



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

COMPAÑIA INDUSTRIAL CERVECERA SA Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO s/APEL
RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPET

Buenos Aires, de abril de 2023. SM

Y VISTOS: Las impugnaciones judiciales interpuestas por Otro Mundo Brewing Company S.A., por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G., por Compañía Industrial Cervecera S.A. y por Compañía Cervecerías Unidas de Argentina S.A., contra la Resolución N°866/21, dictada por la señora Secretaria de Comercio Interior de la Nación el 24 de agosto de 2021, en el expediente n° 2020-03042919-APN-DGD#MPYT, y

CONSIDERANDO:

I.- Mediante Resolución n° 866/21 la señora Secretaria de Comercio Interior resolvió: **1)** Rechazar el compromiso ofrecido por la empresa Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G –en adelante, CMQ o Cervecería Quilmes- en los términos del artículo 45 de la Ley N°27.442, como así también el planteo de prescripción opuesto por esa misma parte y el de nulidad interpuesto contra la providencia que declaró la clausura del período probatorio (arts. 1°, 2° y 3°); **2)** Imponer a la firma CMQ una multa por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MILLONES (\$150.000.000) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 3°, incisos b), d) y g) de la Ley N°27.442 y 46 inciso b) de la Ley N°25.156 (art. 4°); **3)** Ordenar a la firma CMQ que cese en llevar adelante las siguientes acciones, a los fines de garantizar la competencia: **a.-** la firma CMQ no podrá establecer ningún tipo de acuerdo comercial (formal o informal) con los puntos de venta (tanto *On Premise* como *Off Premise*) que tenga por objeto o efecto generar restricciones verticales sobre los canales de comercialización, como por ejemplo: (i) la exclusividad de venta de sus productos; (ii) ofrecer como primera opción sus productos; (iii) eliminar a los competidores de las cartas, menú u otros; (iv) limitar o prohibir la exhibición de los productos de la competencia a través de acuerdos de espacios exclusivos en góndolas o punteras y; (v) en los puntos de venta (PDV) con espacio limitado para la disposición de una sola heladera (como

kioscos y almacenes), la firma CMQ no podrá exigir el uso exclusivo de éstas para refrigerar los productos que distribuye; **b.-** la firma CMQ deberá mantener una estrategia de comercialización de sus marcas de cerveza en forma independiente del resto de las bebidas que distribuye. No podrá establecer descuentos cruzados entre distintos productos, ni sujetar la venta de un producto a la adquisición de otro; **c.-** los acuerdos de publicidad y promoción exclusiva de sus marcas de cerveza -a través de la entrega de mobiliario, marquesina u otros- deberán cumplir con las siguientes condiciones: **(i)** duración máxima de tres años; **(ii)** cláusulas precisas de rescisión anticipada luego del primer año; **(iii)** no establecer mecanismos de renovación automática; **(iv)** no podrán prohibir la venta de productos de la competencia, ni establecer un orden de preferencia en la oferta de productos; y **(iv)** permitir la inclusión de los productos de los competidores en las cartas o menú; **d.-** asimismo, la firma CMQ deberá hacer saber de forma fehaciente e inequívoca a todos los puntos de venta con los que tiene acuerdos formales o informales de las nuevas condiciones de comercialización (art. 5°); **4)** Establecer el plazo de DIEZ (10) días hábiles desde la notificación de la presente resolución para que la firma CMQ haga efectivo el pago de la multa impuesta en el artículo 4° de la mencionada medida, bajo apercibimiento de aplicar por cada día de mora los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina hasta su efectiva cancelación (art. 6°); **5)** Ordenar a la firma CMQ la publicación en el Boletín Oficial de la medida conforme con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, actualmente artículo 53 de la Ley N° 27.442 (art. 8°).

Para así decidir, y luego de hacer un repaso de algunas de las actuaciones que se sucedieron en el expediente administrativo, la funcionaria tuvo por acreditado que Cervecería Quilmes abusó de su posición de dominio en el mercado de producción y distribución de cerveza de toda la República Argentina, a través de políticas de fidelización tanto en el canal *On Premise*, con la celebración de acuerdos escritos y/o verbales de publicidad y promoción exclusiva, que en la práctica resultan en la venta exclusiva de cervezas de la imputada; como también en el canal *Off Premise*, con la imposición por parte de la empresa sancionada a los puntos de venta de este canal, respecto de la asignación del espacio en góndola y heladeras para sus productos, así como la implementación de varios programas de fidelización con descuentos y bonificaciones retroactivas no replicables por



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

competidores igualmente eficientes. Entendió que dichas prácticas tienen un efecto de cierre del mercado, que disminuyen la variedad de marcas ofrecidas, dificultan la comercialización de productos nuevos y la competencia, impiden o ralentizan el crecimiento de los competidores actuales y el ingreso de nuevos competidores y preservan de modo artificial la posición dominante de CMQ, resultando perjudicial para el consumidor, para la libre competencia y para el interés económico general.

Como primer punto, explicó que el principal motivo para rechazar el compromiso ofrecido el día 30.09.19 por la empresa imputada, es que el instrumento es parcial, no abarca la totalidad de las conductas imputadas, es decir que resulta incompleto y por ende no logra el cometido del instituto, que es sanear los efectos perjudiciales de las prácticas imputadas que dañan la competencia.

Sobre este aspecto del asunto, citó la conclusión a la que arribó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –en lo sucesivo, C.N.D.C. o la Comisión- quien entendió que aceptar un compromiso como el presentado no lograría la función que se le otorgó a ese instituto en la legislación aplicable, es decir, de promoción y prevención de la defensa de la competencia, y que dicho instrumento ofrecido no podría aceptarse, ya que hay elementos que permiten inferir una potencial afectación negativa al interés económico general.

Por otro lado, se expidió con respecto a la ley aplicable. Indicó que los actos perseguidos y sancionables por la Ley N° 25.156 son idénticos a los perseguidos y sancionables por la Ley N° 27.442 con excepción de la conducta tipificada en el inciso l) del artículo 3° de dicha ley. Para luego aclarar que por tratarse de una conducta cuya ejecución comenzó durante la vigencia de dos normas, siempre se optará por aplicar aquella que sea más beneficiosa para el imputado, en resguardo de las garantías de jerarquía constitucional. De allí que entendió aplicable la Ley N° 25.156 en lo que hace a la sanción y remedios de la conducta investigada.

A continuación, a los efectos de desestimar la prescripción interpuesta por la sociedad imputada, tuvo en cuenta dos elementos: en primer lugar, le asignó efectos interruptivos en los términos del artículo 55 de la Ley N°25.156 a la denuncia interpuesta el día 8.09.16 por Otro Mundo Brewing Company S.A. –de aquí en más, Otro Mundo- y, en segundo lugar, en virtud de la naturaleza continua de las prácticas investigadas en la presente causa.

También, señaló que se comprobó que la restricción vertical anticompetitiva resultaba de la celebración de acuerdos escritos y/o verbales de publicidad y promoción exclusiva por parte de Cervecería Quilmes con restaurantes, bares, pizzerías, pubs, discotecas y similares puntos de venta del canal *On Premise*, que en la práctica resultaron en la venta exclusiva de cervezas de esa firma. Y agregó que de las pruebas colectadas durante la instrucción para ese canal de ventas, todas ellas evidencian en forma armónica que las restricciones imputadas a la firma son prácticas continuas y fueron cometidas desde el año 2012 y hasta al menos el año 2019.

De igual modo, tuvo por demostrado que en el canal *Off Premise*, se configuró la obstrucción de acceso, permanencia o crecimiento de competidores en el mercado, por parte de la firma acusada, verificado a través de la celebración de acuerdos de góndola y de heladera, en el primer caso, con los supermercados y los autoservicios/almacenes (con góndola) y en el segundo caso, con los kioscos y almacenes (sin góndola, venta al público desde mostrador), en los que esa empresa ofreció descuentos como contraprestación para ampliar el porcentaje de góndola destinado a sus productos y/o venta exclusiva de su portfolio, por encima de su participación de mercado, en detrimento de sus competidores. Añadió la Secretaria de Comercio Interior que los beneficios otorgados a las tiendas fidelizadas por CMQ no consisten en la mejora de condiciones comerciales trasladables al consumidor final, sino que gravitan, en gran parte, en descuentos para el punto de venta, objetos y premios destinados a los dueños de los comercios, entre otros.

Enfatizó que lo descripto conlleva un obstáculo para la concurrencia de empresas competidoras, las cuales deben afrontar costos desproporcionados para disponer de espacios de exhibición y no pueden replicar los descuentos, bonificaciones y programas de fidelización en forma rentable, aun con niveles de eficiencia equivalentes a la empresa imputada. Al respecto, agregó que en los comercios de mayor superficie, la estrategia de Cervecería Quilmes estaba destinada a la menor exhibición de productos de la competencia, mientras que, en los establecimientos de menor superficie, se encontraba orientada a la venta exclusiva. Dijo, entonces, que los mencionados programas de fidelización reflejan un claro intento de monopolización de los distintos tipos de comercios del canal *Off Premise*, también en desmedro de sus competidores.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Además, ponderó que la propia imputada, al momento brindar sus explicaciones, asumió el accionar que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tildó de anticompetitivo y que ello implica que la firma CMQ está reconociendo la continuidad de la conducta imputada.

Seguidamente, a los fines de analizar la posición de la imputada en el mercado meritó que: 1) en el mercado argentino de cerveza existen dos grandes actores fabricantes de cerveza industrial que lideran el mercado: la firma CMQ y por detrás, con casi una cuarta parte de la participación de la primera, las firmas Compañía Industrial Cervecera S.A. –en adelante, CICSA- y Compañía Cervecerías Unidas Argentinas S.A. –en lo sucesivo, CCU-; 2) CMQ distribuye en la República Argentina de manera exclusiva un conjunto de bebidas que conforman una amplia cartera de productos que son comercializados conjuntamente con las cervezas; 3) la cartera de bebidas que tiene disponible la imputada presenta una mayor extensión y comprende marcas de relevancia, dado lo cual no resulta replicable por su principal competidor en el mercado de cervezas y; 4) Cervecería Quilmes tiene presencia en toda la extensión del territorio argentino a través de su amplia red de distribución, al igual que su principal competidor, por lo que corresponde valorar el alcance de las conductas denunciadas en todo el territorio nacional.

Consecuentemente, sostuvo que dada la posición dominante de CMQ en el mercado aguas arriba, las estrategias comerciales tendientes a generar espacios y puntos de venta de comercialización exclusiva derivan en un cierre de mercado para aquellas empresas que no cuentan con la capacidad de replicar las condiciones comerciales que ofrece Cervecería Quilmes, elevando de esta manera las barreras a la entrada en el mercado de producción y distribución de cervezas. Adicionó que al generar puntos de ventas y espacios exclusivos para la venta de productos, realiza un cierre vertical del mercado de producción y distribución de cervezas para sus competidores actuales y potenciales.

En el mismo orden de ideas, subrayó que la empresa imputada posee una gran variedad de marcas de cervezas, en cada uno de los segmentos de preferencias de los consumidores, las cuales son dispuestas de manera contigua y ubicadas preferentemente acaparando, como se constató en algunos casos, hasta el OCHENTA POR CIENTO (80 %) del espacio en góndolas en supermercados. Y que, en el caso de los autoservicios, no se realizan acuerdos marco para la disposición dentro de las góndolas de los

productos, siendo ésta negociada por los proveedores con el punto de venta con una frecuencia semanal, cuando el distribuidor realiza la entrega de los productos o cuando el vendedor de la cervecera visita el comercio. Pero tanto en unos como en otros lugares de expendio, el espacio para la competencia actual o potencial queda reducido a un porcentaje menor de las góndolas, generalmente establecido por defecto una vez determinada la ubicación principal destinada a los productos de Cervecería Quilmes.

Por lo demás, dedicó algunas reflexiones a la utilización de las heladeras para la exclusiva refrigeración de los productos de la empresa proveedora y que, por ello, no es común encontrar en los comercios de proximidad, como autoservicios o almacenes, marcas ajenas a las compañías líderes, a excepción de que se encuentren en heladeras que no son las destinadas principalmente a cerveza. A la vez que reparó que dadas las dimensiones sensiblemente menores de los almacenes y kioscos –que acaparan el 60% de las ventas *Off Premise*- y la necesidad del frío, la exclusividad en el uso de heladeras deriva en una exclusividad en las ventas. Citó, además, la Ley N°27.545 de Góndolas, que tiene como objetivo evitar las prácticas exclusorias y fomentar la competencia. Si bien la norma no regula el uso de espacios de frío, logra demostrar el interés del legislador relativo a mitigar los efectos de la concentración de mercado en la producción de canales de distribución.

Partiendo de estas premisas, la funcionaria concluyó que la integración de CMQ, tanto vertical, como horizontal y geográfica permite determinar la viabilidad económica de un competidor. En resumidas cuentas, señaló que la imputada cuenta con posición dominante en el mercado de producción y distribución de cervezas en Argentina, de acuerdo con los supuestos considerados en los artículos 5° y 6° de la Ley N°27.442, en razón de: a) la posibilidad de ofrecer a los puntos de venta de todos los canales un portfolio de productos diferenciados en calidad y precio que incluye los productos más demandados por los consumidores y más reconocidos, en algunos casos como el de Budweiser, Corona y Stella Artois, a nivel internacional, todo lo cual se condice con su constante actividad de construcción de imagen y promoción de sus marcas; b) el poder de mercado que la firma tiene con la cerveza se ve reforzado por su cartera de gaseosas, aguas saborizadas, bebidas isotónicas, bebidas energizantes, vinos y aguas minerales, que son ofrecidas conjuntamente, permitiendo a los puntos de venta canalizar la adquisición de pluralidad de productos a través



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de un único proveedor; c) las elevadas barreras a la entrada que se verifican en el acceso a los canales de comercialización de cerveza tanto *On Premise* como *Off Premise*; d) su política de discriminación de precios, instrumentadas a partir de diferentes herramientas como descuentos, bonificaciones, entrega de productos sin cargo, entre otros.

En lo inherente a los mecanismos anticompetitivos, también dedicó un análisis particular a aquellos que se refieren a los acuerdos de publicidad exclusiva en los distintos puntos de venta *On Premise*. Reveló que la prueba recabada en la instrucción arrojó que aquellos comercios que cuentan con mobiliario, equipos y enseres gastronómicos provistos por Cervecería Quilmes como “material publicitario” y/o que reciben todo tipo de beneficios monetarios y condiciones comerciales diferenciales, no ofrecen en sus cartas productos de competidores de esa firma. Renglón seguido, reflexionó que los contratos de promoción exclusiva de la sociedad imputada constituyen un escollo difícil de atravesar para una empresa que quiera crecer en el mercado de cerveza, más aún si los contratos vienen acompañados de cláusulas cuya interpretación permiten suponer sin lugar a dudas la existencia de exclusividad y la penalización unilateral por incumplimiento.

Según la funcionaria, las conductas descriptas permitieron a CMQ defender su posición dominante de una manera eficaz, toda vez que su participación se mantuvo por encima del OCHENTA POR CIENTO (80 %) en el período que abarca desde el año 2013 hasta la actualidad para el canal *On Premise*.

A raíz de todo ello, dijo que no sólo las prácticas llevadas adelante por la empresa imputada perjudican el crecimiento de su principal competidor, CCU, sino que además esta concatenación de actos exclusorios tiene como finalidad impedir el crecimiento de otras firmas, a la par que también redundan en un perjuicio a los consumidores finales, quienes pierden la posibilidad de actuar sobre la competencia por medio del ejercicio de sus preferencias.

Por otra parte, hizo mención al programa “Mercado Ideal” mediante el cual los puntos de venta adheridos a él reciben, semanalmente o con una frecuencia de diez días, a través de una aplicación de dispositivo móvil, premias de exhibición y además, siempre que éstas sean cumplidas por el punto de venta, suman puntos para canjear por distintos premios otorgados por Cervecería Quilmes. Refirió que, a través de ese esquema, se

impuso el patrón de ejecución de la góndola, respecto no sólo de sus productos, sino también de los productos de la competencia, perjudicando la visibilidad y exposición y, por lo tanto, también la comercialización de estos últimos.

Como consecuencia de lo expuesto, entendió acreditada la obstrucción al acceso, permanencia o crecimiento de competidores en el mercado por parte de CMQ, verificada a través de la celebración de acuerdos de exclusividad en puntos de venta y espacios en góndola y heladera, razón por la cual encuadró la conducta dentro de aquellas que prohíbe el inciso d) del artículo 3° de la Ley N° 27.442. Además, señaló que la exclusión se da a través de prácticas también previstas en el inciso b) de la misma norma.

En definitiva, según su parecer, la estrategia anticompetitiva de la firma consiste, precisamente, en ligar mediante las imposiciones ya descritas aquella parte de las ventas que CMQ tendría por su relevancia y el poder de mercado de sus marcas (demanda no contestable por un competidor), con aquella parte de la demanda que se encontraría en disputa entre los distintos oferentes, de no ser por la conducta exclusoria (demanda contestable).

Al momento de ingresar al análisis de la sanción, hizo mención como ya se había anticipado en cuanto a la norma aplicable, a lo previsto en los artículos 46 y 49 de la Ley N° 25.156. En ese sentido, recordó que la multa debe privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos e incluso resultar superior para que funcione como un disuasivo para infracciones similares.

Primeramente, destacó la labor altamente dificultosa de poder estimar con certeza una situación contrafáctica, que implica dar respuesta al interrogante de cuánto habría crecido la competencia o cuántas nuevas firmas se habrían instalado en el mercado, si no existieran todos los escollos impuestos por Cervecería Quilmes.

Sin perjuicio de ello, a los fines de la graduación de la sanción, tuvo en cuenta que las conductas analizadas comenzaron a ejecutarse en dos momentos temporales distintos, teniendo efectos en la actualidad en principio, en el año 2012 para el canal *Off Premise* y en el año 2016 para el canal *On Premise*. De allí que la conducta exclusoria imputada que entendió acreditada se produce hace nueve años para un canal y cinco años para el otro.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Por otro lado, ponderó que el máximo de la multa establecido por la Ley de Competencia Desleal es de PESOS CIENTO CINCUENTA MILLONES (\$ 150.000.000), el cual representa aproximadamente el UNO POR CIENTO (1 %) de las ganancias percibidas en el período 2015-2016, y el CERO COMA NUEVE POR CIENTO (0,9 %) de los activos de la empresa para el mismo período. Indicó que el monto no afecta el normal desarrollo de la empresa, representando el CERO COMA UNO POR CIENTO (0,1 %) de la facturación total del mercado para los años 2014 a 2017, período menor a lo analizado en las presentes actuaciones.

En razón de ello y remitiéndose a los fundamentos del Dictamen de fecha 10 de agosto de 2021 de la C.N.D.C. –que integró la resolución secretarial y al que se referirá en la presente como el Dictamen-, se impuso la sanción de multa y las demás medidas a las que se hizo mención en el primer párrafo de este Considerando.

II.- Tanto la empresa sancionada –CMQ-, como las denunciantes –CICSA, CCU y Otro Mundo- dedujeron impugnaciones judiciales en los términos del arts. 52 y 53 de la Ley N°25.156 y arts. 66 y 67 de la Ley N°27.442 (conf. presentaciones realizadas en sede administrativa los días 8.09.21, 13.09.21 y 15.09.21).

II.i.- Las tres empresas denunciantes solicitan la revocación parcial de la Resolución SCI N°866/21 en lo que respecta a la sanción de multa en el marco de la derogada Ley N°25.156, pues sostienen que debe ser redeterminada con ajuste a la Ley N°27.442, la que entienden aplicable al caso. Además, tanto CICSA como CCU, cuestionan la decisión de no obligar a CMQ a publicar la sanción en los diarios de mayor circulación.

Los fundamentos por los cuales Otro Mundo sostiene que ha sido incorrecto el encuadre jurídico a la hora de determinarse la sanción, pueden resumirse del siguiente modo: a) el principio de la ley penal más benigna -en los términos en que es consagrado en el Código Penal de la Nación y en los tratados internacionales- requiere una diferencia temporal entre el momento en el que se consuma el delito o la infracción y el momento de pronunciamiento del fallo –diferencia inexistente en el caso de delitos continuos que no han cesado al tiempo del fallo–. Sobre este punto, revisten importancia las conclusiones a las que arribó la C.N.D.C. en cuanto a la configuración de la conducta de CMQ como un “hecho continuado”; b) la existencia de una sucesión de leyes entre el comienzo de la ejecución de

un delito continuado y su sanción o consumación se rige por el principio general del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación conforme con las leyes vigentes al tiempo de su sanción; c) tal como ha sido reconocido por la C.J.S.N., los principios penales no son aplicables siempre y en cualquier caso en materia administrativa; d) sin perjuicio de ello, la aplicación del principio de la ley penal más benigna habría requerido la existencia un cambio de valoración en el delito o la infracción en cuestión, inexistente en el caso; e) existe una ostensible asimetría punitiva entre ambas legislaciones, habiéndose visto la Comisión obligada a punir por el máximo previsto en la Ley N°25.156 aun sabiendo que su monto resultaba definitivamente exiguo para los fines perseguidos. En ese sentido, con cita en la aclaración efectuada en el punto 864 del dictamen que integra la resolución secretarial, sostiene que el monto máximo de la sanción podría haber ascendido a la suma de \$11.000 millones de pesos.

Estas críticas fueron replicadas, en primer término, por el Estado Nacional el día 20.12.21. Allí solicita la desestimación de los planteos, por un lado, ante la ausencia de perjuicio a la impugnante y, por otro lado, hace alusión a que el monto, cuantificación y determinación de la sanción son cuestiones atinentes al órgano jurisdiccional y sus efectos sólo corresponden a quien debe afrontar la obligación impuesta. Señala que las denunciantes manifestaron ante la Autoridad de Aplicación de la L.D.C. una serie de hechos que consideraban que afectaban la competencia entre empresas, los que fueron corroborados mediante la instrucción correspondiente y sus efectos fueron eliminados con los remedios impuestos en la Resolución SCI N°866/21. A su vez, considera que la fundamentación de la impugnante importa un desconocimiento de las garantías constitucionales que rigen la materia, en particular, aquella que prevé el empleo del principio de la ley penal más benigna (conf. punto V.a) de la expresión de agravios de Otro Mundo Brewing Compañy S.A. y punto V.c) Contesta agravios planteados por Otro Mundo Brewing Compañy S.A. y CCU y CICSA).

Ante el traslado conferido el día 6.07.22, los planteos de Otro Mundo también fueron respondidos por Cervecería Quilmes el día 5.08.22. Al igual que la representación estatal, sostiene que los agravios no pueden prosperar porque la resolución recurrida no le causa a la denunciante ningún perjuicio ni agravio irreparable y porque en su pedido de revocación parcial de la sanción acude a un argumento violatorio del principio legal de la ley penal más benigna que tiene jerarquía constitucional. Apunta a que el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

derecho de defensa de la competencia es público y constituye un instrumento del Estado para proteger el régimen de libre competencia. Agrega que el monto y la cuantificación de las multas responden al interés público comprometido y es una cuestión ajena al interés del denunciante.

A su turno, CICSA y CCU exponen los motivos de disconformidad parcial con lo resuelto a través de la presentación conjunta de fecha 15.09.21.

Primeramente, efectúan consideraciones relativas a la admisibilidad formal de la impugnación interpuesta. En particular, justifican su legitimación para deducirla en que si bien la normativa "... no establece directivas respecto a la legitimidad para apelar", el artículo 26 de la Ley N°25.156, hoy artículo 34 de la Ley N°27.442, sí establece una legitimación activa amplia para denunciar conductas y prácticas prohibidas por la ley. Postulan su carácter de parte en las actuaciones y su interés legítimo en que la sanción a CMQ tenga un verdadero efecto disuasivo que las habilita para "apelar".

A continuación, se exponen con relación a la aplicación de la sanción en los términos que dispone la derogada Ley de Defensa de la Competencia, coincidiendo con Otro Mundo en la argumentación jurídica de por qué fue incorrectamente interpretado el "principio de ultractividad de la ley penal más benigna" y la incidencia de la conducta anticompetitiva de carácter continuo y permanente. Añaden que la propia Comisión aclaró que la Ley N°25.156 sólo se aplicará a la multa y los remedios de conducta (cuestiones de fondo), mientras que para las cuestiones procesales corresponde la aplicación de la Ley N°27.442 (vgr. plazo para apelar y pago previo de la multa mediante un seguro de caución). Dicen que ello no resulta correcto, ni justo, habida cuenta de que el principio mencionado no resulta divisible.

Además, destinan algunas reflexiones a la desproporcionalidad que le atribuyen a la multa y a la aplicación del principio según el cual el ilícito no debe rendir frutos. Arguyen que a CMQ le resultó más provechoso seguir realizando conductas anticompetitivas que cesarlas, dado que las ganancias obtenidas superan ampliamente el "costo" que le representa la sanción.

Desde su punto de vista, la resolución recurrida consagra una auténtica impunidad de facto pues, más allá del sentido condenatorio de la decisión, lo cierto es que la imputada salió indemne del proceso. Atribuyen

a Cervecería Quilmes un obrar especulativo ante la sanción de la nueva ley, refiriendo que esa empresa habría optado por seguir llevando adelante conductas anticompetitivas ante la posibilidad de que la multa fuera insignificante en caso de que prevaleciera su argumento de aplicar la Ley N°25.156, supuesto que aconteció con la decisión secretarial.

Por último, señalan que la sanción impuesta debe ser publicada en los grandes medios conforme el artículo 53 de la Ley N°27.442 y como establecía el artículo 44 de la Ley N°25.156. Argumentan que, en un caso como el presente, en donde la sanción afecta los convenios comerciales que la principal empresa cervecera del país mantiene con miles de puntos de venta –*On y Off Premise*- ubicados a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, resulta menester dar publicidad al reproche atento al interés general que aquella comprende. Asimismo, refieren que la sanción constituye un hito de trascendencia fundamental pues fue impuesta a un gigante del consumo masivo por la comisión de conductas abusivas de su posición dominante en el mercado de la comercialización de cervezas y de tipo exclusorio en perjuicio de sus competidores.

Sus quejas fueron respondidas el 20.12.21 por el Estado Nacional, quien solicita su rechazo con fundamentos similares a los invocados para requerir la desestimación de la impugnación de la otra denunciante (conf. punto V.b) sobre la expresión de agravios de CCU-CICSA y punto V.c) Contesta agravios planteados por Otro Mundo Brewing Compañy S.A. y CCU y CICSA).

De igual modo, Cervecería Quilmes contestó el traslado de estas críticas, en términos análogos a aquellos con los que fue replicada la presentación de Otro Mundo. Agrega que tampoco puede prosperar el pedido de que se ordene la publicación en medios de amplia difusión pues, además de la falta de gravamen por parte de las denunciantes, CCU-CICSA reconocen que la orden de publicación se trata de una facultad discrecional de la C.N.D.C. (conf. escrito del día 23.08.22 titulado “Quilmes. Contesta traslado de recurso de apelación. Parte I de II”).

II.ii.- La firma sancionada presentó su impugnación judicial el día 13.09.21. En ese escrito, solicitó la convocatoria a una audiencia pública en los términos que dispone el artículo 454 del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley N°27.442 (v. punto I. OBJETO, segundo párrafo).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

A continuación, se expuso con relación a los fundamentos por los cuales considera que debe revocarse la resolución sancionatoria. Ellos trasuntan en:

a) La prescripción de la acción: La ley aplicable es la Ley N°25.156, reformada por la Ley N°26.993, la conducta en cuestión es una sola, la denuncia que interrumpió la prescripción fue la de CCU del 14.03.16 y la sanción es de fecha 24.08.21 por lo que se excedió el plazo de prescripción de cinco años.

Dice que el argumento de que se está frente a una conducta continua y que, por ende, el plazo de prescripción comienza a computarse luego de su cese carece de todo fundamento legal, pues ese principio deriva del Código Penal y la Ley N°25.156 reformada por la Ley N°26.993 no preveía la aplicación supletoria de ese código. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N°25.156 menciona que los únicos supuestos de interrupción son la denuncia y la comisión de otro hecho sancionado por la ley. Agrega que esta ley no establecía, como lo hace la actual Ley N°27.442 que en las conductas continuas el plazo de prescripción comenzará a correr desde el momento en que cesó la conducta. De allí que la modificación legal a la forma de cómputo de la prescripción no puede aplicarse retroactivamente al caso porque viola el principio de la ley penal más benigna consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados internacionales con jerarquía constitucional.

También arguye que el cómputo de la prescripción debe ajustarse al principio de legalidad (conf. art. 18 C.N.) y a la interpretación restrictiva de las normas sancionatorias.

Menciona que en la decisión impugnada se sostiene que la prescripción fue interrumpida por la presentación realizada por Otro Mundo el día 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se denunciaron los mismos hechos aludidos por CCU en marzo de ese mismo año. Y concluye que eso impide asignarle los alcances interruptivos que le atribuye la autoridad administrativa ante la identidad de ambas denuncias que sustentó, además, su acumulación de conformidad con lo dispuesto por los arts. 56 de la Ley N°25.156 y 1°, inciso b), de la Ley N°19.549.

Asimismo, en el acápite que destina para controvertir el rechazo de la prescripción de la acción formula una serie de precisiones relativas al límite temporal de la denuncia. Tal es así que menciona que la

resolución impugnada omite toda consideración respecto de que la conducta sancionada no puede extenderse más allá del 13 de mayo de 2016, fecha en que se le corrió traslado a CMQ de la denuncia que motivó la investigación. Según su postura, el traslado de la denuncia determina el corte temporal en los hechos investigados que impide la pesquisa de eventuales conductas posteriores a ese corte y surge de la estructura del proceso previsto en la Ley N°25.156. Sostener que se pueden investigar y sancionar hechos posteriores al traslado previsto en el artículo 29 de esa ley –pedido de explicaciones-, resulta una interpretación improcedente que viola el principio de defensa en juicio y del debido proceso.

b) Evaluación arbitraria de la prueba por parte de la C.N.D.C., falta de valor probatorio de ciertas pruebas y violación del principio de la sana crítica y de la carga de la prueba: La Comisión incurrió en una mirada sesgada y parcial en contra de CMQ la que, según la impugnante, surge manifiesta en la tergiversada y arbitraria evaluación de la prueba realizada en el dictamen anexo a la resolución recurrida. Reitera consideraciones efectuadas en oportunidades anteriores respecto de la ausencia de facultades de la C.N.D.C. para actuar como acusadora, evaluadora de la procedencia de la prueba y de la clausura del periodo probatorio.

