadas de diversas formas, entre ellas como “verticales” y “horizontales”, dependiendo esto de la posición que los agentes involucrados ocupan dentro del mercado.

Según el artículo 6 inciso segundo de la Ley se considera que existe “abuso de posición dominante” cuando él o los agentes actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a terceros, que no hubiesen podido lograr de no contar con



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

posición de dominio. Por su parte la norma define a la posición dominante como la posibilidad de afectar individualmente y de forma sustancial las variables relevantes del mercado, con prescindencia de las conductas de los competidores, compradores y proveedores.

Ingresando al caso que nos convoca, es notorio y evidente que F.N.C. cuenta con posición de dominio, pues desde hace años supera ampliamente el umbral del 90% de participación dentro del mercado relevante. Como correctamente indica el Informe Técnico N° 5/2017, la denunciada *“contaba con una participación del 98% del mercado en el año 2009-2010 y actualmente cuenta con el 94%”*, mientras que MILOTUR del 1,8% al 2014 y 2,6% en 2015 (fojas 384 vuelto).

Dentro de este contexto, constituye un hecho probado que F.N.C. ha suscripto diversos acuerdos con los vendedores minoristas, con la intención de *“convenir un régimen de exclusividad respecto de las compras y ventas... que el Cliente realice en establecimiento comercial... no pudiendo adquirir, ofrecer ni vender otros productos similares en su clase y sabor, tanto sean nacionales como extranjeros, de otras marcas que no sean aquellos producidos o distribuidores por F.N.C. o por sus distribuidores autorizados. Tampoco podrá el Cliente realizar, interna o externamente, publicidad de otros productos similares (de otras marcas) a los que se refiere este contrato”* (cláusula primera del contrato agregado a fojas 133). Por su parte la cláusula segunda define el ámbito objetivo de aplicación del acuerdo (*“venta exclusiva de... cervezas marca Pilsen, Zillertal, Stella Artois, Patricia y Norteña”*); y la tercera su duración (que puede establecerse tanto por tiempo como por hectolitros vendidos).

De esta forma los clientes de F.N.C., si pretenden comercializar las cervezas de la compañía (que son además productos líderes en ventas dentro del mercado), se ven impedidos de adquirir, vender y publicitar los de las empresas competidoras; estableciéndose una restricción vertical que opera como barrera de entrada, obstáculo o restricción para quienes compiten aguas arriba en el mercado.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Si bien como adelantábamos no toda restricción vertical es ilegal *per se*, en el caso que nos convoca quien se beneficia de la misma es una empresa que cuenta con una amplísima cuota de mercado, extremo que a criterio de este asesor sella la suerte de la denunciada.

Corresponde recordar lo señalado por la Comisión de Libre Competencia de Perú: *“La declaración de ilegalidad de una práctica colusoria vertical en la modalidad de contrato de exclusividad requiere dos elementos: (i) la ocurrencia de un acuerdo de exclusividad entre dos o más empresas independientes entre sí ubicadas en distintos niveles de la cadena comercial; y, (ii) la generación –real o potencial- de un efecto excluyente en los competidores ubicados en el mercado afectado; para lo que cual se requiere que al menos una de las dos partes involucradas tenga posición de dominio...” “...cuando tales conductas involucran, al menos, a una empresa que tiene posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos; obstaculizando la capacidad de empresas rivales presentes y/o potenciales para competir en el mercado afectado. Por ende, la realización de este tipo de prácticas por empresas que tienen posición dominante en el mercado, debe ser analizada por la autoridad para ponderar sus beneficios y sus costos sociales. En caso que los costos superen los beneficios, se declarará ilícita la conducta.”³*

Del mismo modo se pronunció la asesoría de la oficina de referencia: *“...cuando las restricciones verticales son pactadas entre un agente que cuenta con posición de dominio en un mercado y uno o varios agentes participantes en otro mercado, se hace posible que la utilización de tales restricciones, afecte negativamente la competencia. En otras palabras, es la utilización, por parte de un agente dominante en un mercado, de un instrumento lícito de la práctica comercial –como por ejemplo, un contrato de distribución exclusiva- lo que convierte dicha utilización en una conducta sancionable. En consecuencia, toda vez que, en principio, las restricciones verticales pactadas por agentes no dominantes no afectarán negativamente la competencia y, por tanto, no constituirán conductas sancionables, se desprende que la utilización de las restricciones verticales sólo debe ser evaluada como una modalidad de abuso de posición de dominio. En la situación descrita, entonces, el*

