Proyecto de Resolución.

Montevideo, 26 de abril de 2022.

ASUNTO N.º 22/019: FABRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. (F.N.C. S.A.) - MERCADO DE LA CERVEZA - INVESTIGACIÓN DE OFICIO.

VISTO:

El estado de las presentes actuaciones.

RESULTANDO:

1. Que con fecha 7 de febrero de 2019, Martín Russotto formula denuncia contra F.N.C. S.A. por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas.
2. Que, por Resolución N.º 32/019, de fecha 13 de marzo de 2019, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dispone la pertinencia de la denuncia formulada.
3. Que, por Resolución N.º 39/019, de fecha 8 de abril de 2019 se ordena la prosecución de las actuaciones, procediendo a la agregación de los medios probatorios ofrecidos.
4. Que, por Resolución N.º 58/019, la Autoridad de Competencia dispone intimar a F.N.C. S.A. la presentación de todos los contratos de exclusividad vigentes, así como la presentación de un informe relativo a la evolución de las participaciones de mercado en el período posterior a la Resolución N.º 121/017, de fecha 8 de noviembre de 2017, relatando los cambios relevantes que hayan ocurrido, si ellos hubieran existido.
5. Que asimismo, a través de la mencionada, se libra oficio a Milotur S.A. a fin de solicitar un informe relativo a la evolución de las participaciones de mercado en el período posterior a la Resolución N.º 121/017.
6. Que, con fecha 26 de junio de 2019, Martín Russotto comparece a desistir de la denuncia impetrada, en tanto el denunciante llegó a un acuerdo con F.N.C. S.A.

7. Que por Resolución N.º 82/019, de fecha 3 de julio de 2019, se dispone el inicio de una investigación de oficio sobre el mercado de la cerveza, confiriendo vista a F.N.C. S.A.

8. Que por Resolución N.º 93/019 de fecha 6 de agosto de 2019, se intima a F.N.C. S.A., a que en un plazo de cinco (5) días hábiles presente todos los contratos de exclusividad vigentes con los minoristas.

9. Que con fecha 12 de agosto de 2019, comparece F.N.C. S.A. cumpliendo con la intimación que le fuera realizada.

10. Que por Resolución N.º 127/019, de fecha 15 de octubre de 2019, se confiere vista a F.N.C. S.A., al amparo del artículo 23 del Decreto N.º 404/007.

11. Que mediante la comparecencia de fecha 31 de octubre de 2019, se evacúa la vista conferida.

12. Que por Resolución N.º 146/019, de fecha 13 de noviembre de 2019, la Autoridad de Competencia dispone la prosecución de las actuaciones, así como tener por agregadas las probanzas documentales aportadas.

13. Que se emite informe económico N.º 16/020 de fecha 3 de febrero de 2020.

14. Que, el asesor economista presenta una evaluación de las dinámicas competitivas en el mercado relevante de la cerveza en general, proponiendo una definición del mercado relevante desde el punto de vista geográfico que abarca todo el territorio nacional, en consonancia con anteriores pronunciamientos de la Autoridad de Competencia en relación al presente mercado.

15. Que el asesor concluye que F.N.C. detenta una posición dominante en el mercado relevante.

16. Que, el asesor expresa que *"Si bien la Resolución N.º 121/017 de 8 de noviembre de 2017 le ordena a F.N.C. "el cese inmediato de la conducta reputada como ilegal" la propia empresa reconoce que múltiples contratos de exclusividad permanecen vigentes"*.

17. Que, el 30 de junio de 2020, comparece MILOTUR S.A., aportando más de 40 actas de constatación realizadas en diferentes puntos de venta de varios departamentos, que muestran que F.N.C. S.A. celebra acuerdos de exclusividad, incumpliendo la orden de cese inmediato dispuesta por la Resolución N.º 121/017 de 8 de noviembre de 2017.

18. Que por Resolución N.º 160/020, de 21 de julio de 2020, la Comisión confiere vista a F.N.C. S.A. de las citadas actuaciones.

19. Que, F.N.C. S.A. evacúa la vista que le fuera conferida el 5 de agosto de 2020.

20. Que, por Resolución N.º 192/020, del 31 de agosto de 2020, la Comisión resolvió disponer que los hechos nuevos aportados por Milotur en el Asunto N.º 22/016, se agreguen a las presentes actuaciones.

21. Que, con fecha 26 de enero de 2021, comparece F.N.C. S.A., a efectos de manifestar su voluntad de acordar con la Autoridad de Competencia un compromiso de cese.