Atribuye vicios en el proceso por el doble papel de acusador y juzgador que ejerció la Comisión en la investigación y dice que se omitió todo tipo de análisis técnico, estadístico y econométrico. Invoca que la sola circunstancia de que las principales pruebas de cargo esgrimidas para sancionarla hayan sido producidas por CCU o sean testimonios interesados de empleados de esa compañía, exige una previa evaluación de valor probatorio de esas pruebas. Contrario a esto último, se queja de que no se haya hecho mérito de ninguno de los testigos empleados de CMQ.

c) No se probó que Cervecería Quilmes ostente posición dominante en el mercado: La resolución cuestionada tuvo por acreditado que la imputada ostenta posición dominante cuando las pruebas producidas demuestran lo contrario. Sin embargo, entiende que en la causa no se configura el supuesto previsto en los artículos 4° y 5° de la Ley N°25.156, ya que se probó que: - CMQ no es la única oferente del mercado de cervezas: la sola circunstancia de que su mandante hubiera disminuido en los últimos siete años más de diez puntos porcentuales de participación de mercado demuestra no sólo que no es la única oferente en el mercado, sino también la inexistencia de posición dominante; **ii.-** CMQ está expuesta a una competencia sustancial: la firma no posee capacidad para establecer el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

precio por sí sola, en forma independiente de sus competidores. El hecho de que CMQ deba otorgar descuentos y promociones a los puntos de venta, demuestra que está obligada a mejorar sus precios para competir en el mercado. Por otro lado, también es demostrativo de que está expuesta a una competencia sustancial la prueba obrante en el expediente de que en los últimos años CMQ realizó numerosas y cuantiosas innovaciones e invirtió más de 30 mil millones de pesos a valores históricos para competir en el mercado (inversiones productivas y publicitarias). La inversión en heladeras no demuestra que ostente posición dominante, sino que es un costo que la empresa realiza para competir por los méritos. Mediante esas inversiones permite que los PDV ahorren dinero en heladeras y que los consumidores puedan acceder a cervezas frías. Enfatiza que las empresas dominantes se caracterizan por no necesitar invertir ni innovar porque no están sometidas a ninguna presión competitiva; **iii.-** CMQ no está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado: CCU reconoció que su participación de mercado en 2013 era del 18,80% y mediante la información de Ernst & Young agregada al expediente administrativo surge que la participación de mercado de esa forma llegó en el 2020 a 32,6%. Por su parte, Cervecería Quilmes disminuyó su participación de mercado de un 79% en 2013 a un 68% en el 2020. Esta información no fue ponderada por la Comisión en su dictamen, dado que se limitó a reproducir las participaciones de mercado informadas por la consultora Nielsen hasta marzo de 2018. Del mismo modo, el crecimiento exponencial de las cervezas artesanales, entre ellas Otro Mundo, también fue extensamente demostrado en la investigación, lo que prueba la inexistencia de barreras de entrada, ni exclusiones de este tipo de cervezas. Dice que esto último quedó acreditado con las declaraciones de los distintos testigos que individualiza, entre los que se encuentra el Sr. Pablo Daniel Fazzio, cuya importancia destaca por tratarse del presidente de la denunciante Otro Mundo, quien reconoce con sus dichos que exporta, que sus ventas crecen y que el sector de la cervecería artesanal es el más dinámico del mercado; **iv.-** la cerveza es sustituible por otras bebidas, lo que demuestra que CMQ no puede tener posición dominante en función de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N°25.156. Al respecto, quedó acreditado que existe una significativa sustitución entre las cervezas y otras bebidas alcohólicas como el vino, el fernet, los aperitivos y los espumantes; **v.-** la actual estructura del mercado como la posición que la Cervecería

Quilmes ocupa en el mercado ha sido evaluada y convalidada por la autoridad de competencia en oportunidad de expedirse sobre distintas operaciones, en las cuales la Secretaría de Comercio autorizó esas concentraciones económicas (Quilmes-Brahma, CICSA-ICSA, A-B-InBev, ABI-GRUPO MODELO y ABI-SABMILLER); vi.- la ausencia de barreras de entrada: no hay ninguna prueba en el expediente que demuestre que la publicidad constituye una barrera a la entrada de distribución de cervezas a nivel nacional. Si bien la publicidad en el mercado es significativa, aquélla se deprecia rápidamente, de forma tal que no hay asimetría entre las empresas establecidas y los potenciales entrantes. En cuanto a las cadenas de comercialización tampoco se probó la existencia de contratos de largo plazo, ni integración vertical con comercios minoristas o PDV, es decir que éstos tienen plena libertad para comercializar cualquier marca. Tampoco existen licencias *ad hoc* para su comercialización y transporte, lo cual facilita la posibilidad de llegar con cualquier producto a cualquier punto del país aprovechando extensas redes de distribuidores, transportistas, depósitos, supermercados, autoservicios, kioscos, etc.; vi.- CMQ no puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda de mercado. Por el contrario, la imputación a la firma se centra en los descuentos, promociones e inversiones en los PDV, lo que no se subsume en el inciso 3° del art. 5° de la Ley N°25.156. Si Quilmes realizara un aumento pequeño pero significativo y permanente de precio de sus productos, la demanda inmediatamente se redireccionaría hacia las cervezas y demás bebidas alcohólicas de sus competidores.

d) Ausencia de prueba que avale que CMQ cometiera abuso de posición dominante: La sanción impugnada confunde descuentos, inversiones y promociones con abusos. De la decisión administrativa no surge una sola explicación clara, concreta y cuantificada de alguna afectación del interés económico general. Contrario a ello, se demostró que el 74% de los *Off Premise* y el 54% de los *On Premise* entrevistados indicaron que los precios a los consumidores bajaron debido a los beneficios que recibían de Cervecería Quilmes. Sostiene que no existe ningún abuso exclusorio sino tan sólo conjeturas no demostradas empíricamente. Indica que no existe ninguna prueba que demuestre la oferta conjunta de descuentos en cervezas, aguas y gaseosas que incentiven la compra conjunta de esas bebidas.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

La resolución secretarial afirma que los acuerdos de promociones y publicidad exclusiva que logra obtener CCU se interrumpen debido a la inigualable oferta que CMQ realiza al PDV. Sin embargo, esa afirmación nunca fue probada y ni siquiera fue denunciada por CCU. Esta última cuenta con capacidad para igualar cualquier descuento o promoción de Quilmes.

La única prueba que refiere la Comisión que demostraría las prácticas que se le atribuyen a la imputada es el informe de la consultora Exera a pedido de CCU, sobre una base de PDV informados por los abogados de esa denunciante. Por tal motivo carece de validez probatoria al no haber sido controlada por la C.N.D.C. El documento referido se limita a señalar que existen PDV que operan con una sola marca de cerveza, lo que de ninguna manera prueba que esa circunstancia hubiera sido provocada por Cervecería Quilmes y, menos aún, que haya sido causada en violación al régimen de libre competencia. Respecto de ese informe, dedica todo un acápite para controvertir no sólo su valor probatorio, sino también la enorme relevancia que entiende que le ha atribuido la autoridad de control.

Critica que no se hayan meritado los dichos del testigo Nicolás Bruno del 25.02.21, quien explicó que un sector del *On Premise* elige un único proveedor por las siguientes razones: simplificación administrativa, control de stocks y necesidades operativas. En su declaración, dijo también que los comercios que operan con choperas, si no tienen mucho volumen, operan con la chopera de una sola marca porque no tienen capacidad para otra. En cambio, afirmó el testigo, que las grandes cervecerías tienen como 20 y 50 canillas, lo que permite que operen con todas las marcas.

A continuación apunta a la deposición de la testigo Verónica Sánchez, a la que atribuye trascendental relevancia por tratarse de la presidente de la Cámara de Restaurantes y quien, en su declaración del 27.07.17, afirmó que hay 3000 restaurantes, bares y cafés, que cada uno maneja sus propios convenios y contratos, que cuando se compra por volumen se tiene un descuento y que no le consta la imposición de exclusividades. Reniega porque esos dichos no fueran evaluados por la C.N.D.C.

De igual modo, debieron ponderarse los dichos del testigo González Insfrán, en la audiencia testimonial del 8.08.17, que dan cuenta de que la cerveza artesanal no tiene grandes barreras para ingresar al público en general, además del crecimiento de ese sector en el mercado de las cervezas.

Afirma que los descuentos de Cervecería Quilmes son por volúmenes o por razones comerciales válidas, que no tienen ninguna relación con el porcentaje de mercado que maneje el PDV. Además de que se efectúan descuentos por publicidad, es decir que el PDV le da publicidad a cervezas de CMQ y CMQ le hace descuentos. Ello no se trata de una exclusión de competidores sino una contratación de publicidad en no más de 700 PDV que cuentan con contratos de publicidad exclusiva.

Por ello, el supuesto cierre del mercado no existe en la realidad de los hechos, no ha sido cuantificado y no se corresponde con el movimiento de las participaciones de mercado. La resolución recurrida no se funda en ningún estudio estadístico serio para demostrar el mencionado cierre del mercado, que el movimiento de las participaciones de mercado desmiente.

La C.N.D.C. sostiene que los descuentos efectuados por Cervecería Quilmes no se trasladan a los consumidores finales, lo que carece de toda evidencia empírica. La única prueba sobre la existencia de traslado o no de los descuentos a los consumidores es el informe del Dr. Petrecolla, que afirma lo contrario.

En los fundamentos de la decisión administrativa, se afirma que el menoscabo que la conducta produce al consumidor surge del informe realizado por la consultora Kantar TNS Argentina, también a pedido de una de las denunciantes, el que además de carecer de rigor técnico, no fue controlado ni por la C.N.D.C., ni por la imputada.

Contrario a la afectación del interés económico general en la que se sustenta la sanción, la impugnante sostiene que los acuerdos de exclusividad publicitaria permiten mejorar o mantener tanto la calidad de los bienes contratados como los esfuerzos de venta del PDV. Los consumidores se benefician de estas mejoras porque se les asegura la provisión de bienes de calidad satisfactoria a precios y condiciones justas, sin que ello les impida que puedan optar por los productos de distintos productores. Los descuentos generan ganancias de eficiencia, porque reducen los costos de los PDV y les permite recuperar los costos fijos, las eficiencias que generan los contratos de exclusividad de publicidad, se trasladan al consumidor.

e) Ausencia de prueba de conducta exclusoria en el canal *On Premise* (bares, pubs y restaurantes): Conductas sancionadas en este canal: i) venta exclusiva a cambio de contratos de publicidad, mobiliario y descuentos; ii) venta de productos en cartera aplicando descuentos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

progresivos sobre distintos productos; y iii) exclusividad en el uso de heladeras (según numeral 383 de dictamen de la C.N.D.C.).

Los descuentos y promociones y los contratos de publicidad exclusiva no afectan la competencia. De la circunstancia de que una cantidad de PDV de este segmento cuente con un solo proveedor de cerveza no se deriva la existencia de ninguna conducta ilegal de CMQ, sino que obedece a la decisión de los propios PDV motivada en razones de conveniencia. Tampoco existen pruebas de que las exclusividades con las que algunos PDV operan sean buscadas o incentivadas por la imputada. Ello constituye, en verdad, una manifestación de la libertad de contratar de los PDV que tienen derecho a decidir, por sí solos, qué productos comprar y a quien comprarle. Cita algunas declaraciones testimoniales que considera que avalan sus dichos en cuanto a los motivos por los cuales se mantiene la relación comercial con un único proveedor.

La impugnante reconoce que CMQ es un enérgico competidor en el mercado que otorga descuentos, bonificaciones, beneficios y promociones a los PDV, mas esas concesiones no están condicionadas a exclusividad de venta alguna y constituyen un claro caso de competencia por méritos y no de exclusión.

Párrafo aparte dedica a los convenios de publicidad exclusiva, asignando cierta confusión al dictamen de la Comisión entre lo que significan las exclusividades de publicidad y promoción con exclusividades de venta. Admite que su parte mantiene acuerdos de publicidad y promoción exclusiva, pero que habiendo acompañado copia de esos acuerdos en ninguno surge que se haya pactado la exclusividad de venta, sino tan sólo de publicidad.

Sumado a ello, se agravia de que la autoridad administrativa haya considerado la existencia de contratos de publicidad escritos y orales, formales o informales, alegando que los únicos contratos que mantiene la compañía cervecera son escritos y formales. Dice que no hay ninguna prueba que demuestre que CMQ tiene más de los 700 contratos de publicidad exclusiva que reconoce, en los más de 50.000 PDV existentes al año 2019. Refiere que esa fue la ponderación realizada por el Vocal Stordeur en el anexo a la resolución que desestimó la medida precautoria solicitada en su oportunidad por CCU, cuando concluyó que no había evidencia suficiente de que los contratos de promoción exclusiva lleven, de hecho o tácitamente a un acuerdo de exclusividad que pueda afectar la

competencia, al menos con un grado de certeza y frecuencia que permita sostener de manera consistente esa conclusión.

Alega que también se omitió considerar la prueba aportada a fs. 2338 donde obra la carta del local gastronómico “Las Cuartetas” en la que consta que la famosa pizzería vende cervezas de CMQ y CCU a pesar de tener un contrato de exclusividad publicitaria con Cervecería Quilmes. Añade que este tipo de acuerdos son comunes en la industria de las bebidas y similares a los suscriptos por la propia CCU, quien reconoció en el expediente administrativo. Estos convenios no aislan al PDV de la competencia ni excluyen la venta de productos de los competidores, sino que forman parte del marketing de las marcas y se limitan a una exclusividad de promoción y publicidad.

En síntesis, sostiene que no se probaron los supuestos descuentos exclusorios que no podrían ser replicados ni los que responden a motivos comerciales válidos como lo son los descuentos por volumen, temporada, promoción y/o pago de publicidad. Alega que tampoco se estimó el monto de los descuentos que un competidor eficiente no podría replicar.

A continuación remarca una supuesta contradicción en la resolución impugnada, lo que la descalificaría como acto jurisdiccional válido. Por un lado, el acto sancionatorio sostiene que los acuerdos de publicidad aportados en el expediente por CMQ se convierten en convenios de exclusividad de venta, aunque formalmente no prevén esta última exclusividad. En algunos acuerdos prevén que los PDV ofrezcan como primera opción las cervezas Quilmes. Dice que esta cláusula, objeto de una orden de cese, demuestra que los contratos no establecen ninguna exclusividad de venta porque acordar una primera opción significa que hay otras opciones. Dice que, pese a ello, los contratos de publicidad que se entiende que “cierran” el mercado son autorizados por el propio acto recurrido, dado que el artículo 5° del punto c) de la parte dispositiva de la resolución sólo limita el alcance de dichos contratos de publicidad de una manera que no se contradice con los celebrados por Cervecería Quilmes.

Asimismo, menciona la incorrecta y arbitraria evaluación de la prueba en la resolución impugnada, señalando alguno de los medios de los que surgen acuerdos de publicidad exclusiva, pese a lo cual el ente administrativo le atribuyó alcances como si con ellos se hubiera demostrado la exclusividad de venta. Dice que también se han tergiversado los dichos de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

otros deponentes para aseverar que tuvieron imposibilidad de vender sus productos debido a los acuerdos de exclusividad de CMQ, cuando en esas mismas declaraciones surge el crecimiento de otras firmas en el mercado.

En lo relativo a la venta de productos en cartera aplicando descuentos progresivos, argumenta que dicha práctica no existió y mucho menos se probó. Señala que no existe ninguna constancia que demuestre la oferta conjunta de descuentos en cervezas, aguas y gaseosas que incentiven la compra conjunta de estas bebidas. En cambio el testigo Daniel Prieto –Presidente de la Cámara de Cafés y Bares-, afirmó la inexistencia de descuentos adicionales por ventas conjuntas. En igual sentido, advierte que tampoco se demostró un problema con el uso de heladeras en este canal.

Tampoco se probó la incapacidad de los competidores de replicar los descuentos, promociones y ofertas de CMQ. Además, la impugnante refiere que la circunstancia de que un competidor no pueda igualar descuentos u ofertas de otro no es un hecho ilícito. Añade que su parte ofreció prueba contable sobre los libros de CCU para demostrar que está en condiciones de replicar cualquier oferta comercial, pero tal ofrecimiento fue desestimado por la C.N.D.C. y que se declaró caduca una prueba testimonial tendiente a acreditar que CCU está en condiciones de realizar las mismas o mejores ofertas que su parte. Indica que también se demostró que la supuesta imposibilidad de las cervezas artesanales de replicar las ofertas de CMQ no es tal.

f) Ausencia de prueba de conducta anticompetitiva en el canal *Off Premise* (supermercado, autoservicios y almacenes de gran tamaño): Conducta sancionada en este canal: descuento y beneficios, principalmente en supermercados, autoservicios, almacenes de gran tamaño, a cambio de espacios en góndolas y punteras y la exclusividad en el uso de las heladeras. Aclara la impugnante que, en este segmento, no se la sancionó por mantener exclusividades de venta, sino por supuestas obstaculizaciones a la permanencia de los competidores en el mercado.

Sin embargo, esgrime que de la prueba informativa brindada por las principales cadenas de supermercados se demuestra la inexistencia de la conducta sancionada, dado que Jumbo, Wallmart Makro y Maxiconsumo reconocieron expresamente que no tienen ningún acuerdo de espacio de góndola con Cervecería Quilmes. Agrega que no existe ninguna constancia en el expediente que demuestre que CMQ acordó con algún supermercado algún tipo de asignación de espacio en góndola que excluya a los competidores. Por el contrario, refiere que lo que sí se probó –mediante la

declaración testimonial de Nicolás Bruno- es que cada cadena maneja sus espacios de manera diferente, por ejemplo, hay cadenas que agrupan según el tipo de cervezas y otras, por su país de origen o compañía productora.

Señala que la única prueba aludida en la resolución son declaraciones testimoniales de empleados de CCU y un informe de Carrefour que se mantiene confidencial. En particular, expone que los supuestos acuerdos para la utilización de punteras de góndola y la colocación de heladeras son impuestos por Carrefour a los proveedores y no al revés.

Además, alude a que la C.N.D.C. omitió hacer referencia a lo que sucede con la cadena Coto que, en forma manifiesta, excluye a CMQ otorgándole mucho mayor espacio en góndolas a CCU a pesar de que no cuentan con las cervezas más demandadas por los consumidores. En el informe presentado en marzo de 2021, esa cadena de supermercados reconoce tener un acuerdo con aquella denunciante para la exhibición y comercialización de las cervezas de CCU, por lo que vende sustancialmente más cervezas de ésta que de Quilmes.

A continuación explica que, ocasionalmente, las cadenas de supermercados subastan las punteras de góndola exigiendo mayores descuentos o imponiendo notas de crédito a las compañías cerveceras y que esas son decisiones propias de los supermercados que se aprovechan de su poder de mercado para obtener mejores condiciones.

Hace mención a la declaración del testigo Gussoni, gerente de ventas de CICSA, quien reconoció que CCU mantiene acuerdos con los supermercados de porcentajes de espacios en góndola, exhibiciones secundarias (puntera, pila), dinámica comercial y el porcentaje de mercado.

Seguidamente, dedica consideraciones respecto de la falta de prueba de la conducta atribuida en el canal de autoservicios y almacenes tendientes a controvertir las consideraciones particulares de la Comisión en cuanto a la disposición de las cervezas en góndolas, como así también reputa como carente de todo rigor estadístico las constataciones efectuadas por la C.N.D.C. en los pocos PDV visitados y, consecuentemente, los números que de allí se extraen.

Dice que la sanción pretende demostrar una práctica general sobre la base de una única factura con la leyenda “Desc. Por Posic. Pcio” que ha sido tergiversada, además de los supuestos dichos de dos personas no identificadas.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Sintetiza las pruebas efectuadas de oficio por la C.N.D.C. que evidencian que en ningún PDV del segmento *Off Premise* se demostró la existencia de exclusiones causadas por CMQ. Dice que aquella prueba da cuenta de cómo se pactan los precios con los proveedores de cerveza, la importancia de las ventas en frío, la cuestión de las heladeras, el espacio en góndola y los descuentos y promociones.

En lo inherente a los denominados “Planes de fidelidad”, arguye que no existe ninguna prueba que demuestre que el único plan que desarrolló CMQ denominado “Mercado Ideal” haya tenido algún efecto excluyente en el segmento de los autoservicios. Explica que se trató de un programa que se le ofreció exclusivamente a los autoservicios y supermercados asiáticos (chinos). Sobre un total de aproximadamente 16.000 PDV en este segmento el programa referido contó con 2.790 PDV registrados de los cuales sólo 951 realizaron canjes de premios. Justifica que esa sola circunstancia demuestra que el programa, más allá de no incentivar ninguna exclusividad, fue utilizado por un porcentaje menor de los PDV, lo que impide considerar que tenga envergadura suficiente para obstaculizar la entrada o permanencia en el mercado de un competidor.

Explica que el propósito del plan fue el de mejorar la exhibición de las cervezas de CMQ en los autoservicios asiáticos (chinos) por haberse detectado cierta desprolijidad y desorden en la exhibición en ese tipo de comercios, y que el bajo valor económico de los premios demuestra de por sí solo que ellos carecen de entidad para motivar el comportamiento del PDV y limitar el espacio en góndola de los competidores. La circunstancia de que Cervecería Quilmes entregue góndolas y heladeras propias al PDV, le indique cómo usarlas y les otorgue premios a quienes las usan correctamente, no constituye una conducta ilícita.

Por otro lado, se agravia de que se haya tenido por probado el llamado “Plan Mariscal”, de similares características al descripto anteriormente, pero esta vez destinado a los almacenes. Dice que la única prueba de su existencia es un folleto presentado por CCU el que fue desconocido por su parte.

Culmina este punto advirtiendo que la Ley N°25.156 no contenía ninguna norma que dispusiera expresamente la prohibición de realizar programas de fidelidad que involucren la entrega de premios.

Desde otro ángulo, controvierte que se haya demostrado alguna conducta anticompetitiva en el canal tradicional y kioscos. Con relación a

estos últimos, explica que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, como así también en otras localidades del país, está prohibida la venta de cervezas y demás bebidas alcohólicas en este tipo de comercios.

Sin perjuicio de ello, vuelve a hacer referencia a otros dos planes (“Plan Soltero” y “Don Almacén”), cuya existencia e instrumentación dice desconocer. Advierte que “soltero” se entiende en la jerga de los distribuidores de CMQ a aquellos PDV a los que la competencia no llega y en los que sólo se venden cervezas de Quilmes y que ello no es un plan, sino una realidad del mercado motivada por la propia decisión de los PDV.

En otro apartado, pormenoriza algunas argumentaciones relativas a la cuestión de las heladeras. Refiere que la sanción impuso que CMQ no podrá exigir el uso exclusivo de éstas para refrigerar los productos que distribuye y que no hay una sola prueba de que Cervecería Quilmes otorgue comodatos de heladeras a PDV con espacio limitado, como así tampoco que su mandante solicite el uso exclusivo de heladeras que no le pertenecen. Agrega que los almacenes en general operan con heladeras mostrador que son de su propiedad y los kioscos no cuentan con heladeras para cervezas.

Sin perjuicio de lo cual, añade que *“CCU hizo mucho hincapié en la denuncia en el uso de las heladeras. En verdad, si se profundiza en los motivos de la denuncia, surge claro que lo único que pretenden CCU y Otro Mundo es aprovecharse de las inversiones de CMQ para utilizar gratuitamente sus heladeras y de esa manera beneficiarse parasitariamente de las mismas”*.

Sobre este punto, esgrime que la sanción resulta violatoria del principio de igualdad y distorsiona la competencia porque se le impone a la imputada una obligación que no se les impone a sus competidores. La prueba producida demuestra que al igual que CCU y el resto de la industria de bebidas, CMQ ofrece heladeras en comodato a aproximadamente el 18% de los PDV de este canal. Sin embargo, esos equipos de refrigeración son prestados a los supermercados y autoservicios y no, como se dijo, a los almacenes y kioscos que operan con sus propias heladeras.

Sostiene que de ninguna manera se ha demostrado que el acceso a las heladeras de CMQ sea esencial a los efectos de que las denunciadas puedan competir en el mercado, porque ellas actualmente compiten



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

efectivamente en el mercado y han incrementado sus ventas. De los contratos de comodato de heladeras surge lo siguiente: i) no prevén la exclusividad de venta de los productos de su parte; ii) se efectúan en ciertos PDV y de ninguna manera impiden que éstos reciban en comodato góndolas o heladeras de competidores y; iii) estos acuerdos benefician a los PDV porque CMQ invierte en ellos permitiéndoles mejor exposición de los productos y vender cerveza fría, lo que beneficia directamente a los consumidores.

g) Ausencia de prueba en cuanto a la afectación al interés económico general: El artículo 1° de la Ley N°25.156 estableció el principio de la regla de la razón (*rule of reason*), que determina que no existen prohibiciones *per se* y todo acto anticompetitivo, para ser ilegal, debe afectar el interés económico general. Para calificar como ilícitos a descuentos, acuerdos de publicidad y planes de fidelidad, todos ellos actos comerciales lícitos, es necesaria una evaluación seria y rigurosa de la afectación del bien público comprometido en la defensa de la competencia, lo que fue omitido en la imputación.

A continuación, relata que se sanciona a Cervecería Quilmes por crear barreras a la entrada a los PDV. Sin embargo, la creación de una barrera a la entrada conlleva la posibilidad de incrementar los precios impidiendo que ingresen nuevas firmas al mercado. En este caso, más allá de que sostiene no haber creado ninguna barrera de entrada, CMQ no sólo no incrementó sus precios, sino que además se le cuestionan los descuentos y promociones que realiza, ignorando que esa conducta beneficia el interés económico general.

El abuso de posición dominante que se le imputa a CMQ implicaría, en términos económicos, un ejercicio de poder de mercado. Pero la conducta por la que se la sancionó nunca pudo constituir un ejercicio de poder de mercado porque en lugar de incrementar los precios, los bajó. Ergo, si no hay ejercicio de poder de mercado, no puede haber abuso de posición dominante ni afectación del interés económico general. Máxime cuando no se demostró ningún incremento en los precios ni reducción de la oferta.

h) Las órdenes de cese dispuestas en la resolución son improcedentes, violan el principio de igualdad, distorsionan la competencia y no se subsumen en ninguna infracción a la Ley N°25.156: Lo dispuesto por la autoridad administrativa limitará el potencial competitivo de CMQ mientras que CCU y las artesanales no estarán limitadas por ninguna de esas medidas. Se está, entonces, frente a una sanción que modifica las reglas del

mercado imponiendo a un competidor prohibiciones y deberes que no se le imponen al otro gran competidor.

El artículo 5° de la resolución secretarial dispone que su parte no podrá establecer ningún tipo de acuerdo comercial (formal o informal) que tenga por objeto o efecto generar restricciones verticales en los canales de comercialización. Empero, ello es de imposible cumplimiento dado que la sancionada tiene control sobre el objeto de los acuerdos y no sobre sus efectos. Es decir, si otorga descuentos y en virtud de ellos el PDV decide dejar de comprarle cerveza a un competidor por su propio beneficio, se está en presencia de un efecto que no depende de la voluntad y el dominio de Quilmes.

Con relación a otras órdenes de cese dispuestas por la Secretaría de Comercio insiste en la falta de prueba respecto de la existencia de las conductas que las habrían motivado (exclusividad de venta de productos, eliminación de los competidores de las cartas, menús, acuerdos de espacios exclusivos en góndolas y punteras, ventas cruzadas de los distintos productos comercializados, etc.). Así también, insiste en la defensa de la licitud de otras conductas como las de acordar con los PDV el ofrecimiento como primera opción de sus productos, en el marco de convenios de publicidad exclusiva.

Por otro lado, en lo referente a la obligación de que CMQ cese en exigir el uso exclusivo para refrigerar los productos que distribuye en PDV con espacio limitado para la disposición de una sola heladera (kioscos y almacenes), la tacha de violatoria del derecho de propiedad, agregando que además distorsiona la competencia al incentivar comportamientos oportunistas.

En lo que respecta a los acuerdos de publicidad y promoción, refiere que las condiciones a las que hace referencia el artículo 5°, inciso c) de la sanción prohíben la estipulación de cláusulas limitativas que no se encuentran previstas en ninguno de los contratos adjuntados por su parte.

Además, menciona respecto de la orden de hacer saber a los PDV las nuevas condiciones de comercialización, que no resulta de una manera clara el objeto de la comunicación.

Por último, dedica consideraciones finales a la subsunción jurídica a la que se refiere el artículo 4°, en especial, cuando allí se mencionan los artículos 1° y 3°, inciso b), d) y g) de la Ley N°27.442 y a la improcedencia del monto máximo fijado para sancionar su conducta.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Estos planteos fueron replicados por el Estado Nacional en la presentación del 20.12.21, solicitando el rechazo del recurso y la confirmación de la sanción impuesta por la autoridad competente. En principio, se detiene en el asunto relativo a la prescripción de la acción para luego contestar uno por uno los argumentos de la firma imputada. Además, dice que todas las cuestiones referidas por CMQ se encuentran analizadas en las actuaciones y que su prueba resulta contundente. En esa tesitura, atribuye a la impugnante la intención de confundir y cambiar una realidad.

A su turno, las empresas denunciantes contestaron las quejas de Cervecería Quilmes en los escritos presentados los días 11.08.22 –CCU y CICSA- y 12.08.22 –Otro Mundo-.

CCU y CICSA, primeramente hace referencia a que más allá de la desmesurada extensión de la impugnación de CMQ, el recurso interpuesto por esa parte sólo repite una y otra vez los mismos argumentos y conceptos carentes de sustento, incluyendo alegaciones sin respaldo fáctico o legal y advierte que en algunas ocasiones se utilizan razonamientos que resultan contradictorios entre sí. Luego de ello, efectúa una réplica punto por punto de los ítems a los que hace referencia CMQ.

Lo mismo sucede con el responde presentado por Otro Mundo, quien retruca cada uno de los nueve agravios identificados por la firma sancionada.

El señor Fiscal Federal ante esta instancia opinó el 12.09.22 que correspondía a la competencia de esta Cámara el tratamiento de la causa y que únicamente era formalmente admisible la impugnación deducida por Cervecería Quilmes en la medida en que el acto impugnado encuadra en el supuesto contemplado en el art. 52, inciso a), de la Ley N°25.156. Sin embargo, consideró que debían desestimarse por ausencia de legitimación los recursos directos deducidos por las firmas competidoras de la sancionada .

III.- Así planteada la cuestión, la Sala entiende que los motivos expresados en el dictamen fiscal citado, a los que cabe remitir para evitar reiteraciones innecesarias, son suficientes para declarar la admisibilidad formal la impugnación judicial presentada por Cervecería Quilmes.

IV.- Preliminarmente, corresponde señalar que este Tribunal considera innecesaria la fijación de una audiencia pública en los términos

del artículo 454 del Código Procesal Penal, tal como fuera solicitado por CMQ en el punto I –segundo párrafo- de la impugnación judicial deducida el 14.09.2021.

El artículo 79 de la Ley N°27.442 no consagra la “remisión automática” al bloque conformado por el Código Penal y Procesal Penal de la Nación, sino que simplemente indica que las disposiciones de esos cuerpos normativos se aplicarán supletoriamente en los casos no previstos en esa ley. Por consiguiente ese artículo no conduce a que, en las impugnaciones judiciales directas deducidas en los términos del artículo 66 y sges. de la LDC, se empleen directamente todas las disposiciones de las normas cuya aplicación ha sido dispuesta por el legislador de manera subsidiaria, sino respecto de aquellas que resulten pertinentes en el caso no previsto. Dicho en otros términos, conforme con el tenor literal del artículo 79 citado, la eventual aplicación supletoria del Código Penal o el Código Procesal Penal está sujeta a la existencia de casos o situaciones no previstos por la propia LDC, y, a todo evento, la aplicación supletoria está condicionada por la compatibilidad entre esos regímenes (conf. HEREDIA QUERRO, Sebastián “El paso del tiempo y la defensa de la competencia: reflexiones sobre la prescripción de las acciones que nacen de la ley 27.442”, en cita on line, La Ley AR/DOC/2119/2018).

Si bien en la petición de la firma sancionada no se aportan demasiadas precisiones respecto de la finalidad perseguida con la solicitud de convocatoria a una audiencia pública, del texto del Código Procesal Penal en el que se funda el pedido puede inferirse que se encuentra estrechamente vinculado con la garantía de defensa en juicio y el derecho a ser oído (art. 18 de la C.N.). Empero, esa garantía constitucional se halla resguardada por la Ley N°27.442, que fija la oportunidad y la forma en la que puede requerirse la revisión judicial de la decisión administrativa y su correspondiente réplica, sin que se vislumbre ningún motivo o sospecha de la insuficiencia de la forma escrita de las presentaciones de las partes. Más aún si se repara en que quien solicita la convocatoria a una audiencia pública presentó un meduloso escrito de 156 páginas para impugnar la decisión administrativa.

No obstante lo cual, ante las peculiaridades que exhibe este litigio en el cual la resolución sancionatoria fue cuestionada no sólo por la firma imputada sino, además, por las denunciadas, en el transcurso del trámite de las actuaciones en este Tribunal se les confirió traslado a todos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

los intervinientes en el procedimiento administrativo, en los términos que surgen de la providencia dictada por el Presidente de la Sala el 6.07.2022 (v. en particular, 6° y 7° párrafo). Asimismo, tal como fue sintetizado en el anterior Considerando, todos los intervinientes replicaron esa sustanciación, motivo que lleva a concluir que la causa se encuentra en condiciones de ser resuelta habiéndose escuchado las pretensiones, posturas y defensas de cada uno de los impugnantes, como así también de la representación estatal en defensa de la validez del acto sancionatorio dictado.