³ Comisión de Libre Competencia. Resolución N° 5-2008. 22 de febrero de 2008. Expediente N° 3-2003/CLC. Disponible en la página web de INDECOPI.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

recurso a un contrato de exclusividad por parte de un agente con posición de dominio, podría jugar un papel similar al de una conducta discriminadora unilateral, modalidad típica del abuso.”⁴

Similares conceptos se aprecian en los comentarios a la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD, que advierte que *“los resultados de esas restricciones son semejantes a los que se logran mediante la integración vertical dentro de una entidad económica, puesto que los puntos de distribución están controlados por el proveedor, aunque, en el primer caso, sin someter al distribuidor a una propiedad común.”⁵*

Como se explicara en el Informe Técnico N° 5/2017, *“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 o la expansión de las empresas competidoras**. Este bloqueo hecho por empresas con posición dominante, a través de las barreras que representan los contratos de exclusividad, afectan la estructura competitiva del mercado y por lo tanto a los consumidores. Son barreras que impiden en los hechos el ingreso de otras marcas de cerveza a los puntos de venta. También es posible que si bien las restricciones verticales no impidan totalmente el ingreso de los competidores, sí pueden obstaculizar la expansión de los mismos a través de no poder aprovechar las economías de escala o de alcance”* (fojas 386 vuelto y 387 –el destacado nos pertenece-).

Analizando las eventuales justificaciones económicas, el Informe N° 5/2017 también fue contundente: *“Una vez analizadas las características del mercado para evaluar si las razones de eficiencia tienen justificación para el caso de estudio, se concluye que no habría razones de eficiencia que puedan, bajo la estructura del mercado actual, justificar las restricciones verticales, en particular la realizada por FNC al establecer exclusividades con los minoristas.”*

“Resumiendo las características para nuestro caso concreto, se observa que: no se trata de un producto complejo, el costo para el consumidor no insume gran parte de sus ingresos, se adquiere en reiteradas ocasiones, los lugares de adquisición son de fácil acceso, los consumidores cuentan con suficiente

⁴ Informe N° 64 del 24 de setiembre de 2007. Disponible en la página web de INDECOPI.

⁵ http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/t drbpconf812_es.pdf



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

información sobre las características, la empresa que realiza la restricción es una empresa con posición dominante, no se trata de un producto nuevo o innovador, no hay grandes barreras a la entrada de nuevos minoristas, las economías de alcance en principio no serían considerables” (fojas 389 vuelto y 390). En cuanto a los supuestos beneficios trasladados al consumidor (a los que F.N.C. hace referencia en sus escritos), coincidimos con el asesor económico en que ninguno de éstos fue recogido expresamente en el contrato agregado a fojas 133. Pero aunque surgieran del mismo, “por la estructura de mercado y todo el análisis previo realizado, no serviría como justificativo de la restricción realizada” (fojas 390). Los únicos beneficios fehacientemente constatados son bonificaciones, descuentos y entregas gratuitas de bebidas, que son entregados en exclusivo beneficio del minorista, todo ello en desmedro de la competencia y de los consumidores.

En síntesis, constituye un hecho probado que F.N.C. (agente con amplísima posición de dominio dentro del mercado) celebró diversos acuerdos de exclusividad que tuvieron por objeto y efecto restringir la competencia, afectando el bienestar de los consumidores, sin que existiera una justificación económica que avalara tal conducta. Conforme señalara con corrección la denunciante, la conducta “...perjudica principalmente a los consumidores que solamente pueden elegir entre las cervezas que produce y vende FNC y al precio que FNC decide venderlas” (fojas 345). Así “los consumidores se ven obligados a consumir únicamente cervezas de FNC, y no pueden beneficiarse de la competencia entre marcas que tiene impacto directo en el precio y la calidad de los productos que se comercializan” (fojas 345 vuelto).