22. Que por Resolución N.º 23/021, de fecha 4 de febrero de 2021, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, dispuso conferir vista a Milotur S.A.

23. Que con fecha 23 de febrero de 2021, Milotur S.A. evacúa la vista que le fuera conferida.

24. Que, el 19 de marzo de 2021, comparece F.N.C. S.A. a efectos de presentar ante la Autoridad de Competencia una propuesta de compromiso de cese.

25. Que se ha emitido informe jurídico N.º 73/021, de fecha 5 de abril de 2021.

26. Que, la asesora letrada analiza, en primer término, las observaciones formuladas por Milotur S.A. frente a la propuesta de suscripción de un compromiso de cese por parte de F.N.C. S.A.

27. Qué, asimismo, analiza la comparecencia de fecha 19 de marzo de 2021.

28. Que F.N.C. S.A. manifiesta, una vez más, que los acuerdos de exclusividad no serían ilegítimos *per se*, pero que, a efectos de evitar desacuerdos sobre el tema, entiende conveniente fijar un umbral que determine el otorgamiento legítimo de dichos acuerdos.

29. Que, F.N.C. S.A. define el mercado relevante por producto y ámbito territorial, enumerando las medidas de cese propuestas, la obligación de ajustarse a un porcentaje de exclusividades sobre el total de puntos de venta en el mercado relevante; así como la sanción por incumplimiento del compromiso de cese, y la presentación de información periódica y de control.

30. Que, asimismo, en virtud de la naturaleza de la información que se encuentra agregada en los Anexos I, II, III y IV, correspondiendo los últimos a los Anexos A, B, C del proyecto de compromiso de cese, solicita que sean declarados confidenciales.

31. Que así, el artículo 2 del Decreto N.º 500/991, enumera una serie de principios generales que deben regir el actuar de la Administración, entre ellos el de verdad material y debido proceso.

32. Que, en el artículo 4 del citado decreto se hace mención concretamente al principio de verdad material, mientras que en lo que hace al debido proceso entiende es de suma importancia dar noticia a los distintos agentes del mercado de las presentes actuaciones, a fin de que estos puedan realizar las consideraciones que entiendan del caso.

33. Que, la asesora letrada sugiere que la Autoridad de Competencia, ponga en conocimiento de los diferentes agentes del mercado de la cerveza las presentes actuaciones y que una vez que los agentes económicos aporten la información a marras acerca del funcionamiento del mercado relevante de autos, se tenga por presentado el acuerdo de cese, prosiguiendo respecto a su análisis y resolviendo sobre las medidas propuestas por F.N.C. S.A.

34. Que asimismo constata se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto N.º 232/010.

35. Que por Resolución N.º 67/021, de fecha 9 de abril de 2021 la Comisión, compartiendo el informe N.º 73/021, de fecha 5 de abril de 2021, y sus conclusiones, al amparo de los principios rectores del proceso administrativo, dispone dar noticia a los diferentes agentes del mercado de marras, encomendando al área técnica de la oficina, la elaboración de oficios a fin de actualizar la información sobre el funcionamiento y la estructura del mercado.

36. Que así, en el Numeral 11 de los Considerandos de la resolución relacionada *ut-supra* se dispone que, una vez que los agentes económicos aporten la información acerca del funcionamiento del mercado relevante de marras, habrá de tenerse por presentado el Proyecto de Compromiso de Cese, proseguir respecto a su análisis y resolver en cuanto a las medidas propuestas por F.N.C. S.A.

37. Que los oficios fueron diligenciados a Milotur S.A., Cambadu, Pontyn S.A., Asociación de Microcervecerías Artesanales del Uruguay y Cámara de Cervecerías Artesanales del Uruguay.

38. Que en lo que refiere a la confidencialidad solicitada se clasificó como tal la información obrante a fs. 394, 396 a 421, 423 a 450 y 452 a 461, ordenándose su efectivo desglose.

39. Que, asimismo, se desglosó provisoriamente el documento obrante a fojas 463 a 465, así como el escrito de fojas 468 a 470 vuelto, otorgando vista a F.N.C. a efectos de que indique si pretende que sea clasificado como confidencial.

40. Que con fecha 28 de abril de 2021, comparece F.N.C. a evacuar la vista que le fuera conferida por Resolución N.º 67/021 de fecha 9 de abril de 2021.