Por cierto, si bien el pedido de Cervecería Quilmes se sustenta expresamente en la normativa procesal penal y nada dice, sobre el punto, con relación a la LDC, se debe mencionar que la convocatoria a la celebración de una audiencia pública se trata de un aspecto expresamente regulado en la materia, que no ha sido ajeno al legislador (conf. art. 47 y sgtes. de la Ley N°27.442 y arts. 38 y sgtes. de la Ley N°25.156). Tanto la ley derogada, como la vigente, prevén que el Tribunal de Defensa de la Competencia decidirá la convocatoria a audiencia pública, cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones. Es decir, que se limitó la concreción de aquella instancia de oralidad y participación general a la realización de la investigación administrativa, sin que nada permita inferir que lo pensado por el legislador para ser celebrado en el transcurso del proceso sumarial, pueda ser trasladado a la instancia de revisión judicial de la decisión administrativa. Nótese, al respecto, que la autoridad de aplicación transitoria de la ley, hasta la conformación del TNDC, no ha acudido a la facultad que expresamente consagran los artículos 28, inciso r) y 47 de la Ley N°27.442 de convocar a dicha audiencia, motivo que valida la conclusión que aquí se adopta en cuanto a la pertinencia de lo solicitado. Ello así pues si quien fue investido por la norma de tal prerrogativa no la ha juzgado necesaria, menos podría hacérselo en este procedimiento jurisdiccional, para el cual dicho acto no fue expresamente consagrado.

Lo expuesto determina que en la causa se encuentra resguardada la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, como así también el acceso a la jurisdicción (artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos) de todos los sujetos intervinientes, sin que resulte necesario acceder a la realización de la audiencia pública dispuesta en el art. 454 del

Código Procesal Penal. Es decir que la resolución judicial que aquí se dicta, se da en estricto respeto de todas y cada una de las garantías procesales consagradas en el bloque de legalidad constitucional.

V.- Antes de ingresar en el análisis sustantivo del asunto, se aclara que aunque se han analizado en forma íntegra las constancias de la causa y se ha meditado sobre los diversos planteamientos que han formulado las partes, no se seguirá a los contendientes en el orden de sus planteos. Comenzarán a desarrollarse de conformidad con los aspectos de la controversia que se entienden decisivos. Asimismo cabe recordar que los jueces no se encuentran ceñidos a tratar cada una de las argumentaciones que proponen los litigantes en sus agravios, sino sólo las que se estiman conducentes para una adecuada resolución del litigio (conf. C.S.J.N., *Fallos*: 262:222; 278:271; 291:390; 308: 584).

También es del caso señalar que en la medida que se trata de un acto dictado por un ente estatal que se supone altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que le fue asignada, el Tribunal se encuentra constreñido a la prudente apreciación de esos actos, de los que -consecuentemente- sólo ha de apartarse ante supuestos de ilegitimidad o arbitrariedad. Va de suyo que no procede la revisión judicial de la oportunidad o acierto del ejercicio de la actividad de policía administrativa implementada, sino sólo su control de legalidad y razonabilidad a fin de que no se vulneren los límites infranqueables consagrados en la Constitución Nacional (conf. C.N.C.A.F, Sala II “Cambios París Casa de Cambio y Turismo S.A. y otros c/B.C.R.A. s/Entidades Financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, del 17/7/2014). En cambio, se pondrá especial énfasis en verificar si en el procedimiento previo se ha satisfecho el sacramental derecho de defensa de los involucrados y si no se ha incurrido en un error de evaluación en la aplicación de las normas en juego. Además, desde luego, en garantizar a la sancionada el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de idéntica alcurnia (art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental).

Sentado ello, se abordarán, en primer término, los planteos de Cervecería Quilmes pues, en definitiva, de la suerte que corra alguno de sus agravios dependerá, también, el tratamiento de la legitimación de las denunciantes para cuestionar la proporcionalidad de la sanción y, en su caso, la procedencia de sus respectivos pedidos de agravamiento de la multa y de la publicación de lo decidido en los medios de mayor circulación.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

VI.- Como punto de partida corresponde formular un breve repaso de las principales actuaciones labradas en sede administrativa y que tienen incidencia directa en todas las cuestiones que se proponen a este Acuerdo:

6.1. El 14.03.2016 las empresas CICSA y CCU presentaron ante la C.N.D.C. una denuncia contra CMQ y contra AB Inbev por presunta violación a la Ley N° 25.156 (conf. sello inserto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y denuncia obrante a fs. 200/232 de las fotocopias certificadas acompañadas por la representación estatal el día 13.06.22).

6.2. El 13.04.2016, el Dr. Miguel del Pino -letrado apoderado de las denunciantes- y el Sr. Agustín González -Gerente de Legales de CCU- comparecieron a la audiencia de ratificación de la denuncia, oportunidad en la que dijeron que la conducta denunciada consiste en abuso de posición de dominio que se manifiesta a través de exclusividades o acuerdos de publicidad y venta exclusiva que posee la denunciada en el mercado de las cervezas, tanto en el canal *on premise* como así también en el denominado *off premise*. Agregaron que ese proceder se venía manteniendo en el tiempo y que continuaba vigente a esa fecha. Además, con relación al ámbito geográfico, apuntaron que las conductas se dan a nivel nacional, y respecto del canal *on premise* generalmente son más visibles en los centros y polos gastronómicos.

6.3. En lo que aquí interesa, CMQ brindó las explicaciones requeridas con motivo de las denuncias mencionadas el día 21.06.16, conforme lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°25.156.

6.4. A su vez, el 8.09.16, Otro Mundo se presentó ante la Comisión, con el objeto de formular una denuncia contra CMQ. Indicó un abuso de posición dominante de carácter exclusorio, que tendría lugar desde 2005 en todo el territorio nacional, en violación de los artículos 1, 2 incs. f), g), i) y j) y 3 de la Ley N° 25.156. También hizo referencia a acuerdos de exclusividad por parte de CMQ en el canal *On Premise*, en todos los locales comerciales donde se venden y comercializan productos cerveceros, como ser: restaurants, discotecas, bares, ferias, patios de comidas de grandes centros comerciales o *shopping centers*. Con relación al canal *Off Premise*, denunció que Cervecería Quilmes impone condiciones de exclusividad a los puntos de venta con la entrega de refrigeradores o heladeras a los comercios (conf. sello inserto por la Comisión en el escrito de denuncia del expediente

S01:04009434/16, agregado a las actuaciones adjuntadas por la Comisión desde la foja 770 en adelante).

6.5. En el acta de audiencia del 11.10.2016 consta la ratificación de esa denuncia y en una presentación efectuada con posterioridad, el día 25.10.2016 acompañó toda la información pendiente que se había comprometido a otorgar a la Comisión.

6.6. Mediante la Resolución n°49/16 del 1.11.2016, la C.N.D.C. confirió el traslado previsto en el art. 29 de la Ley N°25.156 a CMQ, el que fue notificado el día 25.11.2016 a tenor de lo que surge de la cédula de notificación obrante a fs. 1095/1096 y contestado por la compañía cervecera el 14.12.2016. Allí desconoció los antecedentes que motivaron la denuncia, hizo algunas manifestaciones en orden a la denuncia anteriormente realizada por CCU y CICSA, y solicitó el rechazo y el archivo de esta nueva denuncia.

6.7. El 8.08.2017, a través del dictado de la Resolución N°47/17 la Comisión dispuso la acumulación de ambos expedientes. Para decidir del modo en que lo hizo, advirtió identidad de sujetos –por cuanto las conductas investigadas estarían siendo realizadas por CMQ- y de objeto en las dos actuaciones. Para ello, consideró que las causas iniciadas a raíz de las denuncias de CCU-CICSA y Otro Mundo versaban sobre el mismo propósito, que no es otro que el de analizar las supuestas exclusividades en el canal *on premise* y *off premise* en el mercado de producción y comercialización de cervezas de nuestro país y la eventual existencia en aquél de conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la denunciada.

Asimismo, aclaró respecto de la segunda de las denuncias tramitadas, que en ese expediente se encontraron “... *nuevos elementos plasmados en la denuncia tales como: i) supuestas exclusividades en ferias/festivales/patios de comidas/discotecas y otros, comprendidos en el canal on premise, subsidios cruzados con las bebidas no alcohólicas por parte de CMQ –en ambos canales- y presuntas restricciones para la exposición de los productos en góndolas y otros espacios de exhibición de productos del canal off premise*”. A posteriori, refirió que atento a que en el primero de los expedientes se ordenó abrir sumario, es decir instruir/investigar sobre exclusividades en el canal *on premise* y en el canal



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

off premise, ello también comprende las conductas denunciadas en la nueva presentación, aun en los aspectos superadores de la iniciada originariamente.

6.8. El día 30.01.19 CMQ formuló un compromiso -en los términos de los artículos 36 de la Ley N°25.156 y 45 de la Ley N°27.442- a fin de garantizar que las prácticas comerciales de esa compañía se correspondan plenamente con el régimen de defensa de la competencia. Ello sin reconocer los hechos alegados ni el derecho invocado por las denunciantes y sin perjuicio de desconocer la existencia de las conductas que se le endilgaban.

6.9. De esa presentación, se les confirió traslado a todas las denunciantes de conformidad con el Decreto Reglamentario N°480/2018 de la Ley N°27.442 (conf. PV-2019-06914920-APN-CNDC#MPYT), el que fue replicado el día 13.09.19 por CCU-CICSA y por Otro Mundo, quienes solicitaron su rechazo.

6.10. El 5.02.19 la C.N.D.C., por medio del dictado de la Disposición N°4/19, dio por concluida la instrucción sumarial respecto de las restricciones verticales impuestas por Cervecería Quilmes sobre los puntos de venta de los canales *on premise* y *off premise* en la República Argentina (art. 1°). Consecuentemente, confirió el traslado previsto en el artículo 41 de la Ley N°27.442 a la empresa imputada para que en el plazo de veinte días efectuase su descargo y ofreciera la prueba que considerase pertinente con relación a la presunta comisión de un abuso de posición de dominio, con efectos exclusorios, en el canal *on premise* desde, al menos, el año 2012 a la actualidad y en el canal *off premise*, desde, al menos el año 2016, en el mercado de producción y distribución de cerveza, en el ámbito de la República Argentina, con potencial perjuicio hacia el consumidor final y al interés económico general, encuadrándose tal proceder en los artículos 1° y 3°, incisos b), d) y g) de la Ley N°27.442 (art. 2°). En el Anexo IF-2019-07071050-APN-CNDC#MPYT, que resulta parte integrante de la Disposición de la Comisión (conf. art. 4°), se precisaron las motivaciones técnicas, jurídicas y probatorias que llevó al organismo administrativo a efectuar la imputación de las conductas endilgadas.

6.11. Con fecha 11.02.19, la firma imputada planteó la nulidad de la Disposición antes mencionada con sustento en la falta de competencia y atribuciones legales de la C.N.D.C. para el dictado de ese acto, que motivó la formación del Incidente XI de Nulidad de “Cervecería y Maltería

Quilmes S.A.I.C.A.” y se les confirió traslado de ese pedido a las denunciantes (conf. providencia PV-2019-08582698-APN.CNDC#MPYT del día 12.02.19).

En esa misma presentación, Cervecería Quilmes requirió la suspensión del plazo previsto para presentar su descargo, lo que fue rechazado por medio de la Disposición N°13/19 de fecha 18.02.19, sin perjuicio de lo cual se le confirió un plazo adicional de cinco días para evacuar aquel traslado (conf. arts. 1° y 2°).

Con posterioridad a ello, la disposición de la Comisión fue ratificada en todos sus términos por la Secretaría de Comercio Interior el día 27.02.20, conforme surge de la Resolución SCI N°46/2020.

6.12. El 15.03.19 CMQ contestó el traslado previsto en el artículo 41 de la LDC y, en esa misma oportunidad, planteó la inaplicabilidad al caso de la Ley N°27.442 por el principio que consagra la aplicación de la ley penal más benigna.

6.13. Mediante la Disposición CNDC N°21/20 (“Disposición de Prueba”) del 19.10.20, la Comisión se expidió con relación a la prueba ofrecida por Quilmes, fijando el plazo de noventa días para su producción. Esto dio lugar a un nuevo planteo de nulidad por parte de la investigada el día 22.10.20. También denunció la inconstitucionalidad por ilegalidad de la Resolución N°359/2018 de la Secretaría de Comercio. Además, solicitó la suspensión de la producción de la prueba y, en subsidio, planteó la reconsideración prevista en el artículo 42 de la Ley de Defensa de la Competencia.

6.14. Mediante la Disposición CNDC N°28/20 (“Disposición de nulidad”), el día 13.11.20, la Comisión desestimó el pedido de nulidad de la “Disposición de Prueba”. Para ello recordó que “... *por imperio del artículo 80 de la Ley N°27.442 se derogaron las leyes N°22.262, N°25.156 y los artículos 65 y 69 del título IV de la Ley N°26.993, pero se aclaró que la autoridad de aplicación de dichas normas –la entonces Secretaría de Comercio- subsistiría con todas las facultades y atribuciones, incluso sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, las cuales se encuentran detalladas en su Capítulo IV*”. Agregó que “... el artículo 6 del Decreto N°480/2018 reglamentario de la Ley N°27.442 estipula: “*Hasta tanto la estructura organizativa de la Autoridad Nacional de la Competencia cuente con plena operatividad, la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia continuará actuando en*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

el ámbito de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo con su actual estructura”. Y, a su vez, refirió que “... el artículo 7 de dicho decreto, faculta a la actual SCI del Ministerio de Desarrollo Productivo, a dictar las normas complementarias y aclaratorias necesarias para la implementación de la Ley N°27.442 y de dicha reglamentación”.

Por aplicación de todas aquellas normas, consideró que la C.N.D.C. se encontraba con plena facultad para emitir la “Disposición de Prueba”, dentro de las encomiendas realizadas por la Autoridad de Aplicación transitoria.

Por otra parte, descartó las alegaciones expuestas por C.M.Q. en orden al supuesto gravamen irreparable, la afectación de defensa en juicio, el debido proceso y juez natural, por falta de fundamentación.

6.15. Contra aquella decisión, Cervecería Quilmes efectuó una presentación titulada “Apela” el día 30.11.20, recurso que fue desestimado por la Comisión mediante de la resolución n° 20/2021, del 10.02.21. Ello dio lugar a la presentación de un recurso de queja ante este Tribunal, tramitado bajo el expediente n°873/21, el que fue rechazado el día 13.04.21.

6.16. En el proceso sumarial, la imputada introdujo la prescripción en su presentación del día 30.06.21 (conf. IF-2021-58304051-APN-DR#CNDC), en los términos del artículo 54 de la Ley N°25.156. En ese sentido, destacó que había transcurrido el plazo de cinco años allí previsto desde que se realizó la denuncia original, sin que hubiera ocurrido ningún acto que lo interrumpiese.

6.17. El 16.07.21 se clausuró el período probatorio y se pusieron los autos para alegar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N°27.442 (conf. PV-2021-64031357-APN-DNCA#CNDC). Cada una de las partes del proceso sumarial alegó respecto del mérito de la prueba producida: CMQ lo hizo el 26.07.21, Otro Mundo presentó su escrito el día 27.07.21 y CCU-CICSA hizo lo propio ese mismo día.

6.18. El 24.08.21 la Secretaría de Comercio Interior dictó la Resolución N°866/2021 que fue sintetizada en el Considerando I del presente y que motiva la intervención de esta Cámara.

VII.- Así planteada la secuencia de algunos de los actos que se sucedieron en el procedimiento administrativo, corresponde dedicar ciertas reflexiones al encuadre normativo dado por la autoridad de control al caso en cuestión y, en particular, a la exclusión de algunas de las previsiones

contenidas en la Ley N°27.442 con sustento en el principio que consagra la aplicación de la ley penal más benigna.

Para ello, resulta imperioso analizar el tipo de infracción que se le imputó a la empresa sancionada, pues ello resulta una condición ineludible para el correcto encuadre del asunto. Es decir, para poder establecer si resultan de aplicación las previsiones contenidas en la Ley N°27.442 se impone definir si se trata de una conducta que pueda ser caracterizada como “continua” o “permanente”.

Cabe recordar que el carácter instantáneo o continuo de una infracción resulta del hecho o de la hipótesis que la disposición legal contempla y es preciso no confundir las consecuencias ulteriores que toda infracción produce, con el estado permanente que se prolonga en el tiempo, característico de la infracción continua (conf. C.S.J.N. *Fallos*: 198:214; Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa n°16.411/14 del 13.09.16; Sala V 1075/09 del 15.12.15). La doctrina entiende que los delitos permanentes son aquellos hechos en los que el ilícito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él (conf. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa n°835/2016/T01/8/1/CFC7 “Basualto, Mariela Andrea s/ recurso de casación”, del 5.08.21, con cita del autor Claus Roxin).

Hasta aquí, ya se ha hecho referencia a que CMQ fue denunciada ante la C.N.D.C. por la comisión de presuntas conductas restrictivas de la competencia en los distintos canales de venta de cervezas, a través de exclusividades y acuerdos de promoción y venta exclusiva de sus productos. Al realizar las acusaciones en sede administrativa, las partes denunciadas manifestaron que, al momento de poner en conocimiento a la autoridad de aplicación, aquellas prácticas estaban siendo realizadas por la firma denunciada. Es decir que, tanto CCU y CICSA en marzo de 2016, como Otro Mundo en el mes de septiembre de ese mismo año, dieron cuenta de que los comportamientos de Cervecería Quilmes en el mercado no eran hechos instantáneos o pasados, sino conductas con plena vigencia en la oportunidad de ser advertidos ante la autoridad de control.

Por su parte, el ente administrativo se expidió en más de una oportunidad en cuanto a la permanencia en el tiempo de las infracciones denunciadas. Esto se observa, con toda facilidad, en los fundamentos que sustentaron la acusación del día 5.09.19 (conf. Disposición C.N.D.C.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

N°4/19). En el Anexo I que integra aquel acto, bajo el acápite VII titulado “Análisis Jurídico Económico” se señala, con claridad meridiana, que se había demostrado “... *la existencia de restricciones verticales impartidas por CMQ hacia los canales de venta minorista, on premise y off premise, que constituyen un abuso de posición de dominio con efecto exclusorio, en el mercado de producción y distribución de cerveza en todo el territorio nacional. El período temporal que abarca la conducta es, en el canal on premise, desde el año 2012 y en el off premise, data del año 2016, ambos hasta la fecha*” (el subrayado no corresponde al texto original). De igual modo, en el punto XIII del Dictamen que precede la resolución secretarial impugnada en esta oportunidad, la Comisión realiza un metódico y detallado análisis del carácter continuo de las prácticas de CMQ.

A juicio de esta Sala, no existen dudas respecto de la nota de “continuidad” que debe atribuírsele a la infracción que originó la investigación, la consecuente imputación y la posterior sanción. En ese sentido, el precepto que tipifica la conducta sancionada no repara en un momento determinado o en un plazo temporal fijado, como para considerar que una vez omitido o realizado el acto, en ese mismo instante la infracción quedó consumada. En definitiva, los comportamientos sancionables que regulan los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N°25.156 –en los que se sustentaron las denuncias-, reproducidos en términos similares en los artículos 1 y 3 de la Ley N°27.442 –tipificación de la conducta imputada por la C.N.D.C.- y, en particular, el modo en que se sucedieron los hechos a lo largo del proceso sumarial, disipan cualquier interrogante respecto de la falta de consumación de la conducta para ser considerada como una infracción inmediata o instantánea. Esta conclusión se reafirma, a poco que se advierta que no fue ajena al legislador la continuidad que pudieran adoptar las prácticas anticompetitivas condenadas por la LDC, dado que fijó como posibles sanciones el “*cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II*” (conf. art. 46 de la Ley N°25.156 y art. 55 de la Ley N°27.442). No resulta necesario realizar demasiado esfuerzo interpretativo para sostener que sólo pueden “cesar” aquellos comportamientos aún vigentes a la hora de la decisión final por parte de la autoridad de control.

El comportamiento por el que CMQ fue imputada no se trata entonces de un hecho aislado, sino de un estado de situación infraccional con las características propias que tiene de permanencia y continuidad temporal (conf. Cám. Fed. de Salta, Sala II, causa n°22.383/2017, del

2.10.20), pues los hechos que impiden u obstaculizan el acceso a un mercado son comportamientos que perduran en el tiempo (conf. Cám. Nac. en lo Penal Económico, Sala A “Torneos y Competencias SA s/ 22.262” del 4.5.07).

Viene al caso apuntar que el organismo administrativo a la hora de dictaminar respecto de la procedencia de la sanción, hizo hincapié en que nada hacía inferir que la situación descripta en la Disposición CNDC N° 4/19 (Disposición de imputación) acerca de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por CMQ en el canal *on premise* se hubiera modificado. Con lo cual, la continuidad de las prácticas, más allá de que conforme con las constancias de autos pueda extenderse hasta al menos marzo de 2019 –fecha en que se imputó la infracción-, tampoco puede descartarse que prosigan en la actualidad (conf. punto 365). De igual modo, respecto del canal *off premise*, sostuvo que a excepción del programa “Mercado Ideal” que habría terminado a mediados de 2019, el resto de las prácticas se vieron extendidas en el tiempo hasta, al menos, el 2021, fecha en la cual la prueba de parte fue producida. Y para aseverar dicho aserto entendió que la prueba ofrecida por Quilmes no hizo más que extender el ámbito temporal imputado de las conductas a la actualidad, esto es, actualizar la data probatoria al presente (conf. punto 389).

De ahí que la conducta perseguida debe subsumirse en las infracciones permanentes, ya que la acción ilícita -por sus características- permite que se pueda prolongar en el tiempo, siendo idénticamente violatoria de la norma en cada uno de sus momentos (conf. Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala I, causa n°16.411/14 del 13.09.16).

Por lo demás, las formulaciones efectuadas por Cervecería Quilmes para resistir ese encuadre no tienen mayor relevancia, a poco que se repare en que trasuntan, a grandes rasgos, en el desconocimiento general de los comportamientos atribuidos y la insistencia en que “la conducta en cuestión es una sola” (conf. punto III.1 de la impugnación judicial), sin realizar un análisis concreto que permita avalar esa hipótesis, ni aportar argumentos sustanciales que lleven al Tribunal a concluir de que se trató de una conducta cuya consumación resultó instantánea.

En efecto, el único argumento que la impugnante menciona para desvirtuar la característica de continuidad atribuible a su conducta, se corresponde con el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema en el caso “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ ley 22.262” (*Fallos*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

325:1702), donde se sostuvo, por remisión al Procurador General de la Nación, que “... tanto el art. 1 de la ley analizada como la finalidad de la regulación, se desprende que lo prohibido en el abuso de posición de dominio es una particular forma de actividad comercial, una práctica abusiva que puede –aunque no precisa- prolongarse en el tiempo y materializarse en numerosos actos individuales, sin que por ello pierda unidad. En ese sentido, es unánime la doctrina al sostener que, en caso de esta índole, la pluralidad de actos particulares a través de los cuales se manifiesta la actividad típica, constituye una unidad de acción”. Agregó que el mismo criterio fue sostenido por la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en los autos “Y.P.F. S.A. s/ y. RES. SIC. Y M N°189/99 –Mercado del GLP (679) (Inc. apelación) s/ Ley N°25.156” (causa n°23.469), del 21.12.10.

Pese a ello, como correctamente lo señaló la Comisión en el punto 418 de su Dictamen, la jurisprudencia que cita el impugnante no obsta a la continuidad de las conductas perpetradas por CMQ. Justamente, lo que dice el máximo Tribunal es que un abuso de posición dominante puede prolongarse en el tiempo y materializarse en numerosos actos individuales, sin que por ello pierda unidad. Pero eso no significa, en absoluto, que las infracciones continuas deban entenderse como tales. La unidad de la infracción en nada contradice el concepto de continuidad. De allí que podría sostenerse, incluso, que la jurisprudencia que cita Cervecería Quilmes apoya la tesis de la existencia de la continuidad de las infracciones.

VIII.- Configurada la estructura de la conducta como “continua” y teniendo en miras la incidencia del principio de la aplicación de la ley penal más benigna, viene al caso apuntar, de un modo sucinto, algunos principios elementales en materia de derecho administrativo sancionador, que habrán de servir para la resolución de este aspecto de la contienda. Al respecto es conveniente recordar que las conductas tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia han sido consideradas -tanto doctrinaria como jurisprudencialmente- como propias del derecho administrativo sancionador (confr. NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, pág. 15, Ed. Tecnos), pues en ellas se evidencia el poder sancionador del Estado.

No está demás aclarar que la rememoración de estos aspectos propios del derecho administrativo sancionador y su comunión con algunas premisas del derecho criminal no encuentra su justificativo en la remisión

supletoria que el legislador formuló en materia de Defensa de la Competencia, aun de modo titubeante, a las normas del Código Procesal Penal y Penal de la Nación (vgr. art. 43 de la Ley N° 22.262, art. 56 de la Ley N°25.156 (texto original) y art. 79 de la Ley N°27.442) Se trata, entonces, de pautas relativas a esta particular rama del derecho administrativo, aplicables a la materia con independencia del envío que supletoriamente pudiera asignar una ley, ya sea a los distintos códigos penales, a las normas civiles o bien, a la Ley de Procedimiento Administrativo.

8.1. El Estado ejerce su poder punitivo *–ius puniendi–* a través de dos grandes figuras: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. Sin embargo, tanto la doctrina nacional como extranjera más moderna considera al régimen administrativo sancionador autónomo del Derecho Penal. Ahora bien, no debe perderse de vista que las garantías fundamentales que confiere la Constitución Nacional no pueden verse soslayadas en ninguno de los segmentos de la potestad sancionadora estatal (conf. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, pág. 141).

8.2. En lo relativo a la aplicación extensiva de los principios propios del derecho criminal, la doctrina ya consolidada en la actualidad –y, sobre todo, luego de la reforma constitucional del año 1994– lleva a afirmar que los principios inspiradores del Derecho Penal son aplicables, aunque con ciertos matices, al derecho sancionador administrativo (conf. MALJAR, Daniel, “La Ley más benigna es aplicable al derecho administrativo sancionador después de la reforma constitucional de 1994”, nota al fallo C.N.C.A.F., Sala IV, 13/02/03 “B.C.R.A. c/ Pacek, Julio J. s/ ejecución fiscal”, J.A., V: 2003-II, ps. 438/449). En efecto, el traspaso de las garantías del ámbito penal al sancionador administrativo no puede ser “literal o mimético”, sino con ciertas matizaciones y modulaciones propias de las particularidades de la disciplina administrativa (conf. Tribunal Constitucional Español, sentencias 18 del 08/06/1981 y 246 del 19/12/1991; Suprema Corte de Uruguay, 07/08/2020, “Fábrica Nacional de Cervezas c/ Ministerio de Economía”). Tales principios se aplicarán adaptados al campo que los importa, que es el derecho administrativo (NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, pág. 173, Ed. Tecnos). De allí que, aunque resulte improcedente una asimilación automática del régimen especial aplicable en la materia de autos con el derecho penal, se impone el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

debido resguardo de la defensa en juicio y la plena vigencia de las garantías propias del procedimiento sumarial, siempre evitando una traslación acrítica y en bloque de la normativa propia de la materia criminal (conf. esta Cámara, Sala I, causa n°1459/20 del 11.03.21, y sus citas).

8.3. Uno de los principios más valorados en el derecho penal, es aquel que postula la retroactividad o ultractividad de la ley penal más benigna. Dicho principio, cuya aplicación a autos ha generado disenso entre los contendientes del pleito, se encuentra establecido en el artículo 2 del Código Penal. Empero, luego de la reforma constitucional del año 1994, puede considerarse inserto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

8.4. Con el objeto de determinar la aplicabilidad del principio antes referido a los comportamientos que se encuentran en infracción de la ley, se debe recordar, como se dijo, que los delitos permanentes o continuos se entienden cometidos durante todo el momento en que el autor mantiene el estado típico y antijurídico, y se caracterizan por que el mantenimiento de la situación creada por la acción punible no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo dependiente de la voluntad del autor; mientras la acción perdura, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo (conf. C.S.J.N. en “Jofre” *Fallos*: 327:3279).

8.5. De acuerdo con la doctrina sentada por el máximo Tribunal en los precedentes “Jofre” (*Fallos*: 327:3279), “Rey” (*Fallos*: 330:2434) y “Gómez” (*Fallos*: 332:1555), el principio de la ley penal más benigna no está expresamente contemplado para los delitos permanentes o continuos, ya que el artículo 2 del Código Penal -al igual que el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio (casos de sucesión de leyes penales). Sin embargo, cuando el delito es continuo e indivisible jurídicamente, es únicamente el "momento de la comisión del delito" el que se prolonga y durante el cual rigen dos o más leyes distintas. Pero dado que estas leyes abarcan la unidad del delito, aparecen plenamente vigentes -no hay ni ultractividad o ni retroactividad de alguna de ellas- y de allí que el caso deba resolverse con base en el principio general del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación. El autor no puede ampararse para

mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada fue ejecutado bajo una ley más benigna, ya que, a pesar de la sanción más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal sin adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas. Esto se relaciona con lo que la Corte Suprema denomina “criterio de la buena conducta”, y que será fundamental para fijar el hito en que el estado de ilicitud termina como el momento de comisión del delito al que alude el art. 2 del Código Penal. De allí que tanto la prescripción como la aplicación de la ley penal más benigna, son instituciones que sólo benefician a los imputados que demuestran una buena conducta, lo que surge cuando el autor desiste de su voluntad de mantener la situación antijurídica permanente (conf. TROSSERO, Neri S., MARTÍNEZ, Sergio O. “El principio de la ley penal más benigna en delitos permanentes: Análisis de la nueva doctrina de la C.S.J.N. y sus consecuencias en relación con lavado de activos de origen delictivo”, pub. En Revista Pensamiento Penal, 7.01.19, cita online: doctrina/47292).

No está demás señalar que esta regla es la aceptada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que *“por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo... la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo”* (“Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011, Apartado 236).

En el sentido referido en cuanto a la improcedencia de la aplicación del principio de benignidad de la ley a los delitos continuos también se han pronunciado unánimemente las distintas Salas que conforman la Cámara Federal de Casación Penal, entendiendo que cuando se califica la conducta como “continua” –es decir, un hecho típico realizado durante determinado período de tiempo- no resulta aplicable el principio mencionado. Han sostenido que, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*: 327:3279, se trata de un supuesto de coexistencia de leyes penales en donde rige la ley vigente al momento de cesar la conducta (conf. Sala I, causa n°7464/2017/TO1/9/1/CFC3 “Tejada, Andrés s/ recurso de casación”, del



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

10.03.22, Sala II, causa n°9743/2016/T01/15/1CFC21 “Meza Salinas, Ceferina s/ recurso de casación”, del 6.09.22; Sala III, causa n°93000040/2008/to1/8/3/CFC11 “Díaz, Carlos Alberto s/recurso de casación”, del 4.10.22 y Sala IV causa n°835/2016/T01/8/1/CFC7, ya citada; todas ellas con sus citas).

8.6. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, la solución no puede ser otra a la que antes se ha hecho mención. Entonces, si el comienzo de la conducta reprochable tuvo lugar con anterioridad a la vigencia de la norma sancionadora, pero continúa ejecutándose con posterioridad a su entrada en efecto –infracción de acción continuada-, la aplicación de la ley vigente y sancionada en último término, no menoscaba las garantías constitucionales de la ley sancionatoria más benigna, como así tampoco el principio de igualdad ante la ley.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Tele Cable Color S.A. c/ Comfer” del 19.05.97, oportunidad en la que señaló que *“si bien el comienzo de la conducta reprochable tuvo lugar con anterioridad a la vigencia de tal norma, debe considerarse que, con posterioridad a la denuncia efectuada por Reymi TV S.R.L. y al cargo formulado por el COMFER, Tele Cable Color S.A. no cesó en sus emisiones clandestinas, es decir, persistió en el tiempo y con posterioridad a la vigencia de la resolución 879/93, en una infracción de acción continua, lo cual justifica la aplicación de la norma citada sin menoscabo a garantías constitucionales”* (conf. C.S.J.N. Fallos 320:1022).