En relación al contenido del contrato, varias de sus cláusulas definen el alcance de la exclusividad de una forma tal que torna aún más gravosa cualquier tentativa por competir.

El “cliente” (minorista) está obligado a adquirir los productos directamente, o en su defecto a través del único distribuidor autorizado en el contrato.⁶ De esta forma, para dar

⁶ “El cliente se obliga a adquirir los productos comprendidos en esta exclusividad directamente a FNC o a cualquier distribuidor autorizado, no pudiéndolo hacer a ningún otro intermediario o comerciante.” (cláusula quinta). “En caso



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

cumplimiento al acuerdo no alcanza con que el minorista respete la exclusividad de la marca, sino que necesariamente debe adquirir los bienes en alguno de los canales de compra referidos específicamente en el convenio. El acuerdo también prohíbe que un minorista, propietario de distintos locales, adquiera los productos F.N.C. en uno de estos establecimientos y los distribuya internamente entre los restantes⁷, extremo que obliga a que cada local físico celebre individualmente un contrato de exclusividad con la denunciada. Además, el acuerdo impide al minorista adquirir el producto para su reventa a otros comercios.⁸

El contrato también condiciona al propietario la venta futura del establecimiento, al exigirle que previo a hacerlo debe asegurar que el futuro comprador haga suyas las obligaciones asumidas ante F.N.C.⁹

Corresponde destacar que no es la primera vez que F.N.C. participa de conductas orientadas a excluir a sus competidores del mercado. Conforme ha señalado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su reciente Sentencia N° 59/2016, “...cabe señalar que las bonificaciones condicionadas que habría ofrecido FNC no guardaban relación directamente con la venta de sus propios productos, sino con aspectos ajenos a los mismos, referidos a las cervezas competidoras. Dicho accionar, en opinión de la Administración podría llegar a bloquear el ingreso de los competidores de FNC al mercado, dada la importante posición que ésta ostenta en el ámbito nacional; extremo que resultó de manifiesto en el expediente de autos, e inclusive fue reconocido por

que los productos tuvieran que ser adquiridos a un distribuidor de FNC, se estipula que el mismo será XXX pudiendo FMC variar en el futuro dicho distribuidor.” (cláusula novena).

⁷ “Asimismo los productos no podrán ser comercializados ni derivados a ningún otro establecimiento, aún cuando éste sea propiedad del cliente, salvo que esté incluido en la nómina de la cláusula Segundo.” (cláusula quinta).

⁸ “...los mismos deberán ser revendidos en régimen de ‘al por menor’, o sea con destino al consumo por parte de quien los adquiera al cliente, o en volúmenes que haga presumir tal circunstancia, especialmente en atención a quien es su comprador.” (cláusula quinta).

⁹ “El cliente se obliga a mantener abierto el establecimiento, durante toda la vigencia del contrato. En caso que durante la vigencia lo enajene (venta, arriende, etc.), queda obligado a incluir en la negociación la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del sucesor, siendo requisito para ello, que éste ratifique ante FNC su cumplimiento antes de producirse el traspaso...” (cláusula sexta).



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

la propia denunciada al declarar a fs. 359 vto. ‘...teniendo una participación en el mercado total del Uruguay de un noventa y siete por ciento...’ (A.A. fs. 1443, pieza IV). En tal sentido, emerge de obrados que resultó probado que FNC ofrecía bonificaciones (premios en productos) a comerciantes minoristas, a cambio de la limitación de la venta o incluso de la limitación de la exhibición de productos -cervezas- de sus competidores. En consecuencia, no resulta recepcionable lo aducido por la actora acerca de que el otorgamiento de ‘bonificaciones’ per se no implica una práctica anticompetitiva; y ello, precisamente, porque en el casus, no se tilda de ‘anticompetitiva’ la existencia de bonificaciones por sí misma, sino que lo que resulta reprochable es el marco en que se circunscribe tal otorgamiento del beneficio: esto es, obstaculizando, limitando e incluso impidiendo la venta de productos competidores.”