41. Que por Resolución N.º 78/021, de fecha 29 de abril de 2021, la Autoridad dispone clasificar como confidencial las fojas 463 a 465, y las fojas 468 a 470, así como el Anexo I agregado a marras, procediendo a su efectivo desglose, intimando en un plazo de 10 días hábiles a F.N.C. S.A. a dar cumplimiento al artículo 30 del Decreto N.º 232/010 respecto de la presente clasificación.

42. Que, por la relacionada, se niega la clasificación como confidencial, del escrito presentado con fecha 28 de abril de 2021, por entender que no encuadra en las hipótesis establecidas en el artículo 10 de la Ley Nº 18.381.

43. Que con fecha 5 de mayo de 2021, Cambadu da contestación al Oficio N.º 16/2021.

44. Que con fecha 7 de mayo de 2021, Milotur S.A. da contestación del Oficio N.º 15/2021.

45. Que con fecha 14 de mayo de 2021, comparece F.N.C. a fin de cumplir con la intimación relativa al artículo 30 del Decreto N.º 232/010, dispuesta por Resolución N.º 78/021.

46. Que con fecha 14 de mayo de 2021, Pontyn S.A. comparece a efectos de dar contestación al Oficio N.º 17/2021.

47. Que con fecha 25 de mayo de 2021, la Asociación de Microcervecerías Artesanales del Uruguay da contestación al Oficio N.º 18/2021.

48. Que con fecha 7 de junio de 2021, se libran oficios a Leopoldo Gross S.A., Bizarra, Lisley S.A., y Polakof & Cía. S.A.

49. Que con fecha 17 de junio de 2021, Bizarra, da a contestación al Oficio N.º 37/2021.

50. Con fecha 19 de agosto de 2021, comparece Milotur S.A. y aporta diversas probanzas que consisten en actas de comprobación realizadas en distintos departamentos del país que a su entender demuestran la flagrante y contumaz violación por parte de F.N.C. de las

disposiciones de la Ley N.º 18.159, y su decreto reglamentario, y de la Resolución N.º 121/017 de fecha 8 de noviembre de 2017.

51. Que, por su parte, con fecha 31 de agosto de 2021, comparece F.N.C. y agrega informe económico del Ec. Juan Dubra.

52. Que el informe del Ec. Juan Dubra, se pronuncia sobre el umbral de legitimidad bajo el que los acuerdos de exclusividades pueden realizarse sin generar impacto anticompetitivo en el mercado relevante.

53. Que con fecha 17 de setiembre de 2021, Leopoldo Gross S.A. aporta la información que le fuera requerida, mientras que Lisley S.A. cumple con lo antes ordenado.

54. Que por su parte Polakof & Cía. cumple con la intimación formulada con fecha 12 de octubre de 2021.

55. Que se emitió informe jurídico N.º 270/021 de fecha 13 de octubre de 2021.

56. Que la asesora letrada señala en su dictamen que, de las respuestas obtenidas a los oficios librados, resulta que en su gran mayoría, los competidores de F.N.C. S.A. han tenido dificultades para comercializar sus productos en los comercios minoristas, entendiendo que los clientes se han visto perjudicados.

57. Que, en tal sentido, el informe consigna que F.N.C. perpetúa la práctica anticompetitiva por la que ya ha sido sancionado en los autos identificados como Asunto N.º 22/016.

58. Que el referido dictamen entonces concluye, que diligenciados los medios probatorios dispuestos no corresponde hacer lugar al compromiso de cese propuesto.

59. Que por Resolución N.º 317/021, de fecha 14 de diciembre de 2021, la Comisión dispuso tener por presentado el acuerdo de cese por parte de F.N.C. S.A.

60. Que, por la misma resolución, en consonancia con el informe jurídico N.º 270/021 de fecha 13 de octubre de 2021, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, dispuso no hacer lugar al acuerdo de cese presentado por parte de F.N.C. S.A., entendiendo que el compromiso debió incluir la aceptación de la ilicitud de las prácticas.

CONSIDERANDO:

1. Que se ha emitido informe económico N.º 305/021 de fecha 22 de noviembre de 2021 e informe jurídico N.º 76/022 de fecha 25 de marzo de 2022.

2. Que el asesor economista refiere a los antecedentes que rodean la presente investigación,

la que se inicia con la denuncia presentada por el Sr. Martín Russotto.

3. Que menciona que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia ha analizado el mercado de la cerveza en varias ocasiones y cita el informe N.º 16/020, de fecha 3 de febrero de 2020, que actualiza los informes emitidos en el Asunto N.º 22/016, evaluando si ocurrieron cambios sustantivos en el mercado citado.