8.7. Si se postula invocar la irretroactividad de las normas punitivas desfavorables, debe tomarse como referencia el momento en que la acción u omisión se cometió. Ello no ofrece mayores dificultades para aquellas infracciones que se cometieron en una fecha determinada, cuando no estaba vigente la nueva norma sancionadora desfavorable. Empero, ese criterio de actividad no da respuesta cuando la conducta infractora no es instantánea. De allí que cuando se presentan infracciones permanentes, si se siguen realizando los actos que la conforman bajo la vigencia de la nueva norma más severa, se puede aplicar ésta sin que ello suponga incurrir en la retroactividad prohibida. Y ello pese a que la infracción se comenzó, se realizó parcialmente y hasta se consumió (aunque no se agotó) bajo la vigencia de la más benigna (conf. REBOLLO PUIG, Manuel, “Sucesión de

normas administrativas sancionadoras: irretroactividad y excepciones” [Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época](#), Reala, España, ISSN-e 1989-8975, [Nº. 16, 2021](#), págs. 6-32).

De todo lo expuesto se colige que este Tribunal no comparte la solución adoptada por la Secretaría de Comercio en cuanto concluyó en la inaplicabilidad de aquellas previsiones de la Ley N°27.442 que resultan desfavorables para el impugnante en comparación con lo regulado por la LDC derogada. Si bien esta distinción en cuanto a la configuración normativa no conduce a una modificación sustancial en lo que respecta al encuadre de la conducta imputada –dado que aquélla se encuentra regulada en uno y otro régimen en términos similares-, sí puede presentar distintos matices a la hora de analizar la procedencia de los agravios, como habrá de ser el relativo a la prescripción de la acción. Además, en caso de superar el escollo relativo a la falta de legitimación de las denunciantes para impugnar la decisión secretarial, el ámbito de aplicación normativo también incidirá en las quejas relativas a la proporcionalidad de las sanciones aplicadas.

IX.- Habiéndose formulado las precisiones del caso en punto a la configuración jurídica del asunto, un orden lógico de las quejas que han sido expuestas por CMQ lleva a detenerse en la prescripción introducida el día 30.06.2021, defensa que, al ser desestimada por la Secretaria de Comercio Interior en la Resolución n°866/2021, dio lugar a las críticas volcadas en el punto III.1 de la expresión de agravios. Ello así, en la medida en que la existencia de una causal de extinción de la acción, de verificarse, obraría como un obstáculo insalvable para la consideración de las cuestiones de fondo relativas a las infracciones endilgadas a Cervecería Quilmes.

Como ya se adelantó, la autoridad administrativa desestimó aquella defensa fundamentando que “... *el planteo formulado debe ser rechazado, principalmente, por dos cuestiones. En primer lugar, la denuncia interpuesta por la empresa OTRO MUNDO el día 8 de septiembre de 2016 tiene efecto interruptivo de la prescripción conforme a lo establecido por el artículo 55 de la Ley N.º 25.156 que expresamente dispone que “Los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia.... La mencionada norma, ni tampoco su decreto reglamentario, disponen requisitos ni referencia adicionales, en cuanto a las causales de la denuncia, hechos que la sustenten, personas que la realizan, sino que la norma es clara y estipula que la denuncia interrumpe los plazos de prescripción”*. Asimismo, que “*En segundo lugar, y tal como ha quedado*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

evidenciado en el presente dictamen las conductas anticompetitivas objeto del presente expediente son continuas, dado que han permanecido en el tiempo. Por ende, hasta tanto no cesen de cometerse el cómputo del plazo de prescripción de la acción no comienza a operar” (conf. Considerando XIII, en particular, puntos 323 y 325 del Dictamen CNDC IF-2021-72808973-APN-CNDC#MDP).

En esta instancia judicial, Cervecería Quilmes vuelve a reclamar la inexistencia de causal de interrupción y, con ello, cuestiona los efectos que a tales fines la Comisión le atribuye a la denuncia formulada por Otro Mundo el día 8.09.16 (v. en ese sentido, constancia a la que refiere la C.N.D.C. que luce a fs. 419).

X.- Conviene recordar que la prescripción liberatoria -en esta clase de procesos- tiene un rol limitante de la persecución o fuerza coercitiva señalada. Dicho instituto apunta a la conveniencia general de concluir situaciones inestables y de dar seguridad y firmeza a los derechos, ante el abandono que la inacción del titular hace presumir (confr. C.S.J.N., *Fallos*: 313:173, esta Sala, causa n°10.248/19 del 9.10.2020). Se trata de un límite auto impuesto por el Estado al poder punitivo, que tiene su basamento en la pérdida de interés social en perseguir determinadas conductas a partir del transcurso del tiempo (conf. CERVIO, Guillermo J. y ROPOLO, Esteban P. *Defensa de la Competencia. Comentada y Anotada*, Ed. La Ley, p. 558).

Como se desarrolló detenidamente en los anteriores Considerandos, no existen obstáculos para la aplicación al caso de las previsiones contenidas en la Ley N°27.442 (B.O. 15.05.2018), la cual ya se encontraba en vigor al momento de imputársele las conductas restrictivas de la competencia por medio del dictado de la Disposición C.N.D.C. N°4/19 del día 5.02.2019. Dicha norma, en su artículo 72, específicamente fija el comienzo del cómputo del plazo de prescripción para aquellas infracciones que se traducen en “conductas continuas”. En ese sentido, la referida norma dispone que ***“Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años desde que se cometió la infracción. En los casos de conductas continuas, el plazo comenzará a correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis”***.

Bastaría invocar tan sólo dicho precepto legal para desestimar sin más los argumentos relativos a la procedencia de la defensa en análisis

expuestos por CMQ. Va de suyo que, por tratarse de una infracción continua, el hito inicial para el cómputo de la prescripción no puede empezar a correr desde el momento de la primera denuncia de CCU-CICSA el día 14.03.16, como postula la pretensora en su presentación en sede administrativa del día 30.06.21 y redita en esta instancia judicial en sus agravios, en la medida que a esa fecha no había cesado la conducta anticompetitiva investigada.

XI.- Sin perjuicio de ello, para el caso que persista alguna inquietud en la impugnante en orden a la admisibilidad de su planteo de prescripción sustentado en los términos que la Ley N°25.156 (según texto Ley N° 26.993), la Sala analizará la cuestión desde otro prisma. Teniendo en miras que la autoridad administrativa desestimó el pedido analizando el planteo bajo los parámetros regulados en la derogada ley y a los fines de efectuar el control judicial más amplio posible de la decisión administrativa, se precisarán algunos argumentos por los cuales la defensa tampoco habría podido prosperar.

En orden a lo normado por los artículos 54 y 55 de la Ley N°25.156, el primero dispone que “*Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben los cinco (5) años*”, previendo el segundo que “*Los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley*”.

En lo tocante a los efectos interruptivos que corresponde asignar a la denuncia efectuada el día 8.09.16, por Otro Mundo –ratificada por esa misma firma el 11.10.16-, se debe señalar que ha sido correcto el temperamento administrativo en cuanto la autoridad competente consideró que con esa presentación se interrumpió el transcurso del plazo dispuesto por la norma. Para ello, debe ponderarse que el legislador al señalar que la interrupción opera “con la denuncia” no dio ninguna precisión adicional que permita privar de esos efectos a los hechos alegados por otra sociedad, meses después de la denuncia original. Es decir, ni del texto de la ley, ni de su Decreto Reglamentario N°89/2001 surge alguna conceptualización de la denuncia –vgr. en lo relativo a sujetos denunciantes, identidad de esos sujetos, hechos que la sustenten, etc.- que permita privar de esos efectos al anociamiento que realizó Otro Mundo respecto del comportamiento en el mercado de CMQ.

Sobre este punto, corresponde tener presente la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el cual: “...



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que cuando ésta no exige esfuerzo para determinar su sentido debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma...” (C.S.J.N. Fallos 311:1042, 320:61 y 305; 323:1625, entre otros). Para emprender aquella tarea interpretativa “...es menester recordar que esta Corte ha señalado que la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar de pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley...” (C.S.J.N. Fallos 297:142; 299:93; 301:460). La misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (conf. C.S.J.N. Fallos 330:2286, entre otros). No está de más recordar que allí donde el legislador no ha distinguido, no cabe hacerlo al intérprete (conf. esta Sala, causa n°4166/18, del 13.03.19).

En razón de lo expuesto, la postura asumida por Cervecería Quilmes en cuanto intenta refutar los alcances que, con buen tino, la resolución impugnada le asignó a la segunda de las denuncias, no puede ser admitida. La circunstancia de que los hechos denunciados en una primera oportunidad por CCU-CICSA y, posteriormente, por Otro Mundo guarden similitud que, claro está, incidió al momento de acumular el segundo de los procesos, no le resta de ningún modo la eficacia interruptiva a la presentación efectuada posteriormente, dado que la ausencia de similitud de las denuncias se trata de una exigencia que no surge de la ley. Máxime si se reparan que con la nueva denuncia se le hizo saber a la Comisión la existencia de algunos acontecimientos que no conformaron la denuncia primitiva.

La propia autoridad administrativa reconoció una identidad en el objeto de ambas denuncias, dejando a salvo notas distintivas respecto de la segunda de las denunciadas, con relación a aspectos particulares que no habían sido puestos en conocimiento de la Comisión por CCU-CICSA. En efecto, a través del dictado de la Resolución N°47/17 –mediante la cual dispuso la acumulación de ambos expedientes- señaló en punto a la segunda de las denuncias tramitadas, que en ese expediente se encontraron “... nuevos elementos plasmados en la denuncia tales como: i) supuestas exclusividades en ferias/festivales/patios de comidas/discotecas y otros, comprendidos en el canal on premise, subsidios cruzados con las bebidas

no alcohólicas por parte de CMQ –en ambos canales- y presuntas restricciones para la exposición de los productos en góndolas y otros espacios de exhibición de productos del canal off premise”.

XII.- Finalmente, también se debe mencionar que los artículos 54 y 55 ninguna especificación formulaban respecto del momento a partir del cual debía comenzar a computarse el plazo de los cinco años. Consecuencia de ello es que aun cuando no hubiera referencia expresa al respecto, cobre relevancia nuevamente la diferenciación entre el tipo de conducta –de ejecución instantánea o inmediata o de ejecución continua o permanente- para así poder determinar el hito inicial a partir del cual empezarán a transcurrir los términos.

Ahora bien, ante la falta de previsión legal al respecto, nada impide a la hora de resolver un aspecto no regulado acudir a ciertos principios del derecho penal que resulten compatibles con la naturaleza preventiva y represiva que tienen las sanciones administrativas. Para ello no resulta un obstáculo el hecho de que la Ley N° 25.156 (conf. texto Ley N°26.993), no hubiese regulado el reenvío supletorio a las normas previstas en los Códigos penales, como sí lo hacía con relación a lo normado por la Ley N°19.549 (conf. art. 56). Ocurre que la Ley de Procedimientos Administrativos no contiene ninguna disposición específica al respecto, motivo que lleva necesariamente al exégeta de la ley a acudir a soluciones análogas que sí estén previstas en otros regímenes legales, siempre que ello resulte compatible. De allí que se imponga adoptar la solución propuesta en el campo del derecho criminal en lo relativo a que la prescripción de los delitos continuos deben comenzar a computarse desde el cese de la conducta en infracción.

Este criterio, incluso, ha sido el adoptado por esta Sala en el precedente “Heket” citado por la Comisión en el dictamen que integra la resolución secretarial atacada (v. punto 343), donde también se discutió la admisibilidad de la defensa de prescripción de la acción derivada de una infracción administrativa de naturaleza continua y bajo la vigencia de la Ley N°25.156 (conf. texto Ley N°26.993). Allí se sostuvo que en la medida en que persista la omisión por parte del administrado de dar observancia a la obligación legal, la prescripción debe comenzar a correr desde que cesa la conducta infractora (conf. Sala II, causa n°2225/18 del 22.09.18).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

En consecuencia, corresponde desestimar el planteo de prescripción de la acción sancionatoria invocada en el punto III.1. de sus agravios.

XIII.- A continuación, se abordarán las críticas de CMQ relativas a la valoración de los distintos medios probatorios, como así también aquellas alegaciones que, aun tangencialmente, dedica a controvertir la actuación de la C.N.D.C. en el procedimiento sumarial.

En orden al segundo de los extremos alegados, esto es, la ausencia de facultades de la Comisión para expedirse en torno a la prueba, las potestades delegadas en aquel órgano y la invocada violación que ello genera en las garantías constitucionales relativas a la defensa en juicio, este Tribunal ya se ha pronunciado frente a argumentaciones del mismo tenor, en oportunidad de desestimar el recurso de queja deducido por Cervecería Quilmes, el 13.04.21, que tramitó en las actuaciones caratuladas “*Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G c/ Estado Nacional Secretaría de Comercio Interior Comisión Nacional de Defensa de la Competencia s/ Recurso de Queja*” (causa n°873/21).

En el pronunciamiento recaído en aquel expediente el día 13.04.21, se rechazaron las manifestaciones realizadas por CMQ en las cuales puso en tela de juicio las facultades de la Comisión para llevar adelante la instrucción del proceso sumarial, recordando para ello la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entendió que “*la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la Comisión Nacional, como también la de emitir los dictámenes pertinentes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, cuando la ley así lo prevé, el tratamiento a seguir en las actuaciones. También es indudable que la facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos, corresponde al Secretario ministerial. Estas conclusiones se mantienen, claro está, hasta tanto el Tribunal Nacional creado por la ley 25.156 se constituya, en cuyo caso le corresponderá, según dispone dicha ley, tanto la tarea instructoria como la de decisión, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su art. 58*” (conf. C.S.J.N. “Credit Suisse First Boston Private Equity Argentina II y otros s/ apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.” del 5.6.2007, *Fallos*: 330:2527 (C. 1216. XLI).

También se aclaró que si bien aquella interpretación fue efectuada por el máximo Tribunal ante la falta de constitución y puesta en

funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia ya entonces previsto en la Ley N°25.156, nada impide hacerla extensiva a las facultades que le corresponden a la autoridad de aplicación transitoria luego de la sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta que a esa fecha habían transcurrido casi tres años del dictado de la Ley N°27.442 y aún no se había conformado aquel Tribunal, omisión que, por lo demás, persiste en la actualidad.

Es decir que, sin perjuicio de la excesiva demora del Poder Ejecutivo para constituir el Tribunal de Defensa de la Competencia –cuestión que ya había sido destacada por esta Cámara (ver Acordada N° 16/09 del 2.12.09), y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Sala A, causa 59.871 del 1.2.2010) en vigencia de la LDC derogada-, no resultan admisibles las argumentaciones expuestas por CMQ al punto III.2. de sus agravios para invalidar la investigación administrativa.

El art. 80 de la Ley N°27.442 mantiene, hasta la constitución del TNDC, la autoridad de aplicación tal como se encontraba prevista en el anterior régimen legal. Como se ha dicho, la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto por la Ley N°25.156, dicha autoridad comprende a la CNDC –con facultades de instrucción y de asesoramiento–, y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponde la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes, como imponer las multas previstas por la ley (C.S.J.N., causas “Credit Suisse”, ya citado, *Fallos* 330:2527, y “Belmonte”, del 16.4.08, *Fallos* 331:781, en ese sentido, v. Sala III, causa n°7748/05 “Air Liquide Argentina S.A. y otros s/ Apelación de resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, del 10.08.12).

Los fundamentos explicitados, son suficientes para descartar la hipótesis en la que se sustentan los cuestionamientos que ahora reedita la impugnante, como así también la caracterización del proceso como “viciado”.

XIV.- Por otra parte, no puede soslayarse que los restantes planteos referidos a lo acontecido en el trámite de la investigación han sido resueltos en el marco del proceso sumarial, mediante los remedios procedimentales fijados a tales efectos (vgr. recursos de reconsideración o



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

pedidos de nulidad). Pero, de ningún modo, lo actuado ante la autoridad administrativa deja entrever cierta imparcialidad o proceder de mala fe como los que la imputada le atribuye a la Comisión.

Lo dicho no importa que el Tribunal pase por alto algunas vicisitudes que se sucedieron en el transcurso de la tramitación del expediente en aquella sede. Incidencias que vale decir, en gran medida, giraron en torno a las facultades de la C.N.D.C. Sin embargo, todos aquellos planteos fueron resueltos en el marco de aquel trámite, habiéndose obtenido una decisión definitiva al respecto. Incluso, no está de más destacar que alguno de ellos fueron decididos a favor de lo peticionado por la imputada.

Se menciona, a título de ejemplo, lo acontecido con la conclusión de la instrucción sumarial. En un primer momento, la Comisión dictó la Disposición C.N.D.C. N°4/19 en la cual tuvo por concluida la instrucción sumarial y dispuso el traslado del artículo 41 de la Ley N°27.442. Frente a esa decisión, CMQ dedujo un pedido de nulidad el 11.02.19 sustentado en la ausencia de facultades de la Comisión para dictar aquella decisión.

Como consecuencia de ello, la Dirección General de Asuntos Jurídicos, en el Dictamen del 7.11.19, observó que la C.N.D.C. habría emitido esa Disposición sin encontrarse ello previsto dentro de las facultades delegadas por la Resolución N°359/18 de la Ex Secretaría de Comercio, motivo por el cual correspondía que la autoridad llamada a resolver –Secretaría de Comercio Interior- ratificara el acto. En virtud de eso, la SCI dictó la Resolución N°805/19 por medio de la cual, incorrectamente, tuvo por concluida otra vez la instrucción sumarial e imputó una vez más las conductas investigadas. Esto dio origen a un nuevo pedido de nulidad por parte de Quilmes, el que fue resuelto a su favor en la Resolución SCI N° 46/2020, oportunidad en la cual se decretó la nulidad de la Resolución N°805/19 y se ratificó en todos sus términos lo decidido por la Comisión en la Disposición C.N.D.C. N°4/19. Ello fue notificado a Cervecería Quilmes el día 4.03.20 (conf. cédula obrante en el archivo 59.IF-2020-14552047-APN), decisión que adquirió firmeza. Por ese motivo, las reflexiones que ahora dedica a discutir las potestades de la CNDC para proceder a la imputación de las conductas pierden toda significancia a poco que se repare en que, como se dijo, esa decisión fue ratificada con posterioridad por la Secretaría de Comercio Interior.

Como se aprecia, a este Tribunal no le pasa desapercibido que a lo largo de la sustanciación del procedimiento existieron ciertos desaciertos por parte del organismo de control, los que generaron incidencias relativas a los alcances de las facultades delegadas en la Comisión, que han sido saneados en el transcurso de aquel trámite, conforme con la posibilidad prevista en el art. 19 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549. En ese sentido, este Tribunal ya tiene dicho que la confirmación implica la subsanación de un vicio de menor entidad dando lugar al nacimiento de un nuevo acto administrativo, que ya no presenta el vicio oportunamente dictado por la Administración (conf. esta Sala, 26.08.2021 “Google inc. s/ apelación resol. C.N.D.C.”). En el caso, no se observa la afectación de las garantías constitucionales que hacen al debido proceso del imputado, quien pudo presentar su descargo en tiempo y forma, incluso con un plazo adicional que fue otorgado por la autoridad administrativa el 18.02.19, como así también producir la prueba ofrecida, la cual fue admitida casi en su totalidad (conf. Disp. C.N.D.C. N°21/2020 del 19.10.20).

Incluso, un dato no menor a la hora de evaluar el proceder de la Comisión en cuanto a la instrucción y producción de los diferentes medios de prueba es que luego de efectuado su descargo (15.03.19), con fecha 25.06.19, Cervecería Quilmes presentó un escrito titulado “Adjunta documento de fecha posterior a la defensa. Ofrece prueba”, incorporando al proceso una carta documento enviada por JBG Corp. S.A. y requiriendo que se cite como testigo al representante legal y/o director comercial de esa firma. Ello fue proveído favorablemente el 28.06.19, advirtiendo la funcionaria firmante que “... *si bien se encuentra vencido el plazo para presentar el descargo previsto en el Art. 41 de la Ley N°27.442, en virtud de que la prueba aportada en esta oportunidad data de fecha posterior al vencimiento para presentar dicho descargo, y asimismo siendo que ésta amplía los argumentos de defensa allí vertidos, todo en aras de preservar el derecho de defensa de la empresa CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. y G*”, se tendrá presente la prueba ofrecida para el momento procesal oportuno. En ese sentido, se aclara que la misma será evaluada en forma conjunta con el resto de la prueba ofrecida por esa parte” (conf. PV-2019-58172197-APN-DNCA#CNDC). La interpretación amplia del organismo estatal a la hora de admitir la prueba, no parece condecirse con el actuar que le asigna CMQ a la CNDC.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

De allí que, más allá de la ponderación realizada de la prueba obrante en el expediente administrativo, la cual será analizada oportunamente, no existen constancias que permitan inferir la actuación arbitraria y parcial que la impugnante le atribuye a la Comisión, razón por la cual las argumentaciones expuestas tendientes a invalidar la actuación del ente administrativo referido deben ser rechazadas.

XV.- En líneas generales, CMQ direcciona una serie de consideraciones a la ponderación de las constancias probatorias y, en particular, dedica algunas reflexiones al valor probatorio de las actas notariales merituadas en la decisión administrativa, como así también a las declaraciones testimoniales de empleados de CCU-CICSA. Expone al respecto, que las principales pruebas de cargo esgrimidas para sancionarla fueron producidas unilateralmente por las denunciantes.

Como punto de partida, se debe recordar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la regulación de las actas notariales, dentro de la Sección 4° del Título IV destinada a normar los “Instrumentos Públicos”. Por integrar ese género, sus efectos probatorios son los determinados en el artículo 296 del C.C.C.N., el que, con el rótulo de “eficacia probatoria”, señala: ***“El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”***.

Sentado lo expuesto, el valor probatorio de los instrumentos públicos les es plenamente aplicables, con el alcance determinado por el inciso a) de la citada norma. El artículo 312 del mismo cuerpo legal no desvirtúa esta conclusión, pues no debe confundirse el valor probatorio de las declaraciones formuladas por el notario acerca de lo percibido, con la gravitación que el juez le asigne a esas declaraciones para dirimir la resolución del conflicto que se le plantea (conf. URBANEJA, Marcelo Eduardo, “Contenido y valor probatorio de las actas notariales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ponencia presentada en la Comisión N°10

Derecho Notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Ciudad de La Plata, 2017).

Por tal razón, los cuestionamientos formales que la sancionada esboza en orden a los defectos que le imputa a esta prueba no pueden ser admitidos, a poco que se repare en que dichos instrumentos públicos no fueron controvertidos en la forma que el propio Código de fondo dispone. Esta conclusión, por cierto, no resulta ajena a CMQ, quien impugnó en sede administrativa la prueba documental adjuntada por las denunciadas al momento de brindar sus explicaciones el 21.06.16. En aquel momento, la Dra. Cecilia Dalle, Vocal de la C.N.D.C. que suscribió la providencia dictada el 23.06.16, aclaró “... *con respecto a la impugnación sobre la prueba documental acompañada por las denunciadas de la causa –constataciones notariales-, se encuentran habilitadas las vías judiciales respectivas*”.

De conformidad con ello, devienen inadmisibles los señalamientos efectuados en esta oportunidad, tendientes a desvirtuar la eficacia probatoria de aquel medio y, menos aún, las manifestaciones realizadas en orden a la nulidad del acto jurídico en los términos del artículo 1004 del Código derogado, cuando no se ha invocado, ni mucho menos acreditado, haber ocurrido por la vía judicial pertinente a los fines de restarle vigencia jurídica a aquellos actos celebrados en presencia de un escribano público.

A mayor abundamiento, no es posible soslayar que más allá de las consideraciones que se formulan para cuestionar la validez de las actas notariales, en el último párrafo que dedica a la cuestión reconoce, en definitiva, lo que surge del contenido de esos instrumentos, al decir que ellos darían cuenta de que existen algunos PDV que sólo venden cervezas CMQ, y que “... *esta es una realidad del mercado que de ninguna manera demuestra la conducta anticompetitiva*” (conf. pág. 38, segundo párrafo, de la presentación judicial de Cervecería Quilmes). Parece acertada la conclusión a la que arriba la CNDC, cuando sostiene que con la postura adoptada por la investigada en sus explicaciones y descargo –y ahora también en esta instancia judicial- asume, en cierta medida, los distintos actos que se le endilgan, pero discrepa respecto de la antijuridicidad que se le asigna a esos procedimientos (conf. en ese sentido, punto 363 del Dictamen).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

XVI.- De otra parte, tampoco resulta atendible el agravio sustentando en que los testigos revisten la calidad de empleados de las empresas denunciadas y que el interés de los deponentes en atestiguar de ese modo, surge palmario ante la dependencia laboral que presentan con CCU-CICSA. En todo caso, estas objeciones podrían tener relevancia para apreciar la veracidad de las declaraciones, de acuerdo con la regla de la sana crítica –lo cual se hará, de ser necesario, en ocasión de examinar los agravios acerca de la prueba de las conductas- mas no invalida de por sí el medio probatorio, como parecería pretender el impugnante (conf. arts. 241 y 249 del C.P.P.N.).

Le asiste razón a la parte actora en punto a que tanto en la instrucción llevada a cabo en el procedimiento sumarial (v. Disposición CNDC N°20/21, “PRUEBA TESTIMONIAL”), como así también en el Dictamen que precedió la decisión secretarial, se observa que han sido producidos y ponderados los dichos de empleados y ex empleados de CMQ (vgr. puntos 360 r) y 373 b) dichos del Gerente de CMQ del Canal *On Premise* en la audiencia de 17.10.17, entre otros). Sin embargo, si bien se mira, la admisión de estos testigos en la investigación resulta de toda lógica si se repara en que todos aquellos sujetos, ya sean empleados de una u otra firma, dieron cuenta de la dinámica en la que se inserta el mercado de la distribución y comercialización de cervezas, que no es otro que el mercado relevante en el que se imputan los comportamientos anticompetitivos.

Por último, es del caso puntualizar que los medios probatorios cuya validez controvertió la impugnante constituyeron tan sólo algunas de las pruebas de las que se valió la Secretaría de Comercio para castigar a la firma investigada, pero de ningún modo se tradujeron en las únicas constancias en las que se fundó el temperamento sancionatorio. La prueba analizada en el texto suscripto por la C.N.D.C. no se limita a estos medios, sino que la decisión administrativa se encuentra motivada en el análisis exhaustivo de diversas diligencias realizadas en el expediente administrativo y que grafican la posición de Quilmes en el mercado, además del impacto de su conducta en ambos canales de venta, medios probatorios que exceden aquellos cuya invalidez pregonan la impugnante. De la lectura detenida de la motivación del acto administrativo, se observa que el organismo que lo dictó tuvo en cuenta los dichos de otros testigos no vinculados de manera directa con las partes, documentos elaborados por distintas consultoras, como así también otros informes de diversas empresas o cámaras sectoriales

que operan en ese mercado, actas de constatación labradas por funcionarios de la Comisión, peritajes técnicos, entre otras constancias a las que el organismo hace mención. Ello da cuenta de que, más allá de la relevancia que la recurrente pretende asignarle a las pruebas impugnadas, ellas aparecen como marginales en términos relativos, si se analiza la contundencia de las restantes probanzas de las que la resolución se valió para sancionar a CMQ. En igual sentido, las manifestaciones exteriorizadas en orden a que la prueba de relevancia en la que se sustentó la sanción ha sido la aportada por las denunciantes, no encuentra asidero en la numerosa prueba recabada en la instrucción administrativa, que va más allá de la aportada por aquéllas.

Sumado a ello, se debe meritar que en la misma decisión impugnada la Secretaria de Comercio desestimó el pedido de nulidad planteado contra la providencia que declaró la clausura del período de prueba (conf. art. 3° de la Resolución N°866/21), sin merecer ello un cuestionamiento puntual por parte de la sancionada. Del mismo modo, a pesar de que en esta instancia judicial vuelca algunas consideraciones relativas a la improcedencia de decisiones en materia probatoria, las que según su parecer le habrían generado una vulneración en sus garantías procedimentales (vgr. caducidad de la prueba testimonial ofrecida con respecto al representante legal y/o director comercial de JBG Corp. S.A. –dispuesta por la C.N.D.C. el día 13.05.21-), lo cierto es que en ninguno de los pasajes de su escrito solicita el replanteo en esta instancia judicial de las pruebas desestimadas y/o decretadas caducas en el procedimiento sumarial, o se desprende -con algún grado de veracidad- que aquéllas habrían sido determinantes para refutar las conclusiones derivadas de las que sí se produjeron y dieron sustento a la decisión sancionatoria.

XVII.- Sentado lo anterior, llega el momento de ingresar en el estudio de la posición que la sancionada ocupa en el mercado nacional de producción y distribución de cerveza, la que al haber sido caracterizada como dominante por la resolución secretarial, fue objeto de cuestionamiento por parte de CMQ. En este sentido, la quejosa controvierte que la firma cervecera ocupe ese lugar en el mercado o, al menos, que lo haga bajo las exigencias de las disposiciones legales que regulan la materia.

El artículo 1° de la Ley N°27.442 –similar al artículo 1° de la derogada Ley N°25.156-, prohíbe “... *los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Asimismo, y al igual que acontecía con la norma predecesora, establece que “... *se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos*” (conf. art. 5° de la actual LDC y 4° de la LDC derogada). Asimismo, aporta una serie de consideraciones que deben comprobarse para establecer la existencia de posición dominante: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder (conf. arts. 6° y 5°, respectivamente).

Para determinar la existencia de una posición dominante, resulta ineludible definir el mercado relevante a los efectos de delimitar las fronteras de la competencia entre empresas. Una posición dominante no se configura en abstracto, sino en relación con un mercado relevante concreto (conf. RODRÍGUEZ ROSSI, Federico “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio” Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2235/2019). Por lo tanto, es indispensable delimitar, ante todo, lo más precisamente posible, el mercado en el que opera la empresa. Éste se define por su objeto y desde el triple punto de vista del producto, la dimensión geográfica y la clientela interesada. A su vez, para definir el mercado en función del producto, es conveniente examinar, en el asunto concreto, el grado en que el producto puede intercambiarse o ser sustituido por otro ofertado en el mismo mercado, teniendo en cuenta sus

características, condiciones de utilización y modos de comercialización, así como la medida de la elasticidad de la demanda por razón de variación de precios. La dimensión geográfica apunta a considerar si la presencia de la posición dominante tiene consecuencias en un mercado territorialmente acotado o no con relación a otro competidor participante, lo que permite distinguir el mercado nacional de posibles mercados locales. La clientela interesada, no necesariamente debe calificar como consumidores, pues la Ley N°27.442 (ex Ley N°25.156), si bien integra el estatuto consumeril (art. 3° de la Ley N°24.240), no impide su aplicación a favor de sujetos que no califican como tales; no obstante lo cual es evidente que la protección de los consumidores está en el centro del asunto (conf. HEREDIA, Pablo D. “Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación y abuso de dependencia económica” Publicado en: RCCyC 2020 (julio), 5 Cita: TR LALEY AR/DOC/1883/2020).

La función principal del concepto de mercado en el ámbito de la L.D.C., se desarrolla con relación a la figura de posición dominante. En ese sentido, el concepto juega el papel de vínculo entre la citada figura y la noción de competencia. Una posición dominante se configura cuanto una empresa no sufre una competencia significativa en los ámbitos definidos en el artículo 5° de la ley, llevando así el control de posibles abusos que de tal posición puedan derivarse; los distintos marcos fijados por la L.D.C. para las posiciones dominantes lo son a través del concepto de mercado (conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, T 1, 4° Edición actualizada, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2022, p. 425).

Entonces, la delimitación del mercado relevante se utiliza para circunscribir los efectos de una determinada conducta u operación económica a un conjunto de productos o variedades de un producto. Pero también para excluir del análisis los efectos que dicha conducta u operación pueda tener sobre otros productos o variedades, puesto que cuando se define un mercado relevante, lo que usualmente se quiere investigar son los efectos de una determinada práctica u operación en un caso particular (COLOMA, Germán, *Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado, Ciudad Argentina*, Buenos Aires-Madrid, 2003, págs. 68/69).

XVIII.- En su dictamen, la C.N.D.C. señaló, al igual que lo había realizado al momento de imputar la conducta a la investigada, que el mercado relevante del producto en el cual se enmarcan las prácticas



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

denunciadas comprende la producción y distribución de cerveza, en sus distintas variedades, quedando fuera de éste otras bebidas alcohólicas (conf. punto 514).