De este modo, y a la luz de estos antecedentes, queda en evidencia la voluntad de F.N.C. de establecer restricciones verticales orientadas a excluir a sus competidores. Como señala la denunciante “...FNC en abuso de su posición dominante cercena la libertad de los consumidores de elegir las cervezas que quieren consumir, la libertad de los comerciantes de elegir las cervezas que quieren vender en sus comercios, así como el precio al cual venderlas, la forma de exhibir los mismos y la publicidad de productos que pretende hacer. De esta forma se blinda el mercado y los acuerdos de exclusividad se transforman en barreras ilegales e infranqueables para los competidores, tanto para los actuales como para los potenciales” (fojas 175 vuelto).

Del contrato también surgen elementos suficientes para concluir que F.N.C. ha incurrido en una política de fijación de precios mínimos de reventa. Conforme a la cláusula quinta del contrato “Los precios de venta de los productos serán a los valores que resulten de la lista de precios proporcionada por FNC...”

Es de destacar que la denunciada ya había sido sancionada por una situación similar, conforme puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 382/2011, donde el propio órgano jurisdiccional destacó el “perjuicio que significa para los consumidores la práctica de mantenimiento de precios de reventa”, situación que se ve agravada



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

por las características “cuasimonopólicas” del mercado en cuestión. Una fijación de precios en un mercado tan concentrado como el de la cerveza, es proclive a determinar no sólo el precio de las marcas comercializadas por la denunciada, sino también del producto.

La fijación de precios de reventa despertó el interés de las distintas autoridades de Defensa de la Competencia, especialmente a raíz de la repercusión que estos tienen sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. Se trata de una práctica comercial por la que un agente (generalmente proveedor o distribuidor de productos), al enajenar un bien, establece un precio de referencia a considerar para su posterior reventa.

Estos precios pueden ser “impuestos” o “sugeridos”, dependiendo ello del grado de constricción que ejerzan sobre el futuro vendedor. También “mínimos” o “máximos”, en función de si tienen por objeto topear el aumento o la reducción de precios.

La fijación de precios de reventa se presenta como una práctica vertical unilateral. Sin perjuicio de ello no son pocas las ocasiones en que encuentran su origen en un consenso entre agentes, e incluso en presiones de quienes están aguas abajo en el mercado.

Volviendo a la distinción entre precios “mínimos” y “máximos”, la existencia de estos últimos no siempre fue mal vista por las autoridades. El establecimiento de un tope máximo por ejemplo puede beneficiar al consumidor (al menos en términos económicos). Respecto a los precios mínimos impuestos, tanto la jurisprudencia norteamericana como la europea han considerado que se trata de una práctica anticompetitiva.

En el caso estadounidense durante muchas décadas se trató de una conducta prohibida *per se*. Luego se produjo un importante cambio jurisprudencial, al entenderse que podía encontrar fundamento en justificaciones económicas legítimas, tal como se desprende del fallo de la Suprema Corte para el caso “*Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*” 551 U.S. 877, 2007.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

En el ámbito Europeo la valoración de estas conductas también fue rigurosa, habiéndose incluso recurrido a su prohibición *per se*. Actualmente se admiten algunas justificaciones por razones de eficiencia.

Las “Directrices relativas a las restricciones verticales” de la Comisión Europea (año 2010)¹⁰ advierten sobre los perjuicios que pueden provocar estas prácticas: *“El MPR (mantenimiento de precios de reventa) puede restringir la competencia de varias maneras. En primer lugar, puede facilitar la colusión entre los proveedores aumentando la transparencia de los precios en el mercado, haciendo así más fácil detectar si un proveedor se desvía del equilibrio de colusión recortando su precio... En segundo lugar, al eliminar la competencia de precios intramarca, el MPR puede también facilitar la colusión entre los compradores, es decir, al nivel de distribución. Los distribuidores fuertes o bien organizados pueden forzar o convencer a uno o más proveedores de que fijen su precio de reventa por encima del nivel competitivo y ayudarles así a alcanzar o estabilizar un equilibrio colusorio. Esta pérdida de competencia de precios parece especialmente problemática cuando el MPR está inspirado por los compradores, cuyos intereses horizontales colectivos se puede esperar que resulten negativos para los consumidores. En tercer lugar, el MPR puede, en términos más generales, relajar la competencia entre fabricantes o minoristas, en especial cuando los fabricantes utilizan a los mismos distribuidores para distribuir sus productos y el MPR es aplicado por todos o por muchos de ellos. En cuarto lugar, el efecto inmediato del MPR será que todos los distribuidores, o algunos de ellos, se vean impedidos de bajar su precio de venta de esa marca concreta. En otras palabras, el efecto directo del MPR es un incremento de los precios... Por último, el MPR puede reducir el dinamismo y la innovación al nivel de la distribución. Al impedir la competencia de precios entre los distintos distribuidores, el MPR puede impedir que los minoristas más eficientes se incorporen al mercado o adquieran suficiente escala con precios bajos. También puede impedir u obstaculizar la entrada y la expansión de formas de distribución basadas en precios bajos, como los almacenes de descuento.”*