4. Que respecto a los hechos nuevos presentados por Milotur S.A., refiere las actas de comprobación realizadas entre marzo y mayo de 2020 donde, en más de 40 puntos de venta en los departamentos de Montevideo, Maldonado, Colonia y Durazno se constata la existencia de acuerdos exclusorios.

5. Que asimismo resalta, entre otros aspectos, que F.N.C. S.A. realizó notificaciones mediante telegramas colacionados, informando a sus contrapartes, esto es a quienes mantienen contratos con la empresa, su voluntad de renunciar al derecho a exigir exclusividad en la comercialización de cervezas, habiéndose presentado en autos 472 copias de telegramas, cuando F.N.C. S.A. ofrece sus productos en aproximadamente 29.000 puntos de venta.

6. Que transcribe, además, las respuestas a los oficios librados a distintos agentes del mercado de las cervezas (competidores de F.N.C. S.A.), quienes informan a la Comisión respecto de dificultades al momento de conseguir minoristas que vendan sus cervezas al consumidor final, así como respecto a las exclusividades impuestas por F.N.C. S.A. y consideran que sus clientes están siendo afectados.

7. Que, en base a la información analizada, señala, una vez más, que F.N.C. S.A. mantiene contratos de exclusividad con los minoristas para que vendan exclusivamente sus marcas de cerveza.

8. Que informa también, que existen contratos verbales, por los que se otorgan descuentos al final del año cuando se alcanza determinado volumen de ventas.

9. Que asimismo se constata que no son únicamente los competidores de F.N.C. S.A. los que se están viendo perjudicados, sino que los principales afectados son los consumidores.

10. Que el dictamen también señala que se constata que el mercado no ha sufrido modificaciones sustanciales, en tanto las condiciones del mercado continúan incambiadas

respecto a lo estudiado en el expediente identificado como Asunto N.º 22/2016 y que la empresa investigada no ha alterado su conducta.

11. Que así F.N.C. S.A. continúa detentando una posición dominante en el mercado, continúa celebrando acuerdos de exclusividad con los minoristas, impidiendo a los competidores competir en igualdad de condiciones y perjudicando a los consumidores.

12. Que, por su parte, la asesora letrada en su dictamen N.º 76/022, de fecha 25 de marzo de 2022 realiza una breve reseña de los antecedentes de las presentes actuaciones.

13. Que luego, centra el abordaje de las presentes actuaciones en el marco normativo que está dado por la Ley Nº 18.159, cuyo bien jurídico tutelado es el bienestar de los actuales y futuros consumidores, y ello a través de tres herramientas colocadas en idéntico plano de importancia, la defensa de la competencia, la eficiencia económica y la igualdad de acceso a los mercados.

14. Que en tal sentido recuerda que *"la competencia es un instrumento, no un fin en sí mismo, que debe tener como objetivo, en última instancia, mejorar el bienestar de los consumidores, tanto los actuales como los futuros"*.

15. Que, luego de referirse al artículo 2 de la ley precitada, cita el artículo 6 de la norma que establece que existe posición dominante cuando se pueden afectar sustancialmente las variables relevantes con prescindencia de las conductas de otros agentes, mientras que el abuso de dicha posición se configura cuando el o los agentes actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros competidores, lo que no hubiera sido posible de no contar con la posición de dominio.

16. Que, el dictamen continúa luego con el análisis de los hechos que se reputan acreditados.

17. Que, así la asesora manifiesta que *"no puede soslayarse el incumplimiento de F.N.C. S.A. al dispositivo N.º 2 de la Resolución de la CPDC Nº 121/017, de fecha 8 de noviembre de 2017 (fs. 655 a 658 del expediente Nº 22/2016 acordonado a estos obrados)"*.

18. Que, en efecto, emerge de manera manifiesta, que luego de la imposición del cese a través del precitado acto administrativo, F.N.C. S.A. continuó desplegando la conducta reputada como ilegal, lo que se traduce en la comisión de una nueva práctica anticompetitiva.

19. Que, abordando la situación en el mercado luego de la emisión de la Resolución N.º 121/017, la participación en el mercado de F.N.C. S.A. supera el 90% de participación dentro

del mercado relevante, definido éste como el de la cerveza en el territorio nacional.