Para fundar aquella decisión, tuvo en cuenta distintos extremos a los que refirió expresamente, como ser que, desde el punto de vista del consumidor, la cerveza no guarda un alto grado de sustitución (punto 516). También ponderó lo resuelto por la jurisprudencia internacional respecto de la configuración de un mercado relevante de producto conformado por cerveza únicamente. En concreto, citó al Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Europea, quienes definieron que el mercado involucrado en la operación de fusión a nivel mundial de ABI con la cervecera SAB MILLER abarca únicamente la cerveza: *“En efecto, se ha encontrado que otras bebidas con alcohol como vino y bebidas espirituosas no son sustitutos suficientes de la cerveza como para disciplinar un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del precio de la cerveza y relativamente escasos consumidores reducirían de manera sustancial su demanda de cerveza en caso de que ocurriera dicho aumento de precios”* (conf. en EE.UU. "U.S.V. ANHEUSER – BUSCH INBEV SA/NV AND SAB MILLER PLC", en Europa Case M.7881 - AB INBEV / SAB MILLER, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7881_3286_3.pdf, p. 6, y <https://www.justice.gov/atr/file/877581/download>, pp. 8-9, citados ambos en el punto 517 del dictamen, según notas al final del texto 40 y 41). Asimismo, hizo mérito de las propias conclusiones a las que arribó la Comisión con motivo del análisis de esa misma fusión en nuestro país, oportunidad en la que se realizaron estimaciones econométricas referidas al período 2003-2015, las cuales arrojaron que si bien existe sustitución en algún grado entre bebidas alcohólicas de distinta índole, su magnitud es despreciable y no justifica la ampliación del mercado de producto relevante más allá de la cerveza (conf. punto 518, con cita del Dictamen IF-2018-06455426-APN-CNDC#MP, emitido el 8 de febrero de 2018 en el marco del Expediente N° S01:0462129/2016 (Conc. 1375)).

Sobre el particular, la impugnante no cuestionó de manera concreta la delimitación del mercado relevante del producto realizada por la C.N.D.C. Esto, más allá de aquellas discrepancias que expuso respecto de que la cerveza sí es sustituible por otras bebidas alcohólicas, extremo que será abordado, seguidamente, al analizar la posición de Quilmes en el

mercado. Ello, dado que se trata de un aspecto que fue introducido por la firma denunciada para rebatir la configuración de la posición dominante en los términos que señala la LDC, mas no para descalificar la limitaciones realizada por la autoridad administrativa del mercado relevante en el cual se analizó su conducta (conf. punto III.3. AGRAVIO, en particular, punto iv).

Por ello, ante la ausencia de crítica concreta relativa a este punto y atendiendo, especialmente, a las razones fundadas del organismo con versación en la materia para definir el mercado relevante, este Tribunal se atenderá a la definición asignada por la C.N.D.C. Dicho lo cual, el comportamiento de CMQ se analizará dentro del mercado nacional de producción y distribución de cerveza, en sus distintas variedades, sin atender a las restantes bebidas alcohólicas.

XIX.- Una vez agotado el estadio de definición del mercado relevante, es necesario determinar si la empresa investigada goza de posición dominante en ese mercado relevante identificado.

La posición dominante puede entenderse también como una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa en un mercado, y que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. Tener una posición dominante implica que esta presión competitiva no es lo suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial (conf. SHINA, Fernando E., "El abuso de posición dominante", 12/05/2020, SAIJ). Dicho en otros términos, implica la capacidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes, sin que ninguno de éstos pueda ejercer una "presión competitiva eficaz" (conf. COLOMA, Germán "Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante" en LA LEY 17.09.2019, p. 1 - LA LEY 2019-E, 636 Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1766/2019).

Para determinar la existencia de una posición de dominancia en el mercado es necesario cuantificar el grado de independencia de la empresa investigada y la presión competitiva ejercida por sus competidores (conf. RODRÍGUEZ ROSSI, Federico, "Guías para el análisis de casos..." op. cit.).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Ahora bien, a efectos de determinar la posición de CMQ en el mercado argentino de cerveza, la Comisión puntualizó la existencia de dos grandes actores fabricantes de cerveza industrial que lideran el mercado: Cervecería Quilmes y por detrás, con casi una cuarta parte de su participación, se encuentran las denunciadas CCU-CICSA. Además, agregó que existen otros múltiples productores de cerveza de menor escala, en su gran mayoría fabricantes de productos artesanales, cuyo volumen y producción es sustancialmente menor al de las empresas líderes (conf. punto 522 del dictamen).

Esta primera definición descarta la aplicación del primero de los supuestos previstos por el artículo 5° de la Ley N°27.442 (artículo 4° del texto derogado) pues, va de suyo, el reconocimiento de otros competidores en el mercado descarta la posibilidad de reconocer a la sancionada como único oferente, hipótesis que, por lo demás, no ha sido en la que la autoridad administrativa desarrolló el análisis del comportamiento de la imputada en el mercado.

Sin embargo, la cuestión sí debe ser encuadrada en aquella situación en la cual la empresa, sin ser la única ofertante en el mercado, no se enfrenta a una competencia sustancial. Más precisamente, en aquella categoría en que existen varias empresas en un mercado, pero la magnitud y condiciones económicas y financieras de éstas hacen que tenga una posición dominante y que las otras no compitan efectivamente con ella. Tal es el caso de una empresa de gran magnitud que en los hechos determina el funcionamiento del mercado, imitando las demás las políticas de precios y de comercialización que aquélla adopte. Este supuesto adicional de la norma tiende a que el concepto de mercado incluya dentro de él a una pluralidad de empresas, las que debido a su capacidad o condiciones operativas, pueden, en los hechos, ser incapaces de actuar en forma efectivamente competitiva con la firma cuya conducta se analiza. Resulta así que si existe una pluralidad de empresas que actúan en el mercado, pero la distancia entre éstas permite a una o más de ellas, elevar o disminuir sus precios sin posibilidad de reacción efectiva de parte de las demás, se dará la posición dominante prevista en el artículo citado.

Además, la posición dominante que se le atribuye a la firma cervecera debe ser configurada desde otra de las faces que prevé la ley. Allí también se hace alusión a la posibilidad de determinar la viabilidad de un competidor. En el *sub lite*, tal constatación se encuentra entrelazada a través

de relaciones verticales, ante la eventualidad de poder privar a un competidor del acceso a los canales de distribución. Aún si ese jugador de todos modos puede subsistir, tampoco existiría competencia efectiva, sino una relación de “mera tolerancia” de la empresa dominante respecto de sus “aparentes competidores” (conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho Antimonopólico...*, T. 2, op. cit. p. 243/244).

XX.- Habiéndose formulado un repaso de algunos aspectos generales que hacen a la conceptualización de la posición dominante en el mercado, se analizarán las circunstancias tenidas en cuenta por la resolución impugnada para configurar la posición de dominio de la empresa, que merecieron señalamientos por parte de CMQ:

20.1. Elevada participación en el mercado relevante. Falta de exposición a una competencia sustancial.

20.1.1. En primer término, se debe señalar que el organismo competente puntualizó que, de acuerdo con las “*Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*” elaboradas por la C.N.D.C. y la jurisprudencia mayoritaria, el umbral para descartar una posición de dominio se ubica en el **40% de participación en el mercado** (conf. punto 651). Este parámetro que, naturalmente, responde a una premisa general, objetiva y cuantitativa, no ha sido cuestionado por Cervecería Quilmes, en la medida en que sus críticas sobre este punto se refieren, más que nada, a la valoración del informe presentado por CCU-CICSA elaborado por la consultora Nielsen, y no así, el presentado por su parte que grafica una extensión de tiempo mayor, realizado por Ernst & Young.

De acuerdo con los datos que surgen del informe de la base de Nielsen, transcriptos en la **Tabla N°11** del dictamen, la evolución de la participación en las ventas del mercado nacional de cerveza en ambos canales de comercialización osciló entre un **78,9%** y un **75,5%** entre el año 2013 y el mes de marzo de 2018. Según este documento, en ninguno de los periodos anuales informados (2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y marzo de 2018), la participación de la empresa sancionada se ubicó por debajo del **75%** de participación de ventas en el mercado nacional. Sin embargo, la segunda empresa posicionada en el mercado (CCU), si bien acrecentó en menos de un 2% su participación en ese mismo período, nunca superó el **20,2%** de participación en las ventas, lo que denota a la claras una



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

envergadura considerablemente menor. Menor participación aún han tenido las restantes competidoras informadas (CASAI y otros), que representaron apenas el 4% en ese periodo (conf. Anexo II, nota presentada por CCU en el expediente administrativo el día 29.05.18, con información actualizada).

Los mismos números se pueden observar en el expediente EXP-S01:0462129/2016 - CONC.1375, que tramitó en los términos del artículo 8° de la Ley N°25.156 con el objeto de informar de concentración económica llevada a cabo en el exterior consistente en la transacción por medio de la cual la firma ANHEUSER-BUSCH INBEV N.V/SA adquirió el control de la firma SABMILLER PLC, por lo que la firma CMQ, controlada por la firma ANHEUSER BUSCH INBEV NV/SA y CERVECERÍA ARGENTINA S.A. ISENBECK, controlada por la firma SABMILLER PLC, quedaron bajo el control de la firma ANHEUSER-BUSCH INBEV NV/SA. Estas actuaciones administrativas fueron ofrecidas como prueba por la propia sancionada, adjuntándose algunas de sus constancias por esa misma parte el 19.03.21 (conf. archivo 602.IF-2021-24952741-APN del CD adjuntado por la representación estatal). Los datos que fueron aportados en aquel trámite por la consultora AC Nielsen (v. Tabla N°8 obrante en la página 58 del documento) se corresponden con los tenidos en cuenta en este proceso por la C.N.D.C. en lo relativo a la participación en el mercado de la firma, aunque allí se evaluó un alcance temporal más limitado, dado que esos porcentuales fueron ponderados hasta el año 2017.

Sobre este punto, se debe señalar que en la resolución dictada por la Secretaría de Comercio el 14.03.18 en la causa citada, se aprobó la propuesta instrumentada mediante el Preacuerdo de Desinversión y Canje de Marcas celebrado entre las firmas ANHEUSER BUSCH INBEV N.V/S.A., COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A. y COMPAÑÍA DE CERVECERÍAS UNIDAS ARGENTINA S.A., de fecha 5 de septiembre de 2015, modificado con la oferta formulada el día 13 de diciembre de 2017 por la firma ANHEUSER-BUSCH INBEV N.V./S.A. y aceptada el día 19 de diciembre de 2017 por las firmas COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS ARGENTINA S.A. y COMPAÑÍAS CERVECERÍAS UNIDAS S.A., por el cual la firma ANHEUSER-BUSCH INBEV N.V/S.A., y/o alguna de sus empresas controladas transfieren las marcas Isenbeck, Diosa, Norte, Iguana y Báltica a la firma COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A., y/o a alguna de sus empresas controladas y los terceros licenciantes de las marcas Warsteiner y Grolsch le otorgan la licencia a la firma

COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A., y/o a algunas de sus empresas controladas para producir y distribuir esas marcas en la REPÚBLICA ARGENTINA y se rescinde de forma anticipada el contrato de licencia sobre la marca Budweiser, en el marco de la Ley N° 25.156 en la cual se aprobó (conf. art. 1°). Asimismo, se subordinó “... *la operación de concentración económica notificada, consistente en la adquisición del control de la firma SAB MILLER PLC por parte de la firma ANHEUSER-BUSCH INBEV N.V/S.A., al cumplimiento íntegro de las obligaciones contenidas en el Preacuerdo de Desinversión y Canje de Marcas citado en el artículo precedente, y las dispuestas en el punto VI del Dictamen de fecha 8 de febrero de 2018, correspondiente a la “CONC. 1375”* (conf. art. 2°).

En lo que aquí interesa, el Dictamen que precedió aquella decisión secretarial y la integró en los términos de su artículo 7°, aportó una serie de precisiones en orden a la posición en el mercado de Cervecería Quilmes. Este extremo no le resulta ajeno a la impugnante, no sólo porque ese expediente fue ofrecido como prueba por su parte, sino, además, porque su desempeño y posicionamiento en el mercado argentino de producción y distribución de cerveza fue particularmente ponderado por el organismo estatal al momento de analizar los requerimientos y propuestas realizados por su empresa controlante ANHEUSER BUSCH INBEV NV/SA.

Bajo el acápite IV.3.3 titulado “Concentración del mercado y participaciones de los principales actores”, analizando los datos obrantes en aquel expediente, la autoridad con competencia en la materia destacó las siguientes conclusiones:

- *“la participación de mercado (en valor y en volumen) de CMQ (AB INBEV) sin ocurrencia de la operación notificada, tomando cualquiera de las métricas (off premise y on + off premise) se encuentra entre el 73,86% y el 79,3% para el período observado (2014 - 2017), mientras que, en promedio, la participación de CASAI (SABMILLER) se mantiene cercana al 4%. Por su parte, la firma CICSA (CCU) ha tenido una participación promedio en el período señalado, considerando ambas métricas, que se encuentra entre el 17% y el 21% del mercado”* (conf. punto 132, el énfasis ha sido colocado por el Tribunal).

- *“Considerando los datos para el año 2017 para los canales on y off premise, CMQ (AB INBEV) lidera el mercado de cerveza, con una participación de 75,56%, en valor, y de 75,09%, en volumen. El competidor*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

más significativo de CMQ (AB INBEV) es CICSA (CCU) que con una participación de 19,05% en valor y 20,14% en volumen, tiene una envergadura considerablemente menor. Por último, CASAI (SABMILLER), la firma objeto, posee una participación reducida, 4,87% de la facturación y 4,55% del volumen del mercado” (conf. punto 134, el destacado no corresponde al texto original).

- “el mercado exhibe a CMQ (AB INBEV) como el líder con posición dominante, la cual resultaría fortalecida como resultado de la operación notificada, con alta probabilidad de que se reduzca la competencia y se afecte a los consumidores y al interés económico general de modo que la operación infrinja el Artículo 7° de la Ley 26.156” (conf. punto 139).

Estos fundamentos devienen de significativa relevancia a la hora de ponderar la posición de dominancia de CMQ en el mercado, no sólo porque así lo analizó el organismo con experticia en la materia en el marco de aquella causa, sino también porque se trata de un aspecto trascendental que fue consentido por la empresa controlante de la firma que ahora resulta sancionada.

Por cierto, lo dicho no se desvirtúa con las manifestaciones de la impugnante mediante las cuales pretende desconocer el lugar de dominancia que ocupa en el mercado, so pretexto de que si su parte ostentara tal posición dominante, no habría sido aprobada la concentración informada en el expediente antes referido. Sin desmedro de la esmerada defensa, corresponde recordar a la firma interesada que el impacto negativo de aquella concentración fue uno de los justificativos de la autoridad de control, para sujetar su viabilidad al cumplimiento de ciertos recaudos, entre los cuales se acordó un “paquete de desinversiones” y “canjes de marcas” a fines de remediar los potenciales efectos anticompetitivos de la operación.

Todos estos datos, cuya contundencia en cuanto a la participación de la sancionada en el mercado no deja lugar a duda, resultan controvertidos por CMQ apelando para ello a la falta de ponderación del informe presentado por su parte, elaborado por la consultora Ernst & Young (E & Y), por lo que debe analizarse si resulta correcto que los números allí volcados tuerquen, de algún modo, la conclusión a la que arribó la autoridad administrativa.

Mediante la presentación del día 6.04.21, Cervecería Quilmes acompañó en el proceso sumarial el documento antes referido, el que da

cuenta de las participaciones de mercado en los años 2018, 2019 y 2020, es decir, extiende la información ponderada por la Comisión a un periodo de tiempo posterior al informado por Nielsen tanto en esta causa, como en el expediente (Conc. 1375), al que ya se hizo mención (conf. archivo 621. IF -2021-29983812-APN, obrante en el CD reservado en la causa).

En primer término, el Tribunal encuentra cierta discordancia entre los títulos que se asignan a las tablas señaladas en los puntos a) y la información que ellas contienen. En efecto, todos esos cuadros se titulan “*Participación de las empresas cerveceras en el segmento para el periodo 2012/2019*”. Empero, en las tres planillas que siguen a dicho encabezado, se observan datos mensuales de distintos años, que no parecen corresponderse con el período 2012/2019. En el punto a) de la página 7 del archivo digital antes señalado se detalla, en lo que aquí interesa, la participación de CMQ (computando la marca Budweiser que pasó de CICSA a Quilmes en el marco de la desinversión ya mencionada), entre los meses de enero y diciembre de 2018, que promedió el **68,4%** de participación en el mercado. En el mismo lapso, la participación informada respecto de su principal competidora CCU promedió el **31,6%**. Los mismos datos, suministrados respecto del año 2019, indicaron un **66,1%** respecto de CMQ, en tanto la porción ocupada por su competidora ascendió al **33,9%** (v. página 8 del archivo señalado). Finalmente, el documento da cuenta de los datos correspondientes al año 2020, en el cual la participación de Quilmes subió en un pequeño porcentual para posicionarse en un **67,4%**, decreciendo su competidora también en un porcentaje poco significativo para ubicarse en el **32,6%** de la participación en el mercado de la cerveza nacional (v. página 10).

En lo tocante a esta cuestión y pese a lo sostenido por la impugnante en su presentación judicial de que aquella probanza sirve para desvirtuar lo resuelto en sede administrativa respecto a su posición dominante en el mercado, los datos informados no avalan su parecer. Nótese que si el umbral de participación a considerar para concluir que existe una situación de dominancia de una competidora es del 40% -conclusión que, se reitera, no fue objetada-, en ninguno de los periodos actualizados que se informan en el documento aportado por E&Y, la intervención de CMQ estuvo siquiera cercana a ese porcentual. Si bien es cierto que su posición en el mercado analizado decreció algunos puntos porcentuales en el transcurso de los años, no menos lo es que en el periodo con menor participación de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

los constatados (2019), aún se encontraba en un 26% por encima del límite antes referido.

Sólo a mayor abundamiento, se debe mencionar que en oportunidad de replicar el traslado de la impugnación judicial de CMQ el día 11.08.22, CCU-CICSA señalaron en su escrito que en la información presentada en el expediente administrativo conc. 1375 de fecha posterior a la aquí informada se demuestra que la participación de mercado de Quilmes habría vuelto a crecer en 2021, en desmedro de la de CCU (conf. página 56 de esa presentación).

Por lo demás, este Tribunal no puede dejar de advertir cierto grado de contradicción en la línea argumental seguida por CMQ en su impugnación judicial. En efecto, la firma sancionada dedica extensas consideraciones a la limitación temporal con la que, según entiende, debió ser revisado su comportamiento en el mercado (v. página 21 de su escrito, cuando señala que la conducta investigada no puede ir más allá de mayo de 2016). Pero, seguidamente, a los fines de refutar un aspecto de relevancia trascendente, como lo es la calificación dominante que se le imputa en el mercado, pretende valerse de participaciones que datan de años posteriores.

20.1.2. El análisis del otro índice de participación cuantitativa en el mercado (Índice Herfindahl – Hirschman –IHH), lleva a la misma solución.

Este parámetro de medición se trata de una herramienta utilizada para escrutar la concentración de un mercado. Se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones de las empresas que actúan en el mercado. Los valores de IHH oscilan entre 0 (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopólico). Por su parte, la variación del IHH se calcula multiplicando por dos el producto de las participaciones de mercado de las empresas que se fusionan (conf. nota al final del texto n°34 del Anexo IF-2018-06455426-APN-CNDC#MP, en el expediente conc. 1375).

En el punto 656 del dictamen, la Comisión indica que los lineamientos para el control de concentraciones vigentes, consideran que el nivel de concentración del mercado, medido a través de HHI no debería superar los 2000 puntos para descartar potenciales restricciones a la competencia. Empero de acuerdo con lo que surge en la **Tabla N°12** –cuyos datos fueron extraídos de una presentación de CMQ con base en datos de Nielsen-, el índice referido para la empresa sancionada, triplica el umbral

establecido (vgr. 6470, 6313, 6141, 6158 y 5737, calculado a diciembre de 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, respectivamente). Vale destacar que, sobre este análisis particular, la impugnante ningún cuestionamiento realizó en sus agravios.

20.1.3. Por otra parte, no resulta una cuestión menor la discriminación de las marcas en el mercado cervecero argentino, las que fueron detalladas en el dictamen de acuerdo con el segmento en el que se encuentra cada una.

De lo que surge de la **Tabla N°8** se desprende que para el segmento **“Premium y Súper Premium”** CMQ posee las siguientes marcas: **Stella Artois, Beck’s, Corona, Negra Modelo, Patagonia, Hoegaarden y Lefe**, en tanto para el **“Medium”**: **Quilmes, Brahma, Andes y Budweiser**.

Sobre este punto, asiste razón a la impugnante en cuanto a que en los datos allí consignados existe un error en la adjudicación a la impugnante en el segmento **“Low End”**, de la cerveza **“Báltica”**, la que fue transferida a CCU en el marco de desinversión ordenado por la Comisión en el expediente de concentración. Es decir que resulta cierto que, para ese segmento, Cervecería Quilmes no posee ninguna marca en el mercado. Empero, ello no desvirtúa de ninguna manera su posicionamiento respecto de los restantes competidores, si se tiene en cuenta que el volumen principal de la demanda no opera en ese segmento, sino que se orienta al segmento medio, en donde predominan las marcas Quilmes y Brahma, ambas de propiedad de CMQ, y las cuales explican cerca del 60% de los litros totales en el mercado (conf. punto 523 del dictamen). Ello también descarta los argumentos relativos a que su principal competidora posee un mayor portfolio en cantidad de marcas, dado que justamente las marcas Quilmes y Brahma distribuidas y comercializadas por CMQ representan, cada una de ellas, una participación de mercado superior a toda la cartera de marcas de la empresa CCU (conf. punto 665 del dictamen).

Lo hasta aquí expuesto confluye en la elevada participación en el mercado de la firma sancionada durante un tiempo prolongado. Y ello lleva a la inexorable conclusión de que el mercado cervecero argentino se encuentra altamente concentrado en CMQ, sin que pueda afirmarse que ese actor dominante se encuentre expuesto a una competencia sustancial por parte de los restantes actores del mercado.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

20.1.4. Tal como sostuvo la Comisión, la integración de CMQ, tanto vertical como horizontal y geográfica, claramente le permite determinar la viabilidad económica de un competidor, especialmente si se trata de un actor con un menor nivel de integración. La firma denunciada es una empresa verticalmente integrada en la producción de malta y lúpulo (principales materias primas de la cerveza). Cuenta con cinco plantas productoras de cerveza adecuadamente distribuidas en el territorio argentino (Quilmes, Zárate, Mendoza, Corrientes y Tucumán) y, además, seis plantas destinadas a bebidas sin alcohol. Además, con nueve centros de distribución y 250 distribuidores en todo el país, que ha sido considerado por la C.N.D.C. como una fuerte barrera a la entrada al mercado (conf. puntos 660, 661 y 662).

No obstante lo cual, la existencia de un margen de crecimiento en los últimos años en el segmento de “cervezas artesanales” al que refiere Quilmes, con sustento en los datos estadísticos de la Cámara de Cerveceros Artesanales de la Argentina y algunos testimonios rendidos en el proceso sumarial, no incide en términos generales a la hora de determinar su participación en el mercado, ante la contundencia de los números que demuestran que en el periodo de tiempo analizado, promedió el 75% de las ventas a nivel nacional.

20.2. Sustitución de la cerveza por otro producto bebible del mercado.

En lo inherente a este aspecto, la resolución sancionatoria ponderó que la cerveza es una bebida producida por la fermentación en agua de la malta y aromatizada con lúpulo y que se diferencia principalmente en sabor, graduación alcohólica, imagen y precio, entre otros factores, de otras bebidas alcohólicas. En función de ello, señaló que desde el punto de vista del consumidor, ese producto no guarda un alto grado de sustitución con las restantes bebidas alcohólicas.

Asimismo, en términos similares a aquellos a los que apeló para excluir del mercado relevante a otras bebidas alcohólicas, la resolución administrativa recurrió, respecto de la imposibilidad de sustituir el producto, a la jurisprudencia internacional. En concreto, citó lo decidido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Europea quienes definieron que el mercado involucrado en la operación de fusión a nivel mundial de ABI con la cervecera SAB MILLER abarca únicamente la cerveza, dado que “*se ha encontrado que otras bebidas con alcohol como*

vino y bebidas espirituosas no son sustitutos suficientes de la cerveza como para disciplinar un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del precio de la cerveza y relativamente escasos consumidores reducirían de manera sustancial su demanda de cerveza en caso de que ocurriera dicho aumento de precios” (conf. punto 517 del dictamen).

Por otra parte, a esta misma solución arribaron las autoridades de defensa de la competencia de distintas jurisdicciones que analizaron conductas anticompetitivas realizadas por productores de cerveza: Uruguay, República Dominicana, México, Chile, Colombia y Brasil, ente otros (v. Capítulo XIV Análisis de Jurisprudencia Comparada en el dictamen de la Comisión, puntos 441 al 499).

En lo relativo a este punto, CMQ hace referencia al informe económico del Dr. Diego Petrecolla y al informe de la consultora Millward Brown que fueron presentados en octubre de 2016 en la concentración económica entre Anheuser y Busch InBev y SABMiller -expediente administrativo Conc. 1375- y adjuntados a esta investigación el 14.01.21 (conf. archivo n°221 IF-2021-04052567-APN). Con sustento en esa prueba, afirma que se demostró la existencia de una significativa sustitución de la cerveza y otras bebidas alcohólicas como el vino, el fernet, los aperitivos y los espumantes.

Ahora bien, los datos a los que hace referencia la impugnante en este proceso, que refieren a la prueba producida en el expediente en el cual tramitó la concentración de empresas ya antes mencionada, fueron ponderados particularmente en el dictamen que en aquella oportunidad dictó la C.N.D.C., nuevamente, a la hora de definir el mercado relevante, noción que, como ya se señaló, se encuentra estrechamente vinculada con la posibilidad de sustitución de los productos (v. dictamen adjuntado como prueba por CMQ en la presentación del 19.03.21). Allí, la autoridad administrativa señaló en sus puntos 107 y 108 que:

“Las partes han propuesto extender el mercado relevante de producto para incorporar otras bebidas alcohólicas, particularmente: el Fernet, el americano, el vermut rojo y el vino de mesa. Dicha propuesta se basa entre otras cuestiones en estimaciones econométricas realizadas por cuenta y orden de las partes a los efectos de notificar la operación en Argentina, cuya conclusión es la siguiente: ‘La definición del mercado relevante del producto debería considerar la existencia de sustitución entre la cerveza y algunos productos, y la existencia de relaciones de largo plazo



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

y causales. En particular debería considerarse la posibilidad de incorporar al mercado relevante de la operación en cuestión a otras bebidas alcohólicas como el fernet, el americano, el vermut rojo (o los aperitivos en conjunto), y al vino genérico, e incluso debería estudiarse el caso de algunos productos, como los espumantes y los vermut blancos y secos, en los que si bien la cerveza no depende de forma directa de estos productos, en estos últimos la demanda si depende y se ve afectada por el precio y/o la demanda de cerveza'” (se aclara que lo entrecomillado en el dictamen refiere al informe de Diego Petrecolla, “Análisis econométrico de las relaciones entre la cerveza y otras bebidas alcohólicas” a fs. 340/371 del presente Expediente, estudio que consistió en la determinación de relaciones de largo plazo mediante testeos de cointegración, análisis de elasticidades para determinar sustitución, y testeos de causalidad entre las variables).

- Esta Comisión ha realizado otras estimaciones econométricas utilizando una serie de datos (referidos al período 2003-2015) cuya fuente es la consultora A. C. Nielsen que, si bien indican la existencia de cierta sustitución entre las distintas bebidas alcohólicas mencionadas, dicha sustitución no tiene la magnitud suficiente como para ampliar el mercado de producto relevante más allá de la cerveza. Dicho estudio consistió, en primer lugar, en la comparación entre la evolución de los precios reales de la cerveza y aquellos de las bebidas alcohólicas propuestas como sustitutas por las partes, así como también, en el cálculo de coeficientes de correlación simple entre las series de precios reales de la cerveza y las demás bebidas consideradas. En segundo lugar, se estimaron funciones de demanda explícitas para la cerveza y para el conjunto de todos los aperitivos (fernet, americano, vermut rojo y vermut seco) en pos de analizar si el precio real de cada uno de ellos se comportaba como una variable explicativa de la cantidad consumida del otro (el subrayado no corresponde al texto original).

En razón de lo expuesto, no pueden proceder las alegaciones que CMQ introduce sobre el punto, pues no existe razón para que este Tribunal considere arbitrario el temperamento administrativo al no otorgar relevancia a aquella prueba a los fines de determinar la posible sustitución de la cerveza por otras bebidas alcohólicas. Esto es así pues habiendo sido analizada y meritada la misma prueba en el marco del expediente en el que fue presentada, no se le asignó fuerza convictiva para acreditar tal extremo, lo que se traduce en una solución congruente por quien estaba llamado a

interpretar los alcances de aquel documento. Análisis que, por lo demás, fue realizado meritando las restantes pruebas aportadas y que se dirigieron a acreditar la posibilidad de sustitución del producto.

De allí que lo decidido por el ente especializado en la materia luzca sensato, dado que se corresponde con la manera en la que ya ha sido resuelta la cuestión y que, por cierto, también ha sido consentida por la empresa controlante de Cervecería Quilmes.

20.3. Oferta no replicable por parte de sus competidores.

Llega el turno de dedicar algunas reflexiones a este ítem particular, ante la insistencia de la firma impugnante respecto de que la oferta realizada por una empresa de la envergadura de CMQ puede ser replicada por sus competidores en el mercado en el que se desenvuelve. Varias han sido las características asignadas a la firma sancionada a partir de las cuales pudo concluirse que por el modo en que opera ésta en el mercado, ya sea por su estructura económica o territorial, por sus estrategias de comercialización o bien por sus niveles de inversión, un competidor igualmente eficiente no puede replicar su oferta.

En primer término, se tuvo en cuenta que Quilmes distribuye en Argentina de manera exclusiva un conjunto de bebidas que conforman una amplia cartera de productos que son comercializados conjuntamente con las cervezas, entre las que se encuentran aguas, gaseosas, aguas saborizadas, isotónicas, energizantes y vinos. A su vez, dentro de cada bebida detallada, la empresa cuenta con marcas bien posicionadas dentro de sus respectivos mercados. De allí que la autoridad administrativa sostiene que la cartera de bebidas que tiene disponible Cervecería Quilmes presenta una mayor extensión y comprende marcas de relevancia, dado lo cual no resulta replicable por su principal competidor en el mercado de cervezas (v. puntos 532, 533 y 534 del dictamen).

En la **Tabla nº9 Productos ofrecidos por las firmas CMQ y CCU**, se detalla que la empresa denunciada comercializa otras bebidas de las siguientes marcas: Eco de los Andes, Glaciar, Nestlé Pureza Vital (aguas); Pepsi (gaseosas); Awa Frut (aguas saborizadas); Gatorade (isotónicos); Red Bull (energizantes) y Dante Robino (vinos). En la siguiente columna, se detalla que en lo referente los productos comercializados por su principal competidora, no se ofrecen artículos para los rubros aguas, gaseosas, aguas saborizadas, isotónicos o energizantes. Solamente, se apunta en los rubros “Vinos” la marca La Celia y Eugenio



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Bustos, “Sidras” de la marca Real, 1888, La Victoria y Pehuena y “Licores y destilados” de las marcas El Abuelo, Mistral y Control C.

Según surge del dictamen de la C.N.D.C. el manejo de toda esta cartera de productos, al ser comercializados de manera conjunta con las cervezas de CMQ, le otorga un mejor posicionamiento a esta firma que tiende a la venta exclusiva de sus productos “aguas abajo” (minoristas), y que resulta imposible de replicar para los restantes actores del mercado.

En lo tocante a este punto, la impugnante vuelca argumentaciones insustanciales para modificar lo decidido al sostener, entre otras cosas, que las aguas comercializadas pertenecen a una empresa cuyo controlante es Nestlé. Es decir, que reconoce que su parte es la firma encargada de comercializar tales bebidas, pese a lo cual pretende introducir una fundamentación que en nada modifica el alcance asignado al manejo de una cartera de productos, al referir que su empresa no posee las marcas de agua. Pero el dictamen en ningún momento le atribuyó el carácter de propietario de las marcas que conforman ese listado de productos, sino que hizo mérito de las consecuencias que genera la negociación conjunta de toda la cartera con los minoristas, lo que en la práctica no puede ser igualado por sus competidores.