¹⁰ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC0411&from=ES>



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Pasando al ámbito jurisprudencial europeo, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia española (actualmente Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) fue contundente al respecto: *“El Consejo señala que los precios recomendados no afectan necesariamente a la competencia intramarca en la medida en que su carácter sea puramente orientativo, sin interferir por tanto en el margen de autonomía del que los competidores aguas abajo deben poder hacer uso para decidir los precios de venta y las comisiones a los agentes. La evidencia que consta en este expediente muestra sin embargo que la manera en que los imputados han utilizado los precios supuestamente recomendados ha eliminado prácticamente ese margen de maniobra.”*¹¹

Los fallos se remiten a la multitudada Sentencia del Tribunal de Justicia europeo del 28 de enero de 1986¹², que juzgó sobre la legalidad de cláusulas insertas en un contrato de franquicia: *“conviene subrayar que algunas cláusulas restringen la competencia entre comerciantes que forman parte de la red de distribución, sin ser necesarias para la protección del patrimonio de conocimientos y de técnicas (know-how) transmitido o para mantener la identidad y el prestigio de la citada red de distribución. Este es el caso de las cláusulas que establecen un reparto de mercados entre cedente y cesionarios o entre cesionarios o que impiden a estos últimos competir en precios entre ellos”* (el destacado nos corresponde).

Para el caso el Tribunal de Justicia distinguió entre precios impuestos y sugeridos, considerando ilegales los primeros y también aquellos que fuesen fruto de un acuerdo: *“Aunque las cláusulas que limiten la facultad del cesionario de determinar sus precios con toda libertad sean restrictivas de la competencia, no ocurre lo mismo respecto a la facultad del cedente de comunicar a los cesionarios precios indicativos, siempre que no existan entre el cedente y los*

¹¹ Resolución del 27 de marzo de 2012. Expediente S/0237/10. Motocicletas. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=S%2f0237%2f10&Ambito=Conductas> En similar sentido ver Resolución del 28 de diciembre de 2011, Expediente S/0154/09, “MONTESA HONDA”.

¹² Asunto N° 161/84. “Pronuptia de Paris GmbH y Pronuptia de Paris Irmgard”. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&jur=C&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=161%252F84&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=82021>

cesionarios o entre los cesionarios, prácticas concertadas para la aplicación efectiva de dichos precios. Corresponderá al juez nacional comprobar si se cumple esta condición”

En nuestro continente las consideraciones han sido similares.

En Uruguay existen como antecedentes las órdenes de cese y sanciones impuestas a supermercados y empresas distribuidoras de alimentos congelados,¹³ y también a distintas empresas distribuidoras de televisores¹⁴ que participaban en la fijación de precios mínimos de reventa.

En Argentina la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia concluyó: “...la fijación de precios mínimos de reventa es considerada una práctica anticompetitiva en las legislaciones de los países de mayor tradición en materia de defensa de la competencia a nivel mundial. El argumento detrás de la ilegalidad generalizada de esta práctica se encuentra en el hecho de que ella, al **restringir la competencia** en precios entre los distribuidores de un producto determinado, acaba por **perjudicar a los consumidores**. Esta afirmación se encuentra avalada por estudios empíricos realizados en los Estados Unidos y en otros países, los cuales indican que, **salvo algunas excepciones, la fijación de precios de reventa conduce directamente a mayores precios de venta al público.**”

“No obstante ello...existen autores que alegan que la fijación de precios de reventa puede en varios casos ejercer efectos favorables sobre la competencia y que, por lo tanto, no debería ser considerada ilegal per se.”

