

Informe No 94/2017

Montevideo, 25 de octubre de 2017

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

1. ANTECEDENTES

Vuelven estas actuaciones para la elaboración de informe jurídico final.

2. ANÁLISIS

Desde el punto de vista formal, corresponde destacar que la Comisión ha cumplido con el debido proceso, respetándose cada una de las etapas y exigencias previstas en la Ley N° 18.159 y su decreto reglamentario, garantizándose a las partes el ejercicio integral de su defensa. La Comisión ha sido incluso más garantista que las previsiones expresas de la Ley y el Decreto, concediendo en más de una oportunidad prórrogas para evacuar las vistas, e incluso, por mandato de la Resolución N° 68/017 (fojas 514), admitiendo la documentación presentada fuera de plazo por la denunciada, priorizando en todo momento asegurar el derecho a la defensa de F.N.C., aún a pesar de las objeciones formales planteadas por este asesor en Informe N° 49/2017 (fojas 491 y 492), y que valieran las observaciones efectuadas por MILOTUR a fojas 604 y 625.

Es de destacar que en sus descargos F.N.C. aclaró expresamente *“que no fue ni es nuestro interés formalizar recusación alguna, máxime desde que tenemos absoluta confianza en las personas y profesionales que integran y componen esa Comisión”* (a fojas 586 vuelto). Complementando lo anterior, este asesor continúa entendiendo que no existe ni ha existido motivo legal alguno que le legitime a plantear su excusación en los términos previstos en el artículo 3 del Decreto N° 500/991.



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 lo que hace a las alegaciones referidas a fojas 622, y sin perjuicio de lo que podrán alegar los actores involucrados, la propia parte denunciada advierte no poder involucrar ni responsabilizar directamente a la Comisión ni a quienes la componen.

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 prejuizgamiento 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.

En cuanto 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.

Es menester también aclarar que nadie de la Comisión ha considerado ilegal en sí misma la posición que ocupa F.N.C. dentro del mercado. Lo que se considera ilegal es la forma en que ha abusado de la misma, al imponer aguas abajo restricciones verticales en desmedro de la competencia y los consumidores. Una conducta que además ha reiterado en diversas oportunidades, valiéndole severas sanciones previas (convalidadas por el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo), sin que hasta el momento decidiera modificar su conducta.

En cuanto a la eventual violación del principio de igualdad, insistimos una vez más en lo señalado a fojas 430: *“Como ambos técnicos expusieran en sus anteriores informes, una empresa que goza de una posición cercana al 95% del mercado, y otra que cuenta con menos del 5%, no se*



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

encuentran en igual situación, pues las conductas de una y otra no afectan de la misma forma al mercado. O mejor dicho, las conductas de esta última no tienen la incidencia suficiente para afectar el mercado.” Concluir lo contrario sería recurrir a la prohibición *per se* de los acuerdos de exclusividad que la propia F.N.C. tanto ha cuestionado y rechazado a lo largo de estas actuaciones.

Coincidimos también con MILOTUR en relación a lo señalado a fojas 610 vuelto: *“En ninguna de las múltiples intimaciones que le hizo esta Comisión a que agregara los mismos (los contratos de exclusividad) la denunciada cumplió con la agregación. Ni siquiera había mencionado el número de 1.300 comercios On Premise con los que tendría acuerdos de exclusividad. No ha presentado ni un solo contrato, ni realizado un listado de los lugares donde tiene acuerdos de exclusividad... Por lo tanto, la afirmación de la parte denunciada de que solamente tiene 1.300 acuerdos de exclusividad deberá ser rechazada en todos sus términos, en virtud de que la misma no tiene sustento probatorio alguno.”* *“...la existencia de 1.300 acuerdos de exclusividad es completamente improbable.”* Y todo ello sin perjuicio de la aplicación de la presunción del artículo 14 de la Ley referida en los considerandos 2 y 7 del proyecto de resolución final, por los incumplimientos referidos precedentemente.

Respecto a la cuantía de la sanción proyectada, este asesor reafirma su legalidad, adquiriendo especial trascendencia en su cuantificación la reincidencia del agente¹, quien a pesar de haber sido sancionado con anterioridad, continuó desarrollando similares prácticas, ignorando no sólo la autoridad de esta oficina, sino el mandato jurisdiccional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia N° 59/2016.

De allí que MILOTUR solicitara la aplicación de ciertas medidas especiales, correspondiendo al respecto señalar:

¹ (además del resto de agravantes referidas en el Considerando N° 13).



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 Comisión carece de potestades para prohibir *per se* y hacia el futuro la celebración de acuerdos de exclusividad, aunque sí puede (y debe) ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas cometidas y también reprimir al agente en caso de que vuelva a infringir la Ley N° 18.159.
- Que se coincide con la necesidad de establecer un monitoreo de la denunciada, durante el término y bajo la modalidad que la Comisión estime conveniente, y también que esta oficina procure la máxima difusión de la resolución final como mecanismo para promover la competencia y prevenir la comisión de futuras prácticas anticompetitivas.

En relación al estudio normativo, este asesor reitera la sugerencia que efectuara a fojas 406 vuelto. El representante legal de F.N.C. califica nuestra sugerencia de “insólita”, aunque al no acompañar tal epíteto de una explicación y fundamentos (técnica a la que ha recurrido en varios de sus escritos) desconocemos si debemos valorarlo como un halago o un agravio.

Fuere como fuere, e impulsados en despejar cualquier duda, el firmante entiende que ciertos actos administrativos (particularmente decretos) podrían estar estableciendo restricciones a la competencia, siendo competencia de esta oficina, en el marco de las potestades previstas en el artículo 26 literal F de la Ley, proceder al estudio de la misma, y de corresponder, emitir recomendaciones no vinculantes.

Por último, merece destacar lo señalado por MILOTUR a fojas 625, que es coincidente con la valoración efectuada por la Comisión en el Considerando 12 de su proyecto de resolución (negativa a colaborar con la investigación): “...a pesar de que esta Comisión, le ha permitido a la denunciada presentar todos los documentos que pretendió, aún cuando se encontrara fuera de plazo, cuando la Comisión le dio más de 3 oportunidades de cumplir la intimación practicada sin sancionarla, acusa a la autoridad de ‘ausencia de objetividad y ecuanimidad’ y de ‘prejuzgamiento’. *Insólito.*”



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

3. CONCLUSIONES

“...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)...

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.

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.”