De allí que no se llegue a comprender cuál sería la incidencia de que CMQ no sea la propietaria de todas aquellas marcas, cuando lo que importa, en definitiva, para poder analizar su posición frente a los restantes competidores, es el comportamiento de comercializarlas con sus propios productos y el impacto negativo de ello para los restantes actores que integran el mercado.

A idéntica conclusión se debe arribar con respecto a la tergiversada postura que se le atribuye al órgano sancionador, en cuanto a que la mención de estos productos se contradice con la exclusión de bebidas no alcohólicas para definir el mercado relevante. Al respecto, de la motivación de la decisión administrativa queda sobradamente explicitado que la inclusión de otras bebidas en el análisis no guarda ninguna relación con el mercado relevante en el que debe ser analizada la conducta, sino que la comercialización de estos productos junto con las cervezas es un elemento que incide en el modo en que se plasma su oferta. Todos estos artículos, al ser ofrecidos de manera conjunta, permiten a los puntos de venta canalizar la adquisición de una pluralidad de productos a través de un único proveedor (conf. punto 673).

Por lo demás, pese a que CMQ niega la realización de este tipo de prácticas, existe prueba producida en la instrucción sumarial que da cuenta de lo contrario. Sobre este punto, el testigo Juan Manuel González Insfran –Secretario de la Cámara de Cerveceros Artesanales de Argentina– declaró que: *“Por lo general Quilmes tiene asociado Pepsi y ofrece todo su combo, toda su línea que ofrece a sus clientes, entonces sí hay alguna estrategia sobre ese punto. Sé que te entregan toda su línea de productos a un porcentaje menor. Menos que si lo compran al mayorista”* (conf. audiencia testimonial del 8.08.17, obrante a fs. 1287 de las copias certificadas del expediente administrativo). Corroborando dicho extremo, el presidente de la Asociación de Propietarios de Pizzerías y Casas de Empanadas, Manuel Jamardo, al ser consultado si junto con los descuentos pactados para el caso de que el proveedor también ofrezca bebidas sin alcohol, éstas son incluidas en la negociación, dijo que: *“Sí. Pueden ser incluidas en la negociación. Puede haber reducción de precio, productos promocionales para el local. Puede haber reducción del valor de otro producto, puede haber entrega de material publicitario a cambio de que compren el producto (...)”* (conf. audiencia testimonial del 2.11.17, obrante a fs. 1523vta/1524, de las copias certificadas antes citadas).

Todo ello, junto con otros extremos como lo es el caudal de sus inversiones, redundan en un beneficio significativamente relevante a la hora de posicionarse frente a los restantes oferentes.

En lo tocante a las inversiones que realiza en el mercado cervecero nacional, los argumentos que señala en el segundo párrafo de la página 42, a juicio del Tribunal no favorecen su postura en cuanto a la ausencia de posición dominante. Allí la impugnante señala que *“... con la pericia contable se demostraron las multimillonarias inversiones realizadas por CMQ durante el periodo investigado. La pericia prueba que CMQ invirtió a valores históricos la suma de \$2.828.475.389 en heladeras del 2013 al 2020, de \$19.019.911.701 en inversiones productivas y de \$9.014.508,779 en publicidad”*. Las opulentas cifras indicadas dan cuenta de la estructura económica y productiva de la empresa y determinan, sin mayores dudas, la imposibilidad de que cualquier competidor eficiente en el mercado de las cervezas las replique, sobre todo aquellos empresarios pequeños y medianos que actúan en el mismo mercado que la principal



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

empresa cervecera del país. Más allá de eso, las inversiones que pueda haber desembolsado no necesariamente excluyen la existencia de una situación de abuso de posición dominante.

En definitiva, con todos los elementos analizados y ante la contundencia que arrojan los números relativos a la participación de CMQ en el mercado relevante en ambos canales de venta, no cabe más que concluir que la posición dominante de esa empresa en el mercado quedó sobradamente acreditada.

XXI.- Sentado lo anterior, se debe recordar que ostentar una posición dominante no se encuentra prohibido ni es sancionable en sí mismo, dado que tal posición en el mercado puede derivar de prácticas comerciales legítimas. Empero, lo que sí resulta sancionable es el abuso que se haga de dicha posición.

Por otra parte, lo prohibido en el abuso de posición dominante es una particular forma de actividad comercial, una práctica abusiva que, aunque evidencie una pluralidad de actos particulares, responde a una manifiesta actividad típica constitutiva de una unidad de acción (conf. C.S.J.N. *Fallos*: 325:1702, ya citada). Se debe tener presente que no toda violación al ordenamiento jurídico genera, necesariamente y en todo el universo de situaciones, una ventaja competitiva al infractor y un perjuicio especial a sus competidores, sino que se debe justificar cuál es la práctica anticompetitiva que se está llevando a cabo; en qué condiciones y con qué alcances sus efectos afectan a la empresa, en forma personal y concreta, causando un menoscabo serio en las condiciones de competencia; y cómo queda demostrada la relación causal entre los incumplimientos que se imputaban a la demandada y los perjuicios en cabeza de la demandante (conf. C.S.J.N. *Fallos* 342:853).

En el *sub lite*, se sancionó a CMQ por encontrar que su comportamiento encuadraba en las siguientes conductas prohibidas: 1) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; 2) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; y 3) Sujetar la compra o

venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero (art. 3, incisos b), d) y g) de la Ley N°27.442).

En razón de ello, resulta necesario señalar que los “abusos exclusorios” son aquellas conductas que eliminan o debilitan sustancialmente la competencia por parte de los competidores existentes o que erigen o refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando la competencia potencial. Estos efectos de los abusos de posición dominante de carácter exclusorio dan lugar a lo que se denomina "cierre anticompetitivo del mercado", situación en la que la eliminación o debilitamiento de la competencia actual o potencial hace probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios, o afectar otras variables competitivas relevantes como la calidad, la variedad, la disponibilidad de bienes y servicios o la innovación, en detrimento de los consumidores (conf. HEREDIA, Pablo D. “Abuso de posición dominante...”, op cit).

Además, se debe señalar que la LDC contempla las conductas que tiendan tanto a impedir, como a obstaculizar o dificultar el acceso a los mercados. En consecuencia, no es necesario que los acuerdos o prácticas concertadas tiendan a hacer imposible la participación de ciertas empresas en determinado sector económico, sino que bastará con que hagan tal participación más difícil, lo que, en términos de conductas relacionadas con la producción de bienes y servicios, quiere decir más onerosos (conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho Antimonopólico...* op. cit. T. 1, pág. 642).

En este caso particular, la autoridad de control tuvo por demostrada la concesión de los beneficios comerciales a los puntos de venta en ambos canales, mantenida por CMQ en tanto y en cuanto el cliente haya respetado las normas impartidas por la empresa dominante. Esos beneficios se denominan “retroactivos” por encontrarse sujetos al desempeño del cliente en un período posterior a su entrega. A diferencia de lo que ocurre con los descuentos incrementales, aplicados únicamente sobre una parte de la demanda, generalmente sobre la porción de las compras que excede un determinado umbral, los descuentos retroactivos se aplican sobre el total del volumen adquirido cuando la meta estipulada es cumplida, o bien se retiran por completo cuando la meta no es cumplida. En otras palabras, los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado ya que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

tornan menos atractivo para los clientes la compra de productos de la competencia, máxime cuando se trata de un pequeño volumen, siendo que esto implica la pérdida de los descuentos retroactivos (conf. puntos 832 y 833).

De conformidad con lo señalado en el punto 834 del dictamen, la estrategia anticompetitiva de CMQ consiste precisamente, en ligar, mediante determinadas imposiciones –que serán analizadas a continuación-, esa parte de las ventas que aquella tendría por su relevancia y el poder de mercado de sus marcas (demanda no contestable por un competidor), con aquella parte de la demanda que se encontraría en disputa entre los distintos oferentes, de no ser por la conducta exclusoria (demanda contestable). Ello deriva en que, en caso de querer ingresar al mercado un competidor, deba hacerlo necesariamente a gran escala para poder hacer frente a la estrategia monopolizadora de la dominante, y captar una parte significativa del mercado. Lógicamente, esa necesidad obstaculizada o bien imposibilita el acceso al mercado. Aun en aquellos casos en que el entrante sea tan eficiente como CMQ, y debido a la posición que dicha cervecera sostiene dentro del mercado, el margen para la conquista de clientes por parte de un hipotético entrante es muy estrecho.

De allí que, según la autoridad sancionadora, las prácticas investigadas reúnen sobradamente los elementos necesarios para configurar un cierre del mercado nacional de producción y distribución de cervezas implicando un aumento de los costos a los competidores que desean expandir la oferta. Las prácticas dificultan un crecimiento vigoroso de la competencia.

XXII.- En los siguientes Considerandos se pasará, entonces, a analizar el comportamiento de la firma cervecera en cada uno de los canales de venta del producto, de acuerdo con las conductas que la resolución secretarial tuvo por demostradas y las pruebas a las que hace alusión la impugnante para refutar el temperamento administrativo. Estas conductas o prácticas, según el organismo de control, se materializan a través de un conjunto de estrategias de fidelización que tienen como objetivo establecer espacios exclusivos de venta minorista, generando un cierre vertical de mercado para los competidores actuales y potenciales.

Desde este panorama, hay que recordar que existen ciertos mecanismos de descuentos y condiciones comerciales dirigidos a distribuidores/revendedores que, considerados en forma aislada e individual,

no constituirían prácticas claramente anticompetitivas pero, por su forma de utilización y su objetivo final (excluir a la competencia), sí podrían llegar a serlo (conf. LIEFELDT, Luciana Marina “Descuentos y beneficios comerciales como prácticas anticompetitivas”, La Ley, cita online AR/DOC/3824/2017).

Según surge del punto 70 del Dictamen, la conducta desplegada en ambos canales de venta de cervezas tiene como efecto un ulterior incremento en las barreras de entrada al mercado de producción y distribución de cerveza. Los instrumentos de fidelización que dan origen a la conducta denunciada pueden resumirse en las siguientes:

1. a) Venta exclusiva a cambio de contratos de publicidad, mobiliario y descuentos en los canales *On Premise*;
2. b) Venta de productos en cartera aplicando descuentos progresivos sobre distintos productos en los canales *On Premise*;
3. c) Descuentos y beneficios en los canales *Off Premise*, principalmente en supermercados, autoservicios y almacenes de gran tamaño; a cambio de espacios en góndolas y punteras;
4. d) Exclusividad en el uso de heladeras en los segmentos *On Premise* y *Off Premise*.

El ente de control tuvo por demostrado que la configuración de las estrategias comerciales de CMQ, empresa con posición dominante en el mercado aguas arriba, al generar puntos de ventas y espacios exclusivos para la venta de productos, realiza un cierre vertical del mercado de producción y distribución de cervezas para sus competidores actuales y potenciales.

XXIII.- A continuación, se abordarán los aspectos relativos a las prácticas que la resolución secretarial consideró acreditadas dentro del canal *On Premise* (bares, pubs y restaurantes). En este segmento, se le adjudicó a CMQ realizar políticas de fidelización, en forma de acuerdos de exclusividad, donde se le entrega mobiliario, choperas y heladeras en comodato, descuentos y mercadería gratis a los PDV, exigiendo y obteniendo finalmente la venta exclusiva de sus productos, no replicables en la misma magnitud ni bajo las mismas condiciones por un competidor igualmente eficiente.

En este canal, la autoridad de control comprobó que la restricción vertical anticompetitiva resultaba de la celebración de acuerdos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

escritos y/o verbales de publicidad y promoción exclusiva por parte de CMQ con restaurantes, bares, pizzerías, pubs, discotecas y similares puntos de venta del canal *On Premise*, que en la práctica resultaron en la venta exclusiva de cervezas de Cervecería Quilmes. A su vez, sostuvo que dichos incentivos se potenciaban con los significativos descuentos en cervezas (no necesariamente relacionados con el volumen de compras, sino con el solo hecho de la fidelidad a las marcas), como así también, con descuentos y bonificaciones en gaseosas, aguas saborizadas y aguas minerales, resultando estos últimos ofrecimientos, imposibles de equiparar y/o replicar por los competidores de Quilmes en el mercado de cerveza, que no poseen dichos productos para la venta (conf. punto 355).

Asimismo, fundó su decisión en muchas de las pruebas rendidas en el proceso sumarial. Destacó que en las audiencias testimoniales celebradas y en la información recabada, se verificó que existían descuentos distintos para aquellos puntos de venta que sólo ofrecieran productos de CMQ en su carta y para aquellos puntos de venta que ofrecieran productos tanto de Quilmes como de la competencia, accediendo los primeros a descuentos significativos y no relacionados con el volumen adquirido, mientras que los segundos accedían a descuentos significativamente menores y sujetos a la compra de grandes volúmenes (descuentos por cantidad). Sostuvo que el contraste en el tratamiento de los dos tipos de locales, los descuentos otorgados a aquellos que no comercializan cervezas de la competencia eran –en los hechos– descuentos que remuneran la exclusividad respecto de las marcas de la firma sancionada. Agregó que la prueba recabada en la instrucción en este canal de ventas, que incluyó además de las audiencias testimoniales y la prueba informativa, prueba documental como actas de constatación notarial en distintos puntos del territorio nacional, como asimismo informes económicos, demostró que aquellos comercios que contaban con mobiliario, equipos y enseres gastronómicos provistos por CMQ como “material publicitario” y/o que recibían todo tipo de beneficios monetarios y condiciones comerciales diferenciales, no ofrecían en sus cartas productos de competidores de Cervecería Quilmes (puntos 356 y 357).

En particular, se refirió en el punto 358 del Dictamen al caso de las cervecerías artesanales, donde la C.N.D.C. observó una política de marketing distinta, que no contempla la entrega de mobiliario, enseres gastronómicos con distintivos publicitarios, etc., sino que se verificó que se

otorgan mayores descuentos respecto del precio del producto. El otorgamiento de descuentos significativos por cantidad surge como el instrumento más evidente para desarrollar la marca “PATAGONIA” de CMQ en este canal. Es dable destacar que, en este caso puntual, en el que el punto de venta no enfrenta restricción vertical alguna y tiene libertad para ofrecer cualquier marca de cerveza, a la postre, resulta que el precio al consumidor final de la marca “PATAGONIA”, es sustancialmente menor que en aquellos locales donde opera la restricción vertical (la exclusividad) que se objeta respecto de CMQ. Eso lo demuestran las pruebas rendidas en la causa que constatan que esa marca de cerveza que compite con la cerveza artesanal, es comercializada por la firma sancionada, en algunos casos, hasta en un 50% por debajo de su precio, lo que coloca a los restantes productores de cervezas artesanales muy por debajo de sus precios (conf. audiencia testimonial obrante a fs. 1290 y factura de fs. 2190 de las copias certificadas).

XXIV.- En sus críticas, la impugnante no controvierte la existencia de descuentos y promociones, como así tampoco los acuerdos de publicidad exclusiva que se le endilgan con los PDV, sino que señala que ello no afecta la competencia porque no implica la exclusividad en la venta de sus productos. En resumen, su posición se justifica en que la resolución sancionatoria confunde exclusividades de publicidad y promoción con exclusividad de venta y que su parte es un enérgico competidor que otorga descuentos, bonificaciones, beneficios y promociones en los PDV, pero que ello no está condicionado a exclusividad de venta alguna, motivo por el cual su proceder no es restrictivo ni excluyente de la competencia.

A continuación se repasarán algunas de las pruebas producidas en las actuaciones administrativas que determinan si es correcta la solución a la que arriba la autoridad de control respecto de que los comportamientos endilgados a CMQ, en la práctica, se traducen en la venta exclusiva de sus cervezas en los distintos PDV a lo largo del territorio nacional.

Desde ya se adelanta que, contrario a lo sostenido por CMQ, la resolución secretarial no confunde la exclusividad de publicidad con la exclusividad de venta, sino que justificadamente señala que la primera de ellas –exclusividad de publicidad- junto con otras conductas de la investigada –beneficios, promociones, descuentos y entrega de mobiliario-, redundan en la práctica en una exclusividad de venta en los PDV.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

La compulsa de las constancias obrantes en el expediente, acreditan este extremo, motivo por el cual, el Tribunal no se apartará de las conclusiones a las que arribó la Secretaría de Comercio Interior.

En el dictamen que precedió la decisión administrativa, la Comisión formuló un sigiloso repaso de la prueba -instrumental, informativa, testimonial e inspecciones llevadas a cabo por los funcionarios de ese organismo- de la que surge sin mayores dudas que las prácticas reconocidas por Cervecería Quilmes -promociones, descuentos y exclusividad publicitaria- se transforman, en la práctica, en la exclusividad de la venta de los productos de esa firma. En cuanto al análisis probatorio, valdría con remitirse a los puntos 358 al 363 y 586 al 619, en los cuales el organismo versado en la materia formuló un análisis de esas constancias y el impacto que las estrategias desarrolladas por la investigada tuvo en los PDV a la hora de comercializar sus productos de manera exclusiva.

Sin perjuicio de la exactitud con la que ha sido ponderada cada una de esas pruebas, este Tribunal va a formular algunas apreciaciones complementarias acerca de la impresión que trae aparejada la detenida compulsas del proceso sumarial, atendiendo para ello a los cuestionamientos que CMQ señala con relación a la ponderación realizada de alguna de esas evidencias.

24.1. En los Anexos IV y V de la denuncia presentada por CCU-CICSA, se adjuntaron diversas actas notariales labradas ante el requerimiento de esas empresas, y en las cuales se constata la venta exclusiva de productos de Cervecería Quilmes en PDV inspeccionados en distintas ciudades del país (conf. fs. 11/78 de las copias certificadas del expediente administrativo). En efecto, se procedió al relevamiento de locales comerciales en Salta, Tucumán, Rosario, Santa Fe, Mendoza, Córdoba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Plata y Mar del Plata (en total 101 negocios) y, en la gran mayoría de ellos (78 locales), las personas consultadas manifestaron comercializar únicamente cervezas de marcas propiedad de CMQ (Quilmes, Stella Artois, Patagonia, Corona). Algunos de los cuales, incluso, manifestaron tener convenio de exclusividad con Quilmes. También se adjuntaron fotografías certificadas de las copias de los menús que constatan la existencia de ofertas de cervezas únicamente con marcas de la firma investigada.

Aun cuando se encuentre cuestionada la validez probatoria de aquellos instrumentos, la cuestión ya fue zanjada en el Considerando XV de

la presente al analizar los alcances que cabe asignarle a esas constataciones. De allí que la circunstancia de que se trate de datos recolectados a requerimiento de las denunciantes de ninguna manera le resta eficacia para probar los extremos, en la medida en que el contenido que surge de esos actos no ha de ser meritosos como prueba única de la infracción, sino valorado con las restantes probanzas que reafirman lo que con ello se intentó demostrar.

24.2. Por otro lado, CCU-CICSA adjuntaron como complemento de las actas notariales el día 22.08.16, el informe del Estudio sobre Exclusividad en el canal *On Premise* Categoría Cervezas, cuyo objetivo principal fue obtener una demostración científica sobre la dinámica de venta de cervezas en el referido canal en la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, para así entender cómo está conformada la oferta de cervezas en dicho canal. En lo que aquí interesa, este trabajo intentó dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Cuál es la relación entre la oferta de cerveza y el material publicitario de la categoría?

De ese informe, se puede extraer una serie de conclusiones: a) La dinámica del mercado de cervezas en el canal *On Premise* presenta un nivel de exclusividad muy alto (72,2%). Es decir que el 72,2% de las tiendas *On Premise* ubicados en C.A.B.A. y GBA trabajan con sólo un fabricante; b) *A contrario sensu*, sólo en un 27,8% las empresas fabricantes de cerveza conviven sin exclusividad; c) Dentro de ese nivel de exclusividad, el 83,4% corresponde a presencia exclusiva de CMQ, mientras que los restantes 11,6% y 5,0% le corresponden a CCU y Casa Isenbeck respectivamente; d) Aun en el segmento de convivencia y no exclusividad, Quilmes está presente en el 96,1% del segmento; e) El 97,9% de los comercios que tienen publicidad de CMQ tienen exclusividad con este fabricante; f) El segmento con mayor publicidad es aquel que tiene material de CMQ y dentro de este segmento, el que presenta mayor nivel de exclusividad es el de CMQ nuevamente; y g) Aun en el segmento “sin publicidad”, la sancionada sigue siendo la empresa con mayor nivel de exclusividad (conf. fs. 294/309, con un error en la foliatura que salta al n° 400/405 de las copias certificadas reservadas en Secretaría).

La impugnante realizó cuestionó la eficacia probatoria de este informe, partiendo de la muestra sobre la cual se practicó el estudio –pues dice que responde a una selección unilateral de 15.800 PDV enlistados por la representación letrada de las denunciantes-, como así también del hecho



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de que la Comisión no requirió explicaciones, ni solicitó los papeles de trabajo que avalaran esos datos. De allí que cita el documento elaborado por los doctores Petrecolla y Uriztondo, adjuntados con su defensa, en los que se señalan las deficiencias técnicas que se le atribuyen a esas estadísticas (conf. págs. 84/86 de la impugnación judicial).

Ahora bien, al margen de poner de resalto que el informe discutido también ha sido meritado por este Tribunal con la prudencia del caso por tratarse, justamente, de un instrumento elaborado ante el requerimiento de una de las denunciadas, deben señalarse dos cuestiones que impiden descartar las conclusiones a las que allí se arriban.

Primeramente, se debe puntualizar que una muestra de 15.800, aun cuando se trata de locales preseleccionados por el estudio jurídico que representa a las denunciadas, no le quita rigurosidad al informe, si se tiene en cuenta que responde a un número bastante significativo de comercios en la zona de CABA y Provincia de Buenos Aires. Por otro lado, CMQ invoca las falencias que observa en el estudio sobre exclusividades antes mencionadas, mas no aporta ningún dato empírico que contradiga esas afirmaciones y favorezca su postura relativa a la falta de incidencia entre la exclusividad publicitaria y su impacto directo en la exclusividad de venta de sus productos. Dicho de otro modo, bien pudo haberse formulado un análisis de una cantidad similar de PDV, escogidos de manera aleatoria –defecto que le atribuye al informe de Exera- con aptitud para refutar todos esos datos, a fin de zanjar cualquier duda en cuanto a la relación entre la exclusividad publicitaria y la oferta exclusiva de sus productos.

Nótese, al respecto, que en el documento elaborado por el Dr. Petrecolla, titulado “Análisis de la denuncia de CCU a CMQ” adjuntado como prueba documental por CMQ en oportunidad de contestar el traslado del artículo 41 de la LDC, se formulan consideraciones generales respecto de las exclusividades y el impacto pro activo que el profesional le asigna a ese tipo de prácticas en el mercado, para refutar el efecto que la Comisión le asigna a esos acuerdos al implicar barreras en la entrada u obstaculizar la permanencia. En gran medida, los fundamentos de aquel informe se basan en que la firma denunciante CCU no perdió posicionamiento en el mercado –incluso tuvo cierto crecimiento- y que las firmas que se dedican a la comercialización de cervezas artesanales, también aumentaron su participación en el mercado. Mas en ningún momento, aquellos datos contradicen la hipótesis en la que se sustenta el castigo, en cuanto a la

evidente relación entre la exclusividad publicitaria y su traducción, en los hechos, en una venta exclusiva de productos de Quilmes (conf. págs. 175/219 del archivo 17 del CD reservado en Secretaría, en particular Anexo I. Acuerdos de Exclusividad Procompetitivos).

Del mismo modo, en la actualización de ese informe elaborada en mayo de 2021 (conf. archivo 809 del CD indicado), tampoco se aportan elementos para refutar la tesis en la que justifica la sanción. En esa investigación, el profesional que la realizó concluyó que “... *si bien en el mercado se han detectado descuentos, promociones y otros beneficios otorgados a los puntos de venta, estas no constituyen una vulneración de la competencia en el mercado, en cuanto son prácticas extendidas en el mismo (realizadas por los distintos productores de cerveza) que generan ganancias de eficiencia de las que se benefician todos los agentes económicos participantes. Estos resultados muestran que no puede sostenerse que los esquemas de publicidad exclusiva y descuentos negociados, incluyendo los existentes entre CMQ y sus proveedores, tengan por objeto o efecto desplazar a competidores o establecer una barrera a la entrada para la comercialización de los productos de los competidores de CMQ. Asimismo, tampoco tiene un efecto negativo sobre los consumidores. Por el contrario, se justifican por razones de eficiencia, por lo que de prohibirse la implementación de este tipo de acuerdos verticales el efecto puede ser el contrario al que promueve la competencia: una suba de precios*”.

Sin poner en duda la calidad profesional de quien lo redacta, lo cierto es que ni a lo largo de ese documento, ni en sus reflexiones finales, se aportan elementos que refuten las implicancias de estos acuerdos en la venta exclusiva de productos en los locales, sino que afirma los beneficios de estas prácticas en el mercado. No se advierte ponderado en ese análisis un dato clave en el entender de la Comisión, que es la posición de quien lleva a cabo estas prácticas, para considerarlas exclusorias de la competencia.

Por otra parte, en el instrumento suscripto por el Dr. Santiago Urbiztondo, el profesional dice que “*Es un hecho no controvertido que CMQ, así como también CCU, tienen acuerdos de exclusividad con distintos puntos de venta en el canal on premise*”, pero sostiene que no se ha demostrado empíricamente que existan acuerdos generalizados de exclusividad en los puntos de venta *On Premise*. Considera que la realidad de las negociaciones en ese canal frecuentemente es diferente a la planteada



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

por la Comisión, ya que son los puntos de venta quienes solicitan descuentos y material de apoyo, ofreciendo ellos un compromiso de exclusividad. Estas conclusiones, pueden comprenderse desde la lectura general y el punto de partida desde el cual se analiza el comportamiento que es el desconocimiento de la posición dominante que CMQ tiene en el mercado nacional de la cerveza (conf. punto 1. del documento titulado “El abuso de la posición dominante de CMQ: análisis económico de la imputación hecha por la CNDC”, obrante en el archivo 17, pág. 2074 y ssges.). Es decir, que la inocuidad que le atribuye a las prácticas desarrolladas por la firma sancionada o la atribución del ofrecimiento de exclusividad por parte de los PDV, soslaya un elemento determinante. Al igual que respecto del aporte del Dr. Petrecolla, no se meritúa que quien realiza estas prácticas no es un actor común en el mercado, sino un sujeto que, por su poder dominante, se encuentra en condiciones de establecer las reglas de comercialización de estos productos.

24.3. Párrafo aparte merecen los distintos testimonios rendidos en el proceso sumarial. En varias de las deposiciones que surgen de la instrucción, se evidencia que la exclusividad de venta de los productos se produce, en la práctica, en los comercios que tienen algún convenio publicitario o un conjunto de beneficios y/o promociones por parte de la firma cervecera.

El señor Jorge Marcelo Sánchez Carrizo –titular de “LA Esquina de Manolo SH, nombre de fantasía “Porto Pirata”, declaró el 4.07.17, al ser consultado respecto de si CMQ le prohibía comercializar otras marcas de cerveza que no son de su propiedad, que *“No, no me prohíbe, quizá he firmado algún acuerdo, pero no prohibición. He firmado acuerdos de exclusividad en términos de dar mayor apoyo a la marca, exhibirla más, para que yo le dé un poco de marketing, por ejemplo, en los menús figure el logo de QUILMES. Si sé que hay un compromiso de ambas partes, por un lado QUILMES en cuanto a la bonificación y por nuestra parte de tener las heladeras con productos de ellos, poner marca QUILMES en menús, en la pizarra. QUILMES nos provee los equipos de frío de las chopperas en comodato”*. Seguidamente, al ser consultado con relación a si mantiene acuerdos y/o convenios de exclusividad con su proveedor de bebidas, sostuvo que *“Si he firmado, he firmado por la cerveza únicamente, no con otras bebidas. Solo tengo convenios por cervezas”*. Además, señaló que únicamente puede exhibir en las heladeras

que entrega en comodato CMQ, los productos pertenecientes a esa marca. Finalmente agregó que *“No compro otros productos, se entiende que si compro QUILMES ofrezco y vendo QUILMES. Tengo otras marcas, PATAGONIA y CORONA”*.

En el mismo sentido, dio su testimonio la Sra. Patricia Alejandra Faces, del bar de nombre de fantasía “Bohemia”, quien el día 11 de julio de 2017, testificó respecto de la exclusividad en el uso de las heladeras y el control que a tales efectos realizan los supervisores de CMQ. Además, indicó que hacía mucho tiempo que no trabajaba con otra línea que no sea la de Cervecería Quilmes (conf. fs. 645/647 de las copias certificadas).

Otro dato relevante son los dichos del testigo Marcelo Torres Mayorga –Gerente del canal *On Premise* de CMQ-, quien dijo que no era habitual *“... que haya en las cartas o menús productos de la competencia de QUILMES en aquellos puntos de venta donde QUILMES tiene presencia de material publicitario”* (conf. fs. 1498vta. de las copias certificadas).

Del mismo modo, en su declaración testimonial del 2.11.17, el señor Manuel Jamardo -Presidente de la Asociación de Propietarios de Pizzerías y Casas de Empanadas y propietario de la cadena de pizzerías “La Continental”, dio cuenta de algunos aspectos relativos a las exclusividades que se pactan en el mercado. Así, refirió que *“La exclusividad es vender únicamente el producto de la empresa de cerveza que pacta exclusividad y como contraprestación tiene beneficios como: mantenimiento de marquesina, luz de la marquesina, cientos de productos sin cargo, que cada uno de los empresarios sepa negociar”*. A continuación, aclaró que en su caso particular *“... nunca ha tenido un convenio por escrito con QUILMES, nunca me han reclamado por escrito una exclusividad”* (el énfasis lo coloca el Tribunal porque el testigo reitera la ausencia de forma escrita, pero en sus dichos no se descarta la existencia de convenios verbales). A continuación, el deponente sostuvo que en el caso de su empresa, las únicas marcas que comercializan son “Quilmes” y “Stella Artois”. En otras de las preguntas que se le formuló para que diga si con los descuentos pactados, para el caso de que el proveedor también ofrezca bebidas sin alcohol, éstas son incluidas en la negociación, dijo *“Si. Pueden ser incluidas en la negociación. Puede haber reducción de precio, productos promocionales para el local. Puede haber reducción del valor de otro producto, puede haber entrega de material publicitario a cambio de que compren el producto lo cual implica reducción en mis costos”*. Con respecto al uso de las heladeras, relató que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

son de cada empresa y dentro se mezclan los productos únicamente de esa empresa. Añadió la dificultad del cambio de proveedor por la logística que ello genera y que jamás trabajó con otra marca en sus negocios (conf. fs. 1524/5 de las copias certificadas).

Relativo a este testimonio, llama la atención que, en oportunidad de formular sus propias preguntas, el representante de CMQ se limitó a realizar un interrogatorio a los fines de determinar la cantidad de proveedores de otros rubros (café, mozzarella o queso) aparentemente para acreditar que la elección de un único proveedor responde a una elección del propio PDV. Empero, esta cuestión no parece trasladable al mercado de la cerveza, cuyas particularidades –entre las que se encuentra que la participación mayoritaria en el mercado está concentrada en un 75% en un mismo proveedor- ameritaron el análisis exhaustivo del organismo de control y dieron lugar a la sanción.