*“En el caso investigado en el marco del presente expediente, la fijación de precios mínimos imputada limitó y restringió la competencia existente entre las operadoras de cable para la provisión del fútbol codificado. Ello se debe a que estas últimas empresas **no han actuado como meras intermediarias***

¹³ Resolución N° 80 del 19 de agosto de 2014. Disponible en http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/20140820_Resolucion%2080-14.pdf

¹⁴ Resolución N° 158 del 9 de diciembre de 2016. Disponible en <http://competencia.mef.gub.uy/innovaportal/file/20305/1/resolucion-158-16-baranur-con-samsung-y-otros---denuncia.pdf>



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

o distribuidoras de TRISA y TSCSA sino que han pagado una cifra preestablecida por la transmisión del fútbol codificado y luego lo han ofrecido entre sus abonados, asumiendo el riesgo de su comercialización. Debido a ello, la fijación de precios mínimos ha limitado efectivamente la competencia existente entre las operadoras de cable, siendo que ellas no constituyen agentes comerciales de TRISA y TSCSA sino empresas independientes que compiten en la prestación de un producto”

*“...la conducta investigada permite que **los precios del producto pagados por los abonados sean superiores a los que surgirían en condiciones de competencia**. De tal forma, no disminuiría la disposición a pagar de los cableoperadores a lo largo del tiempo y, en consecuencia, las titulares de la señal obtendrían beneficios supracompetitivos por su producto”¹⁵ (los destacados nos pertenecen).*

Por su parte el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en Colombia manifiesta: *“Respecto a la fijación de precios mínimos y fijos en relaciones verticales se recuerda que, con base en la misma experiencia y en los avances de la economía, persiste una reticencia generalizada respecto a su aceptación. Sin embargo, la SIC toma de la experiencia de los Estados Unidos la premisa según la cual esta modalidad de fijación de precio debe analizarse caso por caso.”*

*“...una de las razones que sustenta el reproche legislativo de las restricciones verticales es que los distribuidores, **como agentes independientes, tienen derecho a establecer las condiciones de adquisición, venta y reventa que prefieran**, de acuerdo a sus propias estructuras de costos y expectativas de ganancia. En este sentido, la misma autoridad de Competencia ha dispuesto que un factor garante del equilibrio y las libertades que defiende nuestro régimen económico es la **libertad** de los agentes del mercado para determinar los precios de acuerdo con el juego de la oferta y la demanda” (el destacado nos pertenece).¹⁶*

¹⁵ Numerales 133, 134, 194 y 218. Dictamen N° 353 del 21 de agosto de 2001. Disponible en <http://www.cndc.gov.ar/dictamenes/353.pdf>.

¹⁶ Resolución N° 40598 del 27 de junio de 2014. Disponible en http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/juridico/2014/boletin%20web%20agosto%202014/vinculos%20boletin%20web%20AGOSTO%202014/Resolucion%2040598.pdf



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Como se anticipaba en algunas de las transcripciones precedentes, las autoridades coinciden en que el principal perjudicado por la fijación de precios de reventa es el consumidor.

*“Así, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ha manifestado que **la fijación de un precio mínimo siempre repercute negativamente en el consumidor**. Por su parte, las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales sobre la fijación del precio de reventa (MPR), destacan que **el efecto inmediato del MPR será que todos los distribuidores, o algunos de ellos, se vean impedidos de bajar su precio de venta de esa marca concreta. En otras palabras, el efecto directo del MPR es un incremento de los precios**” (párrafo 224)” (el destacado nos pertenece).¹⁷*

A efectos de valorar la legalidad de estas prácticas las autoridades han considerado (entre otros) los siguientes aspectos:

- La naturaleza del acuerdo marco en el que la restricción tuvo lugar, poniéndose especial consideración en las características del vínculo contractual que une a las partes del acuerdo, y muy especialmente al nivel de independencia entre los agentes.