20. Que así no se han observado cambios sustanciales en las participaciones de mercado.

21. Que, asimismo la asesora informa que resulta probado que F.N.C. S.A. ha celebrado diversos acuerdos de exclusividad con vendedores minoristas, tal como lo evidencian los adjuntados al momento de la presentación de la denuncia de fecha 9 de marzo de 2018.

22. Que, dichos extremos son reconocidos por la propia F.N.C. S.A. en los escritos de evacuación de vista presentados en obrados los días 3 y 6 de junio de 2019, acompañando un "Modelo de contrato de exclusividad que se firma con los comercios minoristas".

23. Que dicha documentación evidencia una estrategia de F.N.C. S.A. para excluir a competidores o para impedir la entrada en el mercado.

24. Que F.N.C. S.A. aporta así información indicando que mantiene contratos de exclusividad con 457 comercios denominados "influencers", los cuales se identifican con un listado.

25. Que F.N.C. S.A. aporta información indicando que mantiene contratos de exclusividad con 5874 comercios denominados "independientes", los cuales se identifican con un listado.

26. Que, a juicio de la asesora letrada, la conducta de F.N.C. S.A. evidencia que la empresa es un agente reincidente en lo que hace a las prácticas de restricción de la competencia.

27. Que, de acuerdo a datos aportados por F.N.C. S.A., la empresa tiene acuerdos de exclusividad con el 22% de sus puntos de venta.

28. Que, las ventas asociadas a esos puntos de venta con los que F.N.C. S.A. implementó los acuerdos de exclusividad, representan el 43% de su facturación anual, en lo que respecta al mercado de la cerveza.

29. Que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia comparte el informe económico N.º 305/021, de fecha 22 de noviembre de 2021, y el informe jurídico N.º 76/022 de fecha 25 de marzo de 2022 y concluye que existe plena prueba que F.N.C. S.A. ha desplegado diversos acuerdos de exclusividad celebrados con una proporción de los vendedores minoristas, incurriendo en una práctica anticompetitiva que consiste en un

abuso de posición de dominio en el mercado de la cerveza, mediante la celebración de contratos que imponen obligaciones de compra exclusiva que, considerando la marcada posición de dominio de la empresa, tienen el efecto de dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

30. Que, en tal sentido, F.N.C. S.A., abusando de su posición de dominio, celebra acuerdos de exclusividad, que no hubieran sido posibles de no existir dicha posición, con el fin de obtener ventajas anticompetitivas, ocasionado perjuicios a los competidores y a los consumidores.

31. Que a través de los citados contratos de exclusividad F.N.C. S.A., restringe la competencia en el mercado relevante, en tanto impide la entrada de empresas competidoras o bien la expansión de las competidoras actuales.

32. Que, en el caso de marras, habiendo analizado toda la información aportada por la denunciante, la denunciada y los distintos participantes en el mercado, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia considera que el alcance de los efectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad desplegados por F.N.C. S.A. con los comercios minoristas, supera las eventuales ganancias de eficiencias asociadas a dichos contratos.

33. Que a efectos de la graduación de la sanción se computará la calidad de reincidente de F.N.C. S.A., en tanto ha sido sancionado en dos ocasiones previas conforme Sentencia Nº 59/016 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y luego conforme Resolución Nº 121/017 dictada el 8 de noviembre de 2017 dictada en los autos identificados como "Milotur S.A. c/F.N.C. S.A. S.A. Denuncia. Asunto Nº 22/016".

34. Que se computará como atenuante la actitud asumida durante el decurso de estas actuaciones y la colaboración con la investigación.

35. Que, considerando la posición de dominio de F.N.C. S.A. en el mercado de las cervezas, los efectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad celebrados, considerados como ilegales por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, la proporción de las ventas vinculadas a dichos contratos, la Autoridad de Competencia habrá de sancionar a F.N.C. S.A. con una multa de 36 millones de U.I. (treinta y seis millones de unidades indexadas).

ATENTO:

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

LA COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RESUELVE:

1. Considerar finalizada la investigación, concluyendo que se ha probado en autos que F.N.C. S.A. ha abusado de su posición dominante, a través de la celebración de contratos de exclusividad con los minoristas, los que tienen por efecto un cierre anticompetitivo del mercado perjudicando a los consumidores.
2. Ordenar el cese inmediato de la conducta reputada como ilegal.
3. Aplicar a F.N.C. S.A. una sanción de multa por un monto de 36 millones de U.I. (treinta y seis millones de unidades indexadas).
4. Comuníquese, etc.