Finalmente, el presidente de la Cámara Argentina de Productores de Cerveza Artesanal (CAPCA), señor Aníbal Loggia, en la audiencia testimonial llevada a cabo el 03.11.17, describió las barreras a la entrada para ingresar en el mercado de cervezas, en ambos canales. Sostuvo que *“Como presidente recibo comentarios de socios que tienen inconvenientes de vender sus botellas principalmente en bares, precisamente porque les dicen que tienen contratos con QUILMES, porque les ponen la sombrilla, el cenicero, el posa vasos, la heladera, etc. a cambio de que no permitan de que entre ninguna otra marca de cervezas, es decir, que el punto de venta no venda otra marca de cervezas, me informan que pasa esto en distintos lugares de todo el país. En lo personal, si bien me considero uno de los de la primera generación en cerveza artesanal en el país me fue muy muy difícil entrar en el mercado por esta misma temática que ya indiqué. Inclusive tuve algún caso de algún restaurant que me compró y al poco tiempo, fueron de QUILMES, vieron que vendían mi cerveza y le dijeron que la retire, que no me compren más o de lo contrario le iban a retirar la heladera, eso puntualmente en Villa Ballester. Asimismo, en Bar Isidro, donde toda la decoración es QUILMES estuve hablando con el encargado para ofrecerle mi producto y me contestó que QUILMES solo le cobra el 10% de la cerveza que le provee, el resto se la da gratis a cambio de tanta decoración. Me dijo “imagínate la guita que gano con esto, no te voy a comprar a vos, sino pierdo plata, acá tengo la cerveza gratis”*. El testigo dio cuenta, asimismo, de los impedimentos al

ingreso a la comercialización en el canal *on premise*, al referir que “*En bares que venden cerveza y venden QUILMES definitivamente no. Los puntos de venta del canal on premise no nos compran por esa razón, no se encuentra vinculado con el volumen que maneje una cervecería. Respecto de los barriles, en los bares donde se vende QUILMES no venden barriles de otras empresas. En los bares que venden QUILMES, venden todo el paquete de esta firma, gaseosas, aguas, etc.*” (conf. fs. 1529/1531 de las copias certificadas).

Sumado a este último testimonio, puede mencionarse la presentación efectuada el día 5.07.17 por la Cámara de Cerveceros Artesanales de Argentina en el procedimiento sumarial que tuvo como espíritu acompañar, respaldar y apoyar los fundamentos de la denuncia realizada por Otro Mundo, sosteniendo que las empresas que aglutina son perjudicadas de manera directa por el abuso de posición dominante que ejerce en el mercado cervecero CMQ al restringir la oferta en los principales puntos de venta como bares y supermercados mediante conductas violatorias de la LDC.

En una misiva dirigida al Ministerio de Producción de la Nación, el Presidente de CAPCA, que agrupa a más de 600 productores artesanales de cerveza, solidarizándose con la denuncia efectuada por Otro Mundo, señaló que “... *la posición nítidamente dominante del mercado que ostenta la firma Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y que ejerce abusivamente con prácticas anticompetitivas, atenta contra el desarrollo de nuestra actividad impidiendo la libre competencia y bloquea nuestras posibilidades de crecimiento. Los pequeños emprendimientos personales y familiares que representamos como Cámara no cuentan ni podrían contar con medios eficientes más que su entusiasmo, su esfuerzo personal y su responsabilidad para desarrollar productos que merecen tener la posibilidad de competir lealmente en un mercado abierto. Las políticas comerciales de Quilmes abusan de su posición dominante, imponen exclusividades y prácticas monopólicas que aquí se investigan y debieran evitarse, impiden esa posibilidad*” (conf. fs. 1240 de las copias certificadas).

No se puede soslayar que ante las dificultades para acreditar la existencia de conductas como la sancionada –de lo cual ya se hizo mérito en esta resolución–, la prueba testimonial adquiere particular trascendencia, máxime cuando las declaraciones citadas son concordantes entre sí y con los



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

otros elementos de juicio, en cuanto a la escasa competencia en el mercado involucrado, o a las limitaciones, restricciones y distorsiones mencionadas (conf. Sala III, causa n°7748/05, antes citada).

24.4. En lo relativo a la documentación adjuntada el 24.07.17 por Cervecería Quilmes ante el requerimiento del organismo administrativo, se observa una serie de contratos de publicidad y promoción exclusiva, cuyos alcances han sido correctamente interpretados por la autoridad sancionatoria bajo el acápite “*XV.9. Venta exclusiva a cambio de contratos de publicidad, mobiliario y descuentos en los canales On Premise*” (conf. puntos 684 al 717 del dictamen). A través de un pormenorizado detalle de los instrumentos y las cláusulas que los conforman, se logró demostrar la mayor integración vertical que posee CMQ mediante la suscripción de este tipo de contratos de exclusividad que refuerza la posición con la que cuenta en el mercado.

Sobre este punto, al margen de la insistencia de la impugnante relativa a que los convenios son sólo de publicidad y no de venta, no refuta de manera concreta la interpretación que la Comisión formula de esos instrumentos privados, ni ilustra sobre que los alcances que se le asigna a esos acuerdos sean desatinados.

Por lo demás, otro dato que no impresiona como menor es aquel que surge de las “propuestas definitivas de exhibición publicitaria y promoción de los productos”, acompañadas por Quilmes en las actuaciones administrativas. En el modelo de propuesta obrante a fs. 702 de las copias certificadas del trámite sumarial, se desprende bajo el punto (c) “Compromisos del Comercio”, tres ítems diferenciados: i) Publicidad: Permitir la publicidad interna, externa y la realización de eventos según los lineamientos de CMQ; ii) Exclusividad en los rubros cervezas y aguas minerales y saborizadas; y iii) Otros compromisos: Carta con Logos,/Gap de precio/ Promoción/ Uso de vasos y copas de la marca (el subrayado no corresponde al texto original).

Si bien es cierto que la frase destacada no tiene mayores precisiones, también lo es que en la interpretación de su significado no se puede prescindir de los demás elementos probatorios incorporados a la causa, que han sido examinados precedentemente. Es decir que existe como punto separado un acuerdo que prevé la “exclusividad en el rubro cervezas”, sin que nada permita inferir que esa exclusividad obedezca únicamente a la cuestión publicitaria indicada en el punto i) y no a la venta de los artículos.

24.5. Por último, resulta pertinente dedicar algunas palabras a otro de los vértices en los que CMQ apoya su defensa, cuando reiteradamente justifica su proceder en el hecho de que su principal competidora realiza las mismas prácticas en cuanto al otorgamiento de beneficios, promociones y acuerdos de exclusividad publicitaria en algunos PDV. Así es que en su impugnación se agravia porque la sanción desconoce que este tipo de acuerdos son comunes en la industria de las bebidas y similares a los suscriptos por la propia CCU, como la denunciante reconoció en el expediente administrativo (conf. pág. 73). Esto justifica que, en gran medida, la prueba ofrecida por Cervecería Quilmes en oportunidad de contestar el traslado del artículo 41 de la Ley N°27.442 se encuentre dirigida a demostrar la existencia de acuerdos de exclusividad por parte de las denunciadas (conf. punto VII).

Sobre el particular, se debe mencionar que ni CCU ni CICSA ni la propia Comisión desconocen la realización de estas prácticas. Es más, quien se presentó a ratificar las denuncias en representación de CCU-CICSA en la audiencia del 13.04.16, al ser interrogado por la Comisión en cuanto a los términos de acuerdos de exclusividad celebrados entre esas empresas y los PDV en el canal *On Premise*, respondió que: *“Es un contrato de exclusividad en cuanto a la exhibición de publicidad en el que generalmente la misma es a cambio de una contraprestación nuestra que puede ser bonificaciones o descuentos incluso fee. Queremos resaltar que en la práctica se traduce en que el punto de venta no comercializa marcas de la competencia. Nosotros recurrimos en ciertos casos a celebrar este tipo de acuerdo para mantener cierta presencia en un canal tan relevante para la industria como es el canal On Premise”* (conf. fs. 125 de las copias certificadas).

Asimismo, en sede administrativa, se ponderó la declaración testimonial del señor Nicolás Agustín Rubino -gerente de marketing y *On Premise* de la firma CCU-, quien en su declaración del día 25 de agosto de 2017 sostuvo que la firma CICSA celebra dos tipos de acuerdos con los puntos de venta de ese canal. Unos acuerdos son formales, dentro de un contrato de exclusividad de publicidad que incluye el pago de una remuneración en dinero, un beneficio comercial que puede ser un descuento en producto o uno sin cargo. Además, en otros puntos de venta se suscriben acuerdos no formales, “sin contrato”, con beneficios de descuento y productos sin cargo. En ambos acuerdos, uno de los beneficios es la entrega



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de material de publicidad como carteles, equipos de frío, toldos, etc. Indicó que “*lo que pasa en el mercado, en ambos casos, con o sin contrato, en definitiva, lo que termina pasando tácitamente en la práctica es que eso es un acuerdo de exclusividad de venta. Estos tipos de acuerdos terminan siendo exclusorios de venta, otro fabricante no puede vender. Esto es una práctica de todo el mercado y que en definitiva CCU la hace porque son las reglas de mercado y quien impone estas reglas es el líder, QUILMES*”. Sostuvo que en caso de que el punto de venta que tiene una relación de exclusividad en la publicidad con CCU comience a vender productos de alguna empresa de la competencia, la consecuencia es la pérdida de los beneficios comerciales, puesto que “*el acuerdo de publicidad, en el fondo termina siendo un acuerdo de venta*”. Finalmente, el testigo agregó que “*simplemente quiero reforzar el concepto de CCU como seguidor en las políticas y reglas de juego del mercado impuestas por el líder, QUILMES*” (punto 98 del dictamen). La cita de este testimonio contrarresta la objeción de CMQ en cuanto a que la Comisión no tuvo en cuenta que las denunciadas realizan este tipo de acuerdo.

De ninguna manera esta circunstancia ha sido pasada por alto ni por el organismo administrativo, y mucho menos por este Tribunal a la hora de revisar el temperamento sancionatorio. Es más, al momento de replicar el traslado de la impugnación judicial, la representación estatal vuelve a aclarar por qué ese dato carece de relevancia para eximir a la firma sancionada de su responsabilidad. Así es que señala, como primera medida, que ni la C.N.D.C., ni la S.C.I. negaron el hecho de que CCU-CICSA también celebren este tipo de acuerdos, como así tampoco desconocen que esos acuerdos son comunes en el mercado involucrado. Pero lo que se le imputó a CMQ es que la celebración de ciertos acuerdos exclusivos con PDV, en un contexto donde esta empresa tiene posición de dominio, conlleva una infracción de la LDC al perjudicar el interés económico general y porque ni las denunciadas ni otros competidores pueden replicar esas prácticas de igual manera (conf. acápite d) V. del responde de la impugnación judicial de CMQ)

De lo expuesto surge que el comportamiento atribuido a las denunciadas –reconocido por ellas mismas y por la autoridad de control- no resulta un aspecto a considerar en los términos que señala la impugnante, como una especie de justificativo o aval de su comportamiento en el mercado. Cuando Quilmes aspira a equiparar los procedimientos, prescinde por

completo de que su posición en el mercado relevante triplica la participación de sus principales competidores y mucho más lo hace respecto de pequeños actores involucrados en ese mercado. Esto implica que si una empresa tiene posición de dominio, existen ciertas prácticas comerciales que se encontrarán —en principio— prohibidas. Sin embargo, puede que idéntica práctica comercial llevada a cabo por una empresa sin posición de dominio no resulte —también en principio— punible. Como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "*independientemente de las razones por las cuales detente esa posición de dominio, la empresa en cuestión tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta altere la competencia genuina y sin distorsiones*" (conf. RODRIGUEZ ROSSI, Federico "Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio", La Ley AR/DOC/2235/2019, autor que en su texto cita el fallo del TJUE "Michelin c. Commission" Caso 322/81 (1983)).

XXV.- A todo lo hasta aquí dicho, se debe añadir que los reembolsos o descuentos por fidelidad, así como el otorgamiento discrecional de fondos de publicidad y las comisiones, pueden causar la exclusión de competidores en la misma forma en la que lo pueden hacer los acuerdos de exclusividad, ya que provocan un efecto similar en su destinatario: el distribuidor/revendedor se ve "obligado" a comprar o a cumplir con la restricción impuesta bajo pena de no recibir un significativo beneficio económico (conf. LIEFELDT, Luciana Marina "Descuentos y beneficios...", op. cit.)

En el *sub lite*, la exclusividad de venta que se da en la práctica no resulta ajena a la empresa sancionada, pues en su propio escrito recursivo señala que "No existe ninguna prueba que acredite que esas exclusividades con que algunos PDV operan sean buscadas o incentivada por CMQ. En verdad constituyen una manifestación de libertad de contratar de los PDV que tienen derecho a decidir, por sí solos, cuales productos comprar y a quien comprarle"; asimismo, da cuenta que "... si bien hay casos donde se observa la existencia conjunta de publicidad exclusiva y exclusividad de venta, este resultado tampoco resulta concluyente: en términos de competencia, es lícito acordar publicidad de manera exclusiva, y que los puntos de venta tomen la decisión independiente de comprar solo a la empresa líder por una cuestión de conveniencia comercial" (conf. segundo párrafo de la págs. 68 y 71/72 de la impugnación judicial, el subrayado no corresponde al texto original). Con el mayor de los respetos a la defensa



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

ensayada por la sancionada, tales afirmaciones no son acordes a lo que sucede en la práctica en el mercado. A esta interpretación de los sucesos podría asignársele hasta cierta inocencia, pero sucede que quien la realiza es el principal actor en el mercado nacional de la cerveza y cuya posición dominante ha quedado hartamente demostrada. Postular que la consecuencia de una venta exclusiva de productos pueda ser achacada a la libertad de contratación de los comercios minoristas resulta una argumentación torticera. Antes bien, habría que poner el foco en las estrategias agresivas de comercialización y promoción que la sancionada reconoce realizar y que resultan imposible de replicar para sus competidores.

En razón de lo explicitado, cabe concluir que el mecanismo de incentivos propuestos por la firma sancionada redundan en condiciones de exclusividad. Aun cuando esas condiciones no revistan el carácter formal, sí están presentes en los hechos, dando espacio a exclusividades no formales, que imposibilitan y/o obstaculizan la permanencia de competidores existentes o el ingreso de nuevos actores, funcionando como una barrera en la entrada al mercado. Al decir de la autoridad de control, la política de descuentos condicionados, junto con la política publicitaria (que en muchos casos implica la entrega de dinero en efectivo), sumada a los descuentos efectivos sobre una cartera de productos, crea una muralla alrededor de los puntos de venta que resulta muy difícil de atravesar por el resto de los jugadores de ese mercado (conf. punto 715).

Por todo lo hasta aquí expuesto, el Tribunal considera que la impugnante no logró desvirtuar en esta instancia judicial el presupuesto en el que se basó la sanción, esto es, que aquellos comercios que cuentan con mobiliario, equipos y enseres gastronómicos provistos por CMQ como “material publicitario” y/o que reciben todo tipo de beneficios monetarios y condiciones comerciales diferenciales, no ofrecen en sus cartas productos de competidores de Cervecería Quilmes.

A esta altura del asunto, las tres grandes defensas de CMQ -que su principal competidora tiene los mismos comportamientos que ella en el mercado; que las promociones, beneficios y acuerdos de exclusividad publicitaria no conducen a una exclusividad en la venta de sus productos; y que si existe esa exclusividad de venta, la responsabilidad es atribuible por completo a los PDV, pues lo hacen desde su libertad negocial y no fomentado por las prácticas exclusorias de Cervecería Quilmes-, no pueden ser admitidas para avalar el comportamiento anticompetitivo de la principal

empresa en el mercado argentino de distribución y comercialización de cervezas.

XXVI.- Llega el turno de abordar los planteos de CMQ en orden a la constatación de su proceder en el canal *Off Premise*, en el cual se investigó la asignación del espacio en góndola y heladeras para sus productos, así como la implementación de varios programas de fidelización con descuentos y bonificaciones retroactivas no replicables por competidores igualmente eficientes.

En este canal, a grandes rasgos, la autoridad administrativa tuvo por acreditada la obstrucción de acceso, permanencia o crecimiento de competidores en el mercado por parte de Quilmes, verificada a través de la celebración de acuerdos de góndola y de heladera. En el primer caso, con los supermercados y los autoservicios/almacenes (con góndola) y en el segundo caso, con los kioscos y almacenes (sin góndola, venta al público desde mostrador), en los que esa empresa ofrece descuentos (entre otros beneficios) como contraprestación para ampliar el porcentaje de góndola destinado a sus productos y/o venta exclusiva de su portfolio, por encima de su participación de mercado, en detrimento de sus competidores. Asimismo, consideró demostrado que los beneficios otorgados a las tiendas fidelizadas por CMQ no consisten en la mejora de condiciones comerciales trasladables al consumidor final, toda vez que gravitan, en gran parte, en descuentos para el punto de venta, objetos, premios destinados a los dueños de los comercios, etc. Sostuvo que estos programas de fidelización reflejan un claro intento de monopolización de los distintos tipos de comercios del canal *Off Premise*, también en desmedro de sus competidores (conf. puntos 366 y 367 del dictamen).

En particular, analizó los programas de fidelización en los distintos segmentos. Para el caso de autoservicios enfatizó en el denominado “Mercado Ideal”; para el caso de almacenes, según el tipo de comercio, “Plan Mariscal” o “Don Almacén”; y, para el caso del canal tradicional y kioscos, “Plan Soltero”. Ponderó que por la posición dominante de Cervecería Quilmes en el mercado de cerveza, esos programas operan obstruyendo el ingreso al mercado y restringiendo la competencia, causando un perjuicio para el consumidor final y el interés económico general. En este mismo sentido, consideró que todo eso configura un obstáculo para la concurrencia de empresas competidoras, las cuales deben afrontar costos desproporcionados para disponer de espacios



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de exhibición y no pueden replicar los descuentos, bonificaciones y programas de fidelización en forma rentable, aún con niveles de eficiencia equivalentes a CMQ. Con esta misma lógica, una vez más, la Comisión enfatizó en el perjuicio para el consumidor, ya que sus opciones de compra se ven menoscabadas (conf. puntos 368 y 369).

Para aseverar que existió el comportamiento endilgado a la empresa investigada, la Secretaría de Comercio Interior se valió de un conjunto de pruebas que fue señalado con detenimiento en el dictamen que precedió a esa decisión, bajo el Acápite XIII.3. Canal *Off Premise*, en el cual se detallaron las constancias recolectadas en supermercados, almacenes, autoservicios, kioscos y canales tradicionales, así como también bajo el Acápite XV.6.2. Barreras a la entrada en el mercado de producción de cervezas originadas en el cierre de mercado del canal *Off Premise*.

26.1. Supermercados

26.1.1 En lo inherente a este segmento, la autoridad administrativa hizo mérito de la existencia de acuerdos para la asignación de espacio en góndola condicionando el otorgamiento de descuentos o bonificaciones a una meta de participación porcentual.

A fin de demostrar este extremo, el dictamen se basa en primer lugar, en la información de la participación de mercado medida en valores correspondientes al acumulado “Year-to-date”, a marzo de 2018, que surge del informe de Nielsen Argentina S.A. Asimismo, ponderó el testimonio dado por el Gerente de ventas de CCU, responsable de las ventas de todo el país en todos los canales de venta (con excepción del canal *On Premise* de imagen), quien, entre otras cosas, indicó que: (a) esa empresa celebra acuerdos comerciales. “...*En la mayoría de los casos son acuerdos escritos y de contraprestaciones a cambio de beneficios que se les otorga a los supermercados. En general en esos acuerdos comerciales se arreglan las posiciones de frío, porcentaje del espacio en góndola, exhibiciones secundarias (puntera, pila), dinámica comercial y el porcentaje de participación de mercado. Esos son los 4 puntos más relevantes. Eso por nuestra parte. Los contratos marco se renuevan anualmente. Aparte de ese contrato marco hay una dinámica semanal, mensual, que es más vía correo electrónico, rutinaria, del día a día*”; (b) la exhibición de los productos de CCU en las góndolas del punto de venta varía en función del porcentaje de exhibición que logran pautar, del tipo de comercio y de la zona; (c) por lo general, en los autoservicios y en los supermercados, ya sean mayoristas o

minoristas, el porcentaje de exhibición en góndola es pago; (d) “...lo que negocia QUILMES con las cadenas son: porcentaje de participación de mercado, porcentaje de exhibición de góndola. El porcentaje de la participación de mercado es que QUILMES habla con el cliente y le ofrece algún beneficio a cambio de un porcentaje de participación de mercado. También le ofrece un beneficio para tener un porcentaje de la exhibición primaria (góndola), exhibiciones secundarias (punteras, pilas) y cantidad de equipos de frío”; (e) la participación de los productos de CMQ se mide generalmente en las ventas anuales o mensuales, dependiendo del punto de venta. A continuación, hizo mérito de la información provista por las cadenas de supermercados de donde surgió que los acuerdos comerciales que mantienen con sus proveedores de cerveza rigen para la totalidad de las tiendas situadas en todo el país, pautándose acuerdos diferenciales cuando la cadena de supermercados cuenta con puntos de venta de distinto tamaño y formato (proximidad, supermercado, hipermercado, mayorista).

En especial, señaló que tanto Carrefour como Supermercado Mayorista Makro S.A. reconocieron tener convenios con CMQ. Y, en particular, mencionó que INC S.A. -que opera comercialmente bajo la denominación Carrefour-, titular de 595 tiendas en todo el país, informó que “el acuerdo con Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. es por 12 meses e incluye, además de descuentos por volumen de compra y venta, porcentajes de exhibición primaria y secundaria y de equipos de frío en un 78%, punteras (dos en hipermercados y una en hipermercados de menor tamaño y supermercados), promociones (a cargo del proveedor en forma total o parcial) y reposición a cargo de personal del proveedor”. De igual modo, refirió que CMQ pacta un 78% de presencia en góndola mientras que su participación de mercado en este canal es del 73,9% de acuerdo con los datos recabados por la propia Comisión y un porcentaje menor si se toman los datos aportados por la mencionada firma a lo largo de las actuaciones administrativas. Es decir que, en esa cadena de hipermercados, la firma investigada presentaba un porcentaje de participación en góndola, incluso mayor a su participación en el mercado para ese canal.

A su vez, Jumbo Retail Argentina S.A., que cuenta con 284 puntos de venta en distintas provincias de todo el país (incluye los comercios que operan bajo el nombre de Disco), informó respecto de los porcentajes de exhibición en la góndola primaria, que éstos se ajustan con base en la venta, revisándose en forma periódica.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

En el dictamen se enfatiza que no es necesario que este tipo de prácticas se verifique en todos los puntos de venta. En su conjunto, las grandes cadenas de supermercado concentran alrededor del 80% de las ventas totales del sector supermercadista en Argentina. Las tres cadenas principales (Carrefour, Cencosud y Coto) son responsables de aproximadamente la mitad de las ventas del sector. En cuanto a la presencia a nivel nacional, Carrefour, Cencosud y Wal-Mart operan en la mayoría de las provincias del país. Por lo tanto, la suscripción de este tipo de contratos con dos de las empresas más grandes, claramente, dificulta el desarrollo de la competencia (conf. punto 761).

26.1.2. En oportunidad de cuestionar la existencia de estos acuerdos en el segmento de los supermercados, la recurrente apela al argumento genérico de que no se demostró la existencia de acuerdos en este canal, pese a que tales acuerdos y la información suministrada por las cadenas de supermercados fueron expresamente consignados en el dictamen de la Comisión.

No obstante lo cual, CMQ introduce un fundamento que no parece relevante para desvirtuar la conclusión a la que arribó la Comisión, cuando refiere a la confidencialidad de los datos aportados por Carrefour que no pudieron ser evaluados por su parte. Es cierto que cuando el organismo de control en el punto 757 del dictamen cita la información suministrada por la empresa oficiada, efectúa una nota al pie del texto bajo el n°87, en la que expresamente indica el origen de esos datos, bajo la referencia “Orden 9, fs. 1568 del cuerpo 8 (digitalizado)”. Constatada que fue esa foja en el archivo que se indica, no surge la totalidad de la información consignada. Empero, dicha falencia no parece conducir necesariamente a la desestimación de esos datos, pues efectuada la compulsión de la totalidad de los elementos glosados a las actuaciones administrativas principales, se observa que ellos se encuentran en el informe no confidencial presentado por INC S.A. el día 10.11.17 (v. fs. 1489/1490 foliatura original, o fs. 1555/1556 según la numeración de las copias certificadas). Como se dijo, este informe no confidencial se encuentra incorporado al proceso sumarial (conf. providencia del día 27.11.17), información a la que siempre tuvo acceso la firma investigada. Por tal motivo, la suspicacia en sus dichos, los que parecerían dejar entrever que la Comisión se valió de datos confidenciales para sancionarla (v. página 104 de la presentación de CMQ), pierde todo asidero con tan sólo reparar en que

los acuerdos de participación en góndola surgen de las constancias de la causa.

Sumado a ello, en la impugnación judicial la firma interesada no controvierte esos números, sino que invoca, a grandes rasgos, que los supuestos acuerdos son impuestos por el supermercado y aceptados por el proveedor, en este caso, la empresa cervecera. Sobre este punto, se debe señalar que del informe no confidencial presentado por Carrefour, que luce en la foja antes citada, sí surge que en el marco de esos acuerdos por ubicación en góndola, los descuentos oscilan entre el 9% y el 60%. De allí que semejantes beneficios como contrapartida de una ubicación privilegiada en la exhibición de los productos, difícilmente puedan explicarse como una exigencia del supermercadista. Parece más aceptable estimar que se trata de una actitud pro activa del proveedor que es, naturalmente, quien está en condiciones de ofertar un descuento en sus productos para acordar la ubicación que resulte de su interés.

Sobre este punto, Cervecería Quilmes insiste en los acuerdos celebrados por CCU –en este caso, con la firma COTO-, pretendiendo justificar nuevamente su comportamiento, con las conductas de su principal competidora quien, como ya se ha señalado en varios pasajes de este pronunciamiento, no ocupa una posición dominante en el mercado, motivo por el cual las acciones que ella adopta no exoneran a Cervecería Quilmes de las consecuencias de sus actos y, menos aún, la desligan de su actuar anticompetitivo.

26.2. Almacenes y autoservicios

26.2.1. En lo inherente a este segmento de venta la Secretaría de Comercio entendió que, a diferencia de lo acontecido con los supermercados donde existían acuerdos de posicionamiento en góndola, acá las prácticas anticompetitivas imputadas a CMQ se patentizaron llevando a cabo otras estrategias dirigidas a estos puntos de venta y destinadas a excluir a la competencia del mercado involucrado. Las conductas exclusorias se realizaron mediante planes de fidelización, generalmente vinculados con la exhibición o presencia en las góndolas y heladeras.

A los fines de ilustrar el perjuicio que irroga hacia los consumidores a la hora de escoger entre diversas marcas y a los otros actores del mercado, la C.N.D.C. explicó que existe una clara política exclusoria de la competencia llevada adelante por Quilmes. Validó su razonamiento al reflexionar acerca de cómo podría un nuevo competidor



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

entrar a ofrecer productos en supermercados o autoservicios si la principal empresa de cerveza de Argentina obliga o incentiva a que no haya espacio disponible para nuevas alternativas. Reiteró que la disposición en góndola dentro de los autoservicios y almacenes de gran tamaño adquiere suma relevancia, en virtud de que el espacio para la exhibición es más reducido que en hiper y supermercados de gran tamaño y la reposición de los productos, menos frecuente (conf. puntos 767/768).

Para demostrar la concurrencia de este comportamiento, la C.N.D.C. llevó adelante varias constataciones (63 en total entre supermercados, autoservicios y almacenes), en las cuales logró recabar varios testimonios de titulares y empleados de los distintos PDV, que dieron cuenta del proceder de CMQ en cuanto a las maniobras desempeñadas para lograr una mejor ubicación en las góndolas, a través de distintos descuentos y planes que persiguieron la fidelidad con sus marcas por parte de los comercios minoristas. Tales verificaciones fueron señaladas por el organismo administrativo en los puntos 111 al 126, y punto 373 (d). A modo de ilustrar la contundencia en cuanto a lo que evidenciaron esas inspecciones de los funcionarios, se transcribirán sólo algunos de esos testimonios.

En primer lugar, no está de más memorar que se trata de documentos públicos cuya verdad, certeza y fuerza probatoria de los hechos considerados en ellos se presume, al responder a una realidad apreciada directamente por los funcionarios públicos labrantes, trasladando la carga de la prueba de desvirtuar tales juicios apriorísticos al expedientado. Entonces, a quien pretenda neutralizar los alcances de la veracidad de la mentada presunción, le corresponde aportar evidencia para refutarla.

De las actas labradas por los funcionarios actuantes, que lucen en el 9º y 10º cuerpo de las copias certificadas, se desprenden aseveraciones de acuerdo con los datos suministrados por los firmantes de esos instrumentos -empleados o titulares de los diferentes comercios- como las siguientes: *“se otorgan descuentos por los espacios en góndola, aproximadamente del 20%. Explicó que por ejemplo CMQ pide al local que coloque los productos de esa firma en un lugar determinado y que los productos de otras empresas sean colocados en la parte inferior de la góndola. Agregó que la góndola fue entregada por la empresa Quilmes y que el 80% de los espacios deben destinarse a las marcas de cerveza de esa empresa”* (conf. fs. 1731/1732); *“informó que reciben heladeras de regalo a*

cambio de punteras” (fs. 1673); *“afirmó que el punto de venta está supeditado a la política de Quilmes por ser la marca que más ventas tiene”* (fs. 1692); *“no hay descuentos por cantidad, pero hay entrega de productos bonificados por parte de CMQ en virtud de la disposición en góndola que se hace de los productos. Informó que esa empresa le indica cómo ubicar los productos dentro de la góndola y puntera y a cambio reciben, por ejemplo, 2 cajones gratis”* (fs. 1747); *“también perciben bonificación por la colocación de punteras y heladeras de todos los proveedores”* (fs. 1766); *“informa que existe descuento por cantidad y ubicación”* (fs. 1782vta.); *“Quilmes le hace el 5% sobre el total de la compra por la puntera. Quilmes ocupa el 80% del espacio y se lo ordenan y controlan los de Quilmes”* (fs. 1819vta.); *“Quilmes exige que el 80% de la góndola que da esté ocupado por cervezas de su marca, dejando el 20% restante para la competencia en la esquina más alejada de la puerta de forma vertical. El encargado informó que esto se hace desde que él trabaja, aproximadamente 8 años”* (fs. 1825vta.). En este caso, la Comisión señaló que el comercio acompañó una factura donde queda acreditado el descuento que le practica la empresa CMQ por la posición en la góndola. Exactamente dice “Desc. X Posic”.

Por lo demás, junto con todas esas actas los agentes que intervinieron en las constataciones adjuntaron fotografías, en las cuales puede observarse la ubicación de los productos correspondientes a la cartera de marcas comercializadas por CMQ (en especial Quilmes y Brahma), en las punteras de las góndolas, así como también en los estantes superiores de las góndolas, que se corresponden con los de mejor ubicación por encontrarse a la altura visual del consumidor, en contraposición con aquellos que se encuentran en la zona inferior, que dependiendo del comercio muchas veces se encuentra obstaculizado con otros productos que se colocan en los bordes de los pasillos.

Cervecería Quilmes pretende invalidar estas conclusiones, mediante alegaciones que guardan relación con la imprecisión que le atribuye a los datos recabados para formar una convicción de su comportamiento. Así también, pone en tela de juicio algunas cuestiones que más bien podrían redundar en defectos que le achaca a las actas elaboradas por los agentes que intervinieron en los actos de constatación.

A título de ejemplo, se pueden mencionar las manifestaciones de CMQ, con respecto a la constatación que indica la Comisión en la nota de página 91 del numeral 763. Allí se levantó un “Acta de constatación”, en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

un local denominado “Huang Zhiyong”, ubicado en la Av. San Juan 880 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las consultas de los agentes que intervinieron fueron evacuadas por una persona identificada con su prenombre Julia. En ese documento, se constató que la firma investigada solicita que sus productos sean colocados en un lugar determinado de la góndola y los de la competencia en estantes inferiores.

Para refutar esos dichos, Cervecería Quilmes textualmente señala que “... *en el acta consta que una señora identificada como “Julia” habría dicho que CMQ solicita que sus cervezas se ubiquen en la parte alta de la góndola y las de CCU en la parte baja. Luego de firmada el acta se agrega que el 80% del espacio en góndola debe destinarse para CMQ*”; seguidamente, enfatiza que “*Estamos frente a una constatación carente de todo valor probatorio. Se pretende calificar de testimonial lo supuestamente dicho por una mujer de nacionalidad china que no queda claro cuan bien domina el español, que no fue identificada ni declaró bajo juramento de decir la verdad*” (conf. página 111 de la presentación judicial).