Destaca la autoridad colombiana: “...es posible que, en un caso dado, la misma naturaleza del acuerdo vertical haga admisibles algunos acuerdos que en relaciones horizontales serían reprochables. No obstante ello, si la restricción se refiere a una fijación de precios **será necesario hacer un análisis mayor**, pues no todas las restricciones de esta naturaleza se justificarán a partir del esquema contractual que las enmarque. En este punto, cabe recordar que nada obsta para que bajo un contrato esencial y naturalmente restrictivo, se terminen estableciendo acuerdos (de precios o cualquier otro) atentatorios de la libre competencia”¹⁸ (el destacado nos pertenece).

Pero aún frente a contratos de franquicia (que son los que en principio justificarían de mejor modo este tipo de restricciones) se señala: “...el régimen de protección de la

¹⁷ Resolución del 27 de marzo de 2012. Expediente S/0237/10. Motocicletas.

¹⁸ Resolución N° 40598/2014 ya citada.



competencia colombiano concibe la posibilidad de catalogar a tales imposiciones como ilegales, si de ellas se predica un potencial o real efecto anticompetitivo. Lo anterior, no solo por cuanto la regulación en la materia proscribiera de manera general todo acuerdo de fijación de precios que se dé en el marco de una relación horizontal o vertical, sino porque, de manera general, prohíbe cualquier práctica que limite o tenga el objeto de limitar la libre competencia en el país (intermarca o intramarca)”

- La participación o cuota de mercado de los agentes vinculados en la práctica. Algunas legislaciones establecen incluso presunciones de legalidad en función a la posición de las empresas dentro del mercado. En otras ocasiones la eficacia de la práctica se mide en función de sus efectos: *“este Tribunal estima que el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y Paris lograron el resultado buscado de impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello se hiciera fracasar la misma, es prueba suficiente de que las requeridas, al menos conjuntamente, tenían, a la época de los hechos analizados, un poder de mercado del cual podían abusar. En efecto, es indudable que si una causa determinada produce un efecto, habiéndose descartado la existencia de otras causas, obviamente es porque es capaz de hacerlo. Dado que el poder de mercado está precisamente relacionado con la capacidad de un agente de mercado de influir en los precios o en la decisión de otro agente que, de no mediar dicho poder, podría actuar independientemente, debe entonces concluirse que las empresas requeridas, a lo menos conjuntamente, detentaban poder de mercado a la época de los hechos materia de esta causa”*¹⁹
- Que los efectos competitivos y en beneficio del consumidor superen los anticompetitivos, carga que suele situarse sobre quienes tienen interés de justificar su conducta.

¹⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno. Considerando N° 134. Sentencia N° 63 del 10 de abril de 2008, disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_63_2008.pdf



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

- Que se trate de una medida indispensable para alcanzar las ventajas competitivas logradas. Suele considerarse que si por medios alternativos puede lograrse el mismo efecto pero provocando menores daños, debe acudirse a esta última vía.

Los criterios anteriormente expuestos coinciden con nuestra normativa sobre Defensa de la Competencia:

“A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores” (artículo 3 de la Ley N° 18.159).

SOBRE EL CURSO PROCESAL A SEGUIR RESPECTO DE LA POSIBLE ILEGALIDAD DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA, INCORPORADOS EN LOS CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD

En el caso que nos convoca los precios de reventa fueron estipulados en el marco del acuerdo de exclusividad que diera lugar a estas actuaciones. Conforme puede apreciarse en la vista conferida por Resolución N° 71/016, *“la denuncia da cuenta de la posible vulneración de la normativa sobre libre competencia, al celebrar la empresa denunciada contratos de exclusividad con diversos comercios, premiando la exclusión de los productos que vende y distribuye la empresa denunciante”* (fojas 183).

Si bien la fijación de precios mínimos de reventa forma parte del acuerdo de exclusividad, coincidimos con el Informe Técnico N° 5/2017 en que estamos ante *“otro tipo de restricción vertical”* (fojas 390 vuelto), motivo por el cual entendemos que corresponde conferir a F.N.C. vista previa de estas actuaciones, **exclusivamente respecto a los precios mínimos de reventa**, previo a la emisión del proyecto de resolución final.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

A criterio de este asesor no es posible desconocer que en el caso que nos convoca esta práctica opera y despliega sus efectos complementando el acuerdo de exclusividad, **conformando ambas conductas una misma restricción a la competencia**, orientada a lograr en la vía de los hechos una integración vertical entre empresas que deberían actuar de forma independiente, circunstancia que beneficia a F.N.C. en detrimento de sus competidores y los consumidores.

3. CONCLUSIONES

a) Sobre los recursos interpuestos

Atento a lo expuesto oportunamente se sugiere confirmar el acto impugnado.

b) Sobre los contratos de exclusividad

A criterio del informante surgen elementos suficientes para imputar a F.N.C. un abuso de su posición dominante mediante la imposición de restricciones verticales que obstaculizaron y limitaron la competencia en perjuicio de los consumidores mediante la celebración de acuerdos de exclusividad.

La denunciada señala que MILOTUR incurrió en similares prácticas, invocado a su favor el principio de igualdad. De esta forma parece desconocer que **no es contrario a la igualdad dar trato diferente a quienes no son iguales**.

La cuestión era advertida por Aristóteles: *"...la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales."*²⁰

²⁰ "Ética a Nicómaco". Editorial Gredos. Pág. 137. 1131 a.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Ahondando en esta cuestión la Suprema Corte de Justicia, en cita a Recasens Siches, sentenció “...los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración’ (Filosofía del Derecho, pág. 590)” (Sentencia N° 250/2015).

La Comisión de Libre Competencia peruana señala que “en principio, las restricciones verticales pactadas por agentes no dominantes no afectarán negativamente la competencia y, por tanto, no constituirán conductas sancionables, se desprende que la utilización de las restricciones verticales sólo debe ser evaluada como una modalidad de abuso de posición de dominio.”²¹

Con suma precisión llega a similar conclusión el Informe Técnico N° 5/2017: “Es claro que una restricción vertical sería más riesgosa para la competencia en la medida que la participación de la empresa que la aplica sea mayor. A su vez, el opuesto también es válido, o sea, una participación pequeña en el mercado relevante es indicativa de un potencial anticompetitivo menor” “Como vimos arriba, no hay controversia sobre el porcentaje de mercado que ostenta cada una de las empresas, 93,8% de participación en volumen y 94,23% en valor para FNC y 2,6% de participación en volumen y 2,32% en valor para Miltur para el año 2015. Por tanto se observa que la capacidad de afectar el mercado relevante de cada una de las empresas es totalmente distinta. Esto lleva a que, en la hipótesis de que Miltur utilizara contratos de exclusividad, la capacidad que tiene actualmente y predeciblemente a mediano plazo, junto con la estructura de mercado actual, no es suficiente para lograr afectar el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado relevante” (fojas 386).

Es necesario también reiterar que F.N.C. cuenta con antecedentes por su participación como autor en la comisión de prácticas anticompetitivas. Si bien tal extremo opera como un agravante de la eventual sanción a imponer (artículo 17 de la Ley), refleja también la falta de voluntad de la denunciada a dar cumplimiento a la Ley N° 18.159, extremo que a

²¹ Informe N° 64 del 24 de setiembre de 2007.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

entender de este asesor **determina la necesidad de realizar un monitoreo constante** orientado a verificar el cumplimiento de las diversas órdenes de cese que le fueron impuestas a la compañía.

c) Sobre la fijación de precios de reventa

Se sugiere a la Comisión que previo a emitir su proyecto de resolución se le de vista de las presentes actuaciones a F.N.C. para que efectúe descargos. Una vez evacuada la misma, vuelvan a estos asesores, quienes analizarán los descargos, para luego proceder a la vista final a ambas partes de 15 días hábiles, conforme establece el artículo 26 del Decreto Reglamentario.

d) Estudio sobre normativa

En virtud a las alegaciones efectuadas a fojas 170 vuelto, se sugiere que esta Comisión, en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 26 literal F de la Ley N° 18.159, inicie un estudio sobre eventuales restricciones a la competencia que podrían establecer los Decretos N° 88/012, 8/016 y cualquier otra disposición concordante o complementaria a los mismos, sin perjuicio de lo que oportunamente se señalara a fojas 277 y 278.