En primer lugar, lo constatado por la autoridad administrativa no ha sido encuadrado en el marco de las pruebas testimoniales y de allí que las formalidades cuya ausencia se invocan no ponen ni quitan a la cuestión. En segundo término, del instrumento obrante a fs. 1731/1732 de las copias certificadas, no surge que la persona consultada fuera de nacionalidad china y, si así lo fuera, nada induciría a pensar que por esa sola circunstancia “*no quede claro cuan bien domina el idioma español*”. La generalidad con la que se vuelca aquella afirmación, lejos está de refutar con rigor la eficacia probatoria de lo que surge del contenido de ese acto. Por cierto, sólo a título informativo, se menciona que en el acta de constatación que le sigue, realizada en otro PDV (v. fs. 1734/1735), las agentes de la C.N.D.C. que la suscribieron dejaron expresa constancia de que la persona consultada manifestó que “*no comprende el idioma*”. De allí que no quede claro por qué en uno de los comercios quienes suscribieron la constatación dejarían asentadas expresiones de una persona que –según la impugnante- no domina nuestro idioma, y en el acto seguido consignarían expresamente que el sujeto consultado no pudo comprender los términos de la información que se intentaba recabar.

Por otra parte, en lo relativo a la controversia por la leyenda “Desc. x posic. Pcio” obrante en las facturas adjuntadas a la constatación administrativa a fs. 1857, se estima que los dichos a los que refiere en la

página 112 de su presentación, en cuanto pretende quitarle relevancia a esa mención, no pueden prosperar.

Quien impugna las conclusiones que se hayan efectuado sobre la prueba debe postular una versión de los hechos verosímil que respalde su crítica. La prueba versa siempre sobre hechos controvertidos de una realidad probable. Cuando lo que se analiza son testimonios o documentos, interesa el lenguaje empleado en ellos y, naturalmente, el pensamiento subyacente, ya que el uno con el otro forman una unidad que aparece como el producto de la interpretación que se haga. Cuando el lenguaje es ambiguo, hay que escudriñar su significado a la luz de la realidad probable; pero cuando no lo es, esa realidad aflora espontáneamente. Dejando a un lado problemas epistemológicos de difícil resolución, lo que le incumbe a los jueces discernir es la *probabilidad* (en el sentido de ocurrencia) de que un determinado hecho haya sucedido tal y como afirma la litigante, ya que lo *probable* es lo *creíble*, es decir, aquello que tiene la aptitud suficiente de formar la convicción en el magistrado. Por eso es que no basta discrepar con la resolución recurrida sobre la consideración del material probatorio; hay que sustentar esa discrepancia sobre una versión de los hechos verosímil (conf. Sala III, causa n°7748/05, ya citada).

En el *sub lite*, la empresa sancionada niega que las pruebas ponderadas por el organismo sancionador tengan el sentido que éste les atribuyó; para esa parte no trasuntan con respecto a descuentos por posicionamiento en las góndolas –extremo que, como se dijo, dificulta el posicionamiento de sus competidores-, sino que se trata tan sólo de una oferta especial. No caben dudas de que representa una ardua tarea profesional procurar convencer al Tribunal de que “*Desc. x posic*” signifique otra cosa que la que entendieron la C.N.D.C. y la Secretaria de Comercio Interior. Pero esa versión fáctica no es convincente en el sentido apuntado precedentemente, ya que queda plenamente desvirtuada por el sentido connotativo de los términos empleados en dicha documental y por los restantes indicios.

Esta reflexión basada en principios generales del derecho procesal está en línea con los fundamentos que se dieron precedentemente para desestimar los agravios que la impugnante expresó para cuestionar la interpretación del contenido de las actas de constatación; sirve para



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

desestimar las explicaciones ensayadas en el memorial de forma desarticulada respecto del sentido unívoco que la autoridad de aplicación le asignó a ese material probatorio.

26.2.2. La operatoria puesta en práctica a través de los planes de fidelización también fue demostrada mediante las inspecciones llevadas a cabo por el organismo administrativo, y la información que de ese modo fue recabada.

En sede administrativa, se constató en el relevamiento realizado el 20 de diciembre de 2017, ante la pregunta de si “conoce Mercado Ideal”, que la persona que atiende a las representantes de la C.N.D.C. muestra en su celular *flyers* relativos al programa. Informa que, en dicho programa, al cual está adherido, se obtienen premios por parte de la Cervecería Quilmes, como por ejemplo cajas de cerveza. Los puntos para canjear premios se obtienen comprando productos que indica dicha firma. Van cambiando por semana. *“Informó que reconoce la página web [relacionada a mercado ideal], explicó que él no ingresa a la misma, sino que es el vendedor de [CMQ] quien ingresa”* (v. fs. 1714). En otra constatación realizada en fecha 20 de diciembre de 2017, consultada la persona que atiende el establecimiento para que acceda desde el dispositivo a la página web: www.mercadoideal.com.ar, manifestó que *“conoce la página y no accede ya que el que accede es el vendedor de CMQ cuando visita el local. Él hace el manejo de la contraseña”* (v. fs. 1719). Asimismo, en el acta agregada a fs. 1752 frente a la pregunta de si conoce el Programa “Mercado Ideal” y/o “Plan Mariscal”, el encargado del comercio manifestó que *“conoce el plan Mariscal y lo tiene en su local. Con el plan Mariscal le hicieron entrega del exhibidor para cervezas y de la heladera para fiambres, a cambio de ello la empresa CMQ exigía tener únicamente productos de esa empresa en los exhibidores y heladeras provistos. Explicó que en ese momento había en la góndola marcas que no eran de Quilmes porque el repositor del local es un empleado nuevo que a veces comete errores colocando los productos. Luego se acomodan de la forma en que deben ir. El local antes tenía una góndola propia donde se ponían todas las marcas que quisieran, pero en la actualidad no lo puede hacer porque la góndola es de Quilmes. Respecto de mercado ideal, dijo que no lo conocía, pero creía que existe un programa similar al mariscal pero destinado a supermercados de nacionalidad china”*. Del mismo modo, en la constatación realizada por personal de esta CNDC en fecha 21 de diciembre de 2017, frente a la pregunta de si conoce

el Programa “Mercado Ideal” y/o “Plan Mariscal”, el requerido indicó que “*conoce el programa Mercado Ideal y participa en él suman puntos y con esos puntos luego se canjean una variedad de premios, por ejemplo viajes, celulares. Juntan puntos por las ventas y por poner punteras con cartelería y productos de la firma CMQ. Todas las semanas hay premios. Le envían al supermercado la imagen de cómo tiene que estar la góndola o la puntera y el supermercado envía una foto de la góndola o puntera de esa misma forma que CMQ le indicó. Así ganan premios. Exhibe en este acto las imágenes de góndolas que le envía la firma CMQ a su teléfono celular con la disposición de cómo debe ser la góndola*” (conf. fs, 1818). En el acta labrada por personal de la Comisión el 21 de diciembre de 2017, agregada a fojas 1818, frente a la consulta para que acceda desde el dispositivo a la página web: www.mercadoideal.com.ar, “*nos exhibe desde su teléfono una suerte de aplicación / página donde se verifica una sucesión de información en formato gráfico donde se ve diferentes premios, promociones, instructivo de acceso al portal. (...) Existe descuento por cantidad y ubicación*”. En otro relevamiento, ante la misma pregunta otro comerciante indicó que “*conoce y utiliza el programa. Informa que cada dos semanas le otorgan códigos (...), mandaba fotos de las góndolas para sumar puntos*” (conf. fs. 1903). Por último, en la constatación realizada por personal de esta C.N.D.C. en fecha 21 de diciembre de 2017, preguntado el Encargado del PDV en los mismos términos que los anteriores manifestó “*...que el distribuidor de CMQ le ofreció participar del programa “Mercado Ideal” pero aún no le dieron el usuario. Esto ocurrió hace 2 meses por lo que sabe, que el programa otorga beneficios como por ejemplo un viaje a china de acuerdo con el volumen comprado. Cree que no se lo ofrecen a todos los supermercados sino a los más grandes en cuanto a volumen de compra. (...) Aclara que si el supermercado no cumple con los 5 años exclusivos para las marcas de Quilmes pierde el 20% de descuento que le otorgan en cada compra*” (conf. fs. 1951).

Sumado a ello, el testigo que declaró en su carácter de Jefe de Ventas del Canal *Off Premise* de Capital Federal de CCU, aportó como prueba documental en el procedimiento administrativo instrumentos y actas notariales celebradas en puntos de venta del canal *Off Premise* y copia de folletería vinculada con los programas de CMQ que se conocen entre los



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

puntos de venta como el plan “Mercado Ideal” y el plan “Don Almacén”. En concreto, acompañó fotografías de folletos, que dan cuenta del funcionamiento de estos programas (conf. fs. 1339/1349 y 1365/1395).

En oportunidad de refutar los alcances que el organismo de control le asignó a estos programas, la impugnante se agravia de la comprensión de que son acciones comerciales lícitas, que no generan perjuicio para la competencia y que la Ley N°25.156 no contiene ninguna norma que disponga la prohibición de realizar programas de fidelidad que involucren entrega de premios.

En lo inherente al plan “Mercado Ideal” alude a que el único propósito que tuvo fue mejorar la exhibición de las cervezas de Quilmes en los autoservicios asiáticos (chinos) por haberse detectado una cierta desprolijidad y desorden en la exhibición en este tipo de comercios. A su vez, destaca que el bajo valor económico de los premios demuestra por sí solo que aquéllos carecen de entidad para motivar un determinado comportamiento del PDV. Sin perjuicio del ello, la empresa sancionada reconoce que ese plan finalizó en el año 2019.

Ahora bien, convocada a una audiencia testimonial a Sabina Roca -titular de la agencia de marketing Roca Monasterio S.R.L.- (nombre de fantasía Main), agencia que llevó adelante el programa “Mercado Ideal” de CMQ, la testigo informó que ese programa se trató de un programa de incentivos para el canal de autoservicios en el cual se intentaba mejorar la ejecución de los productos de Quilmes en las góndolas y en sus heladeras. Señaló, además, que duró aproximadamente dos años y finalizó a mediados de 2019 (por el recurso de presupuesto en virtud de la “crisis en nuestro país”). Además, al exhibirle a la testigo la documental agregada en la causa principal que consta de folletería vinculada al programa “Mercado Ideal” (documental desconocida por la impugnante), la deponente respondió: *“Sí, es un flyer que se hizo para el programa. Es una fotocopia, no me acuerdo de memoria todas las comunicaciones pero tiene el kit de bienvenida, material de exhibición, pero a simple vista sí parece un flyer del programa Mercado Ideal”*. Si bien CMQ negó que el programa “Mercado Ideal” pueda significar fidelidad, la testigo encargada de implementar justamente ese programa, reconoció *“En la actualidad no hacemos programas de fidelización para ningún canal con la empresa CMQ”* (conf. archivo 541 obrante en el CD reservado en la causa).

La existencia de estos programas quedó demostrada en el proceso sumarial, sin que lograra ser desvirtuada por las manifestaciones de CMQ, las que más bien buscan señalar cierta inocuidad a esas estrategias más que desconocer su concreción. Su defensa se justifica en que con ello no provocó la exclusión de ningún competidor, extremo que no se corresponde, de ninguna manera, con lo que se evidencia en la causa. Nótese que, pese a lo sostenido por la recurrente, la Comisión ha constatado que en aquellos comercios adheridos al programa el interior de las góndolas y el de las heladeras debe quedar dispuesto conforme lo indican los repositorios o corredores (vendedores) de la empresa Quilmes. Se cumple con la disposición indicada por la empresa sancionada en las góndolas a la vista, mientras las marcas de la competencia deben ubicarse debajo de todo (de la góndola). Quilmes realiza visitas al mercado para verificar que todo esté dispuesto como dicen ellos (la empresa). En caso contrario, los “castigan” sin bonificaciones por 2 meses por ejemplo. Antes tenían punteras y exhibidores de la competencia de Quilmes, pero los tuvieron que sacar, si no los sacaban del programa (conf. acta obrante a fs. 1931 de las copias certificadas).

Dicho esto, el perjuicio que este tipo de estrategias genera en las prácticas competitivas es evidente. Adviértase que el espacio para la competencia actual o potencial queda reducido a un porcentaje menor de las góndolas, generalmente establecido por defecto una vez determinada la ubicación principal destinada a CMQ. Y esto lleva a concluir, al igual que con acierto puntualiza el dictamen de la C.N.D.C., que la escasez de espacio en góndola dificulta la penetración de marcas diferentes de cervezas en los mercados, constituyendo una barrera de entrada para competidores potenciales, así como una limitación para aquellos que se encuentran participando en el mercado.

26.3. Kioscos y canal tradicional

Resta atender las quejas relativas a lo acontecido en este segmento del canal de venta *Off Premise*.

Dentro de este acápite, la impugnante efectúa un desconocimiento de otro de los programas que la Comisión tuvo por acreditados, denominado “Don Almacén”. Pese a ello, existen pruebas en la causa que dan cuenta de la existencia del referido programa, lo que además se corrobora con dos testigos que se encuentran vinculados a la firma sancionada.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

En primer término, la señora Sabina Roca, quien como se dijo, estuvo a cargo de la implementación del programa “Mercado Ideal”, dijo conocer el Programa “Don Almacén”, más allá de no aportar mayores datos por no haber estado al frente de aquella estrategia (conf. audiencia testimonial ya citada).

Sumado a ello, el día 27.01.21 prestó declaración testimonial el señor Tomás Clucellas, quien compareció en su carácter de Director de Revenue Management de CMQ, propuesto como testigo de la defensa. En lo que aquí interesa, al ser consultado con relación a si sabe o le consta en qué consisten los planes “Don Almacén” y “Mercado Ideal”, dijo conocerlos aunque no tiene demasiadas precisiones porque los maneja el equipo de “Trade Marketing” (conf. archivo n°306 del CD reservado en Secretaría).

De allí que resulte llamativa la insistencia de la impugnante en negar la existencia de ese plan comercial, del que uno de sus dependientes dio cuenta de que se encuentra a cargo del equipo de marketing de la firma. Disipadas las dudas en cuanto a que, efectivamente, fue puesto en marcha este programa, con respecto a los alcances de esta estrategia no corresponde apartarse del análisis efectuado por el ente administrativo, pues sobre aquello la Comisión produjo prueba, en tanto la interesada no la refutó en debida forma, al margen de invocar la presunta inexistencia.

Sobre este punto, la C.N.D.C. efectuó un análisis de la folletería adjuntada en la causa, y en el punto 373 (ix) hace alusión a la copia de fotografías vinculadas con la mencionada estrategia comercial. Allí señala que ese documento echa luz sobre el programa, porque da cuenta palmariamente del mensaje de CMQ en este programa, donde muestra su voluntad exclusoria respecto de las marcas ajenas a su cartera de productos, al menos en latas. En particular, enseña que dicha voluntad está abiertamente explicitada en la folletería. Se menciona a esos efectos, un folleto con un logo de “Don Almacén” seguido de la leyenda “UN PROGRAMA PARA MI AMIGO ALMACENERO” y donde están plasmados también los logos de las marcas QUILMES y BRAHMA; copia de un folleto también con logo de “Don Almacén”, donde se consigna la siguiente leyenda: “LE ENTREGAREMOS A LOS ALMACENEROS UN KIT DE BIENVENIDA Y UNA NEGOCIACIÓN ESPECIAL POR SER PARTE DEL PROGRAMA” y donde se consigna manifiestamente la voluntad exclusoria de Quilmes ya que reza: “CUÁL ES NUESTRO OBJETIVO?” y seguidamente se plasma: “GANAR LA PULSEADA EN

LATAS! TRANSFORMAR ESTOS PDV EN SOLTEROS SINGLE SERVE.”; fotografía de otro folleto en el cual se abunda respecto del ya plasmado objetivo de CMQ de anular la competencia en los comercios. a saber: “¿A DÓNDE VAMOS A IR? A LOS CLIENTES QUE HACEN EL VOLUMEN DE LATAS DE LA COMPETENCIA. EN BASE AL CENSO THOMAS DETECTAMOS AQUELLOS CLIENTES QUE REPRESENTAN EL MAYOR VOLUMEN DE LATAS DE LA COMPETENCIA”. Sin el menor atisbo de disimulo, el folleto habla de “*bloquear el de la competencia*”, referido al volumen de latas (conf. fs. 1339/1340 de las copias certificadas).

El Tribunal se inclina por darle virtualidad probatoria a aquella documentación, pues la actitud asumida por CMQ no permite refutar su contenido, que bien podría haber sido desvirtuado con algún aporte probatorio que ilustre en cuanto al objetivo y las pautas de ese programa, sus resultados, etc. pese a lo cual la impugnante prefirió simplemente desconocerlo.

Finalmente, la resolución secretarial pondera como una conducta perjudicial en este segmento –que se caracteriza por sus dimensiones acotadas- la entrega de una única heladera con el condicionamiento de la exclusividad de venta de sus productos en frío. Dice que en estos locales el número de heladeras destinadas a cerveza no suele superar la unidad, lo cual facilita la imposición de exclusividades por parte de la empresa dominante. Reviste especial importancia el hecho de que en prácticamente la totalidad de los comercios que no cuentan con góndolas, la bebida fría es la mayormente requerida.

Las pruebas invocadas sobre el punto se corresponden en su mayoría con las actas notariales aportadas por CCU, que corroboran dicho extremo. Esto es, que constatan que en locales de menor dimensión, CMQ proporciona una heladera a los comercios bajo la condición de exclusividad de venta de sus productos.

Ahora bien, lo cierto es que Cervecería Quilmes controvierte que se hubiera considerado esa práctica como perjudicial para los competidores, no ya por desconocerla, sino por sostener que lo que pretenden tanto CCU u Otro Mundo es aprovecharse de las inversiones que su parte realiza para poder así utilizar gratuitamente sus heladeras y “beneficiarse parasitariamente de las mismas” (conf. página 127 de su presentación judicial).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Sobre este punto, es claro que en los PDV que por sus dimensiones pueden destinar el espacio físico a un solo artefacto de refrigeración, el condicionamiento o la imposición de que allí se refrigeren únicamente los productos de Quilmes obstruye el ingreso de otros actores en este segmento de venta.

De todos modos, las implicancias de lo decidido por la Secretaría de Comercio Interior en lo relativo a la prohibición de imponer esta exclusividad, será abordado nuevamente por el Tribunal al momento de analizar los agravios relativos a las medidas correctivas impuestas por la autoridad de control.

XXVII.- Por todo lo hasta aquí expuesto, queda claro que la línea argumental de la firma sancionada relativa a la valoración de la prueba apuntada en sede administrativa que constata su comportamiento anticompetitivo en cada uno de los canales de comercialización de cervezas, debe ser desestimada. Ello así, pues la impugnante se limita a efectuar un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, y prescindiendo del valor convictivo que cabe asignarles en la medida en que constituyen indicios graves, inequívocos, precisos y concordantes acerca de la existencia de la conducta sancionada. Es que la valoración de los indicios que componen el material probatorio debe ser unívoca y no aislada (conf. C.S.J.N. *Fallos*: 300:928, 311:948 y 2402, 316:937, entre otros).

El efecto anticompetitivo de su comportamiento se da, entonces, por la combinación de todas estas estrategias de comercialización que resultaron agresivas en términos de prácticas competitivas, generando canales de exclusividad con incentivos de fidelización. Ello tuvo su impacto, en contener el crecimiento de otros actores. y a su vez que generó que competidores de menos escala carecieran de posibilidades de generar incentivos de esa magnitud como los que dispuso la firma sancionada, aprovechando la posición dominante que ostenta en el mercado nacional de la cerveza.

Dicho en otras palabras, a contrario del mandato proveniente del art. 42 de la Constitución Nacional, avalar el comportamiento de Cervecería Quilmes conduciría, sin mayores dudas, a debilitar la competencia.

XXVIII.- En otra de sus críticas, el sujeto sancionado cuestiona que se hubiera demostrado la afectación al interés económico general. A tal efecto, sostiene que el artículo 1º de la Ley N°25.156 –al igual que lo

dispone el artículo 1° de la Ley N°27.442- ha establecido la regla de la razón, lo que determina que no existen prohibiciones per se y todo acto anticompetitivo, para ser ilegal, debe afectar el interés económico general.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que el requisito para que una conducta "pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general" no exige la cuantificación del perjuicio en cuestión, sino solamente que la conducta analizada sea capaz de generarlo. Para que este hecho se configure, por lo tanto, basta que sea posible elaborar una teoría razonable de ocurrencia de perjuicio al interés económico general, y que, por el contrario, no exista una teoría razonable que explique la conducta en cuestión en un contexto de ausencia de perjuicio al interés económico general (conf. HEREDIA, Pablo D. "Abuso de posición dominante...", op cit).

Asimismo, la metodología de interpretación del artículo 1° de la LDC, respecto del elemento de perjuicio al interés económico general, ha sido la siguiente. La existencia de una restricción a la competencia –que se debe evaluar tomando en cuenta todos los efectos anticompetitivos y procompetitivos de una conducta- crea un efecto negativo sobre el interés económico general, entendido éste como el interés económico de la comunidad en su conjunto. Sólo demostrando efectos positivos mayores, imputables a la misma conducta, sobre la comunidad, será posible tener a la conducta como justificada (conf. conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho Antimonopólico...*, T. 1, op. cit p. 271/2).

Una interpretación de esa norma, acorde con su letra y la intención del legislador, lleva a concluir que las conductas sancionadas son aquellas que puedan causar un perjuicio para el interés económico general. Es decir, no es un requisito necesario que él se materialice, sino que basta que tenga aptitud para provocarlo. Esta conclusión tiene sustento, además, en los términos "por objeto o efecto" que el legislador expresamente incorporó al texto del art. 1 de la Ley N°25.156 –y mantuvo en la Ley N°27.442- para sancionar las conductas restrictivas de la competencia -no contenidos en la redacción de la Ley N°22.262-, y que, por ello mismo, no deben ser soslayados. En efecto, cuando la ley emplea varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que ellos no son superfluos, sino que han sido incorporados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir conceptos (conf. C.S.J.N. *Fallos* 304:1820,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

314:458, 324:2153, 326:1778, 328:456, 331:2550). Basta recordar que a continuación de esos términos, en la Ley N°25.156 se mantuvo el potencial “pueda” en cuanto a la afectación del interés económico general, previsto en la Ley N°22.262 (conf. Sala III, causa n°7748/05, antes citada).

En los casos de condiciones comerciales anticompetitivas, el otorgamiento de reembolsos retroactivos, así como la exclusión y disminución de la presencia de productos en góndola elaborados por competidores y los compromisos de exclusividad en la compra y venta, implican, como sobradamente se explicó, la exclusión de competidores del mercado, la obstrucción al ingreso y la potencial suba de precios/disminución de cantidades comercializadas en el mercado relevante de que se trate (conf. conf. LIEFELDT, Luciana Marina “Descuentos y beneficios...”, op. cit.).

Como correctamente se señala en el punto 510 del Dictamen de la C.N.D.C., los abusos exclusorios que practica Cervecería Quilmes eliminan o debilitan sustancialmente la competencia y refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando la competencia potencial. Estos efectos de los abusos de posición dominante de carácter exclusorio dan lugar a lo que se denomina “cierre anticompetitivo del mercado”, situación en la que la eliminación o debilitamiento de la competencia actual o potencial hace probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios, o afectar otras variables competitivas en detrimento de los consumidores. Y todo ello es así, habida cuenta de que por las prácticas anticompetitivas ya descriptas, los consumidores finales pierden la posibilidad de actuar sobre la competencia por medio del ejercicio de sus preferencias. Cabe destacar que la idea de “cierre de mercado” es sólo una expresión simple de la conducta imputada, la cual abarca toda acción llevada adelante para impedir el normal desenvolvimiento de la competencia en ejercicio de una posición de dominio.

Por otro lado, respecto de las alegaciones volcadas por la impugnante en cuanto a que se encuentra demostrado que la política de beneficios en los precios a los distintos PDV termina favoreciendo al consumidor, la Comisión señaló claramente por qué no correspondía tener por probadas tales alegaciones al sostener que la política de discriminación de precios fue caracterizada como beneficiosa para el interés económico general en el informe del Dr. Diego Petrecolla sobre la base de comparar la

situación actual con la de un monopolista discriminador. Sin embargo -continúa la C.N.D.C.- que la comparación que debería hacerse es entre la situación con abuso de posición dominante por parte de CMQ y una hipotética situación sin conductas anticompetitivas y con mayor grado de competencia, actual y futura (v. punto 677), conclusión ésta que no fue observada por la impugnante en su presentación.

A todo evento, se debe mencionar que la existencia de barreras a la entrada no se contrarresta con la afirmación de que CCU-CICSA han permanecido o que, incluso, han tenido algún crecimiento en su participación en el mercado nacional de la cerveza. Ello así por cuanto este mercado no se encuentra constituido únicamente por estos dos grandes actores, sino que además está formado por pequeñas empresas productoras que ven difícil su ingreso, crecimiento y/o permanencia, por las altas barreras legales y comerciales que le impone la empresa con mayor participación en el mercado.

Las circunstancias antedichas llevan a concluir que los beneficios y condiciones comerciales otorgados bajo ciertos condicionamientos negativos afectan el interés económico general y, por tanto, la conducta asumida por CMQ debe ser sancionada.

XXIX.- Habiéndose determinado que el comportamiento llevado a cabo por CMQ encuadra dentro de las conductas sancionadas por la Ley de Defensa de la Competencia, llega el turno de indagar respecto de las sanciones impuestas en la resolución secretarial.

En lo que a este punto concierne, se debe destacar, como ya se indicó en los primeros Considerandos, que la decisión administrativa ha sido impugnada no sólo por parte de la firma sancionada sino, además, por las empresas que revistieron el carácter de denunciantes en el proceso administrativo. De allí que, como primera medida, resulta prioritario indagar en la legitimación de estas últimas para cuestionar los alcances del pronunciamiento sancionatorio.

En primer lugar, no puede dejar de advertirse que la Resolución N°1054/21, el Secretario de Comercio Interior concedió el recurso de apelación interpuesto el día 9.09.21 por la firma Otro Mundo, contra la Resolución SCI N° 866/21, “*con efecto suspensivo, en los términos de los Artículos 66 y 67 de la Ley N° 27.442*” (art. 1°), adoptando la misma solución y con los mismos alcances respecto de la impugnación judicial



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

interpuesta por las otras dos denunciantes –CCU y CICSA- el 15.09.21 (art. 3°).

Una vez más, este Tribunal debe recordarle a la autoridad administrativa que no cuenta con facultades para pronunciarse en torno a la admisibilidad formal de la vía intentada. La ausencia de todo tipo de referencia normativa en la Ley N°27.442 con relación a la potestad de examinar la procedencia formal de la impugnación judicial intentada contra el acto administrativo –ya sea, para concederlo o denegarlo-, lleva a concluir que son los jueces los encargados de tal revisión (conf. esta Sala, causa n°6761/20 del 22.03.21, causa n°3123/2019 del 23.09.19, entre otras muchas). El hecho de que el recurso deba ser presentado ante el órgano o ente administrativo que dictó el acto impugnado de ninguna manera implica otorgarle a este último competencia para pronunciarse sobre su admisibilidad, debiendo la autoridad administrativa limitarse a remitir el recurso y el respectivo expediente al órgano judicial competente (conf. SANGUINETTI, Juan Carlos, “Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas: sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, Volumen: 2020, Edición: 2020. págs. 17-67).

La conclusión arribada es la que concilia con el principio de celeridad judicial y además es la más imparcial y prolija, pues ni la Secretaria de Comercio Interior, ni el futuro Tribunal de Defensa de la Competencia pueden hacer las veces de una suerte de primera instancia judicial para llevar a cabo un test de admisibilidad formal de los “recursos judiciales” que se le presenten (conf. en general respecto a los llamados recursos judiciales directos, MURATORIO, Jorge *Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo*, en A.A.V.N.; Juan Carlos CASSAGNE director, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* T. II, p. 639, Ed. L.L. 2007).

Lo resuelto por la resolución secretarial en cuanto concede el recurso directo deducido por las denunciantes –se reitera, en un claro exceso en el uso de las facultades que le fueron legalmente asignadas al Secretario de Comercio Interior-, no resulta de ningún modo vinculante para esta Sala que es quien, en definitiva, está llamada a juzgar la admisibilidad formal de la impugnación. Sólo se menciona aquel acto administrativo porque da cuenta de la evidente contradicción en la que incurre la representación

estatal. Por un lado, en la resolución dictada por aquel funcionario se conceden los recursos de apelación en los términos de los artículos 66 y 67 de la Ley N° 27.442. Pero, seguidamente, al momento de replicar las argumentaciones de las denunciadas, refiere que “... *las multas impuestas en el marco del Derecho de Defensa de la Competencia, son un instrumento que posee el Estado Nacional a los fines de incentivar a los administrados a comportarse conforme a derecho. Por lo tanto, el monto, cuantificación y determinación de las mismas, son una cuestión atinente al órgano jurisdiccional, y sus efectos solo corresponden a quien debe afrontar la obligación impuestas*”. Agrega que “... *realizada la petición por parte de los administrados interesados, el objetivo de la pretensión original fue cumplido. Por lo tanto, habiéndose cumplido con el objetivo de las denuncias interpuestas, nada queda para objetar por parte de las firmas recurrentes*” (conf. punto V.c) de la contestación de los recursos). Es decir, el señor Secretario de Comercio Interior consideró en su análisis formal que la impugnación judicial debía ser concedida pero luego de sustanciarlo, el letrado apoderado del Ministerio de Desarrollo Productivo, a grandes rasgos, al invocar en los términos que lo hace la ausencia de gravamen que le causa a las denunciadas la sanción impuesta a CMQ, pone en duda la legitimación de esos sujetos para recurrir la decisión administrativa, contradiciendo lo actuado por su propio mandante.

XXX.- Ingresando, ahora sí, en el análisis de la admisibilidad de las impugnaciones judiciales de CCU, CICSA y Otro Mundo, debe estarse a las consideraciones expuestas por el señor Fiscal Federal quien, ante la vista conferida por el Tribunal, opinó que corresponde desestimar por ausencia de legitimación las impugnaciones judiciales deducidas por las firmas competidoras de la sancionada. A ese fin señaló que aun cuando el legislador reguló expresamente el recurso directo para cuestionar la aplicación de sanciones y el cese o la abstención de una conducta, la admisibilidad de dicha vía de impugnación se encuentra también sujeta —como cualquier otra acción judicial— a que quien formula la pretensión cuente con legitimación sustancial suficiente, concepto que presupone la existencia de un gravamen derivado de la resolución impugnada.

En ese orden, mencionó que las denunciadas no cuestionan la aplicación de la sanción, sino que sus recursos se dirigen a obtener una revisión de la resolución definitiva dictada, con el objeto de que se le



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

aplique una medida más gravosa a su competidora, por imperio de la ley posterior que consideran aplicable.

Señaló que el interés que legítimamente podrían alegar las competidoras —reconocido por el legislador al habilitarles recurrir judicialmente el acto de desestimación de la denuncia— surge suficientemente satisfecho con la tramitación de la denuncia que incoaron y la posterior conclusión del procedimiento con un acto que sancionó a la firma denunciada por los hechos que dieron motivo al sumario.

Desde esa perspectiva, interpretó que la vía del recurso directo contra actos sancionatorios ha sido prevista por el legislador a fin de que la propia firma sancionada, que es la afectada de una manera directa e inmediata con la resolución, obtenga su revisión, y no para los terceros que pudieran invocar un interés legítimo o la afectación del interés económico general provocado —según su criterio— por la insuficiencia de la sanción impuesta.

En ese orden, también puntualizó que el reconocimiento de una legitimación extraordinaria en favor de las denunciadas, que las autorizara a requerir —en defensa del interés económico general— un incremento de la sanción aplicada, hubiere exigido de una norma expresa que, por lo señalado, el legislador no contempló.

Para más, observó que las denunciadas fundaron sus impugnaciones judiciales en los arts. 52 y 53 de la Ley N°25.156 y 66 y 67 de la Ley N°27.442, pero sin encuadrar su situación en ningún supuesto en particular de los allí previstos, sino por la mera circunstancia de que se encuentran entre los supuestos susceptibles de ser apelados.

Siguiendo esta línea argumental, sostuvo que de la lectura del inciso a) del art. 66 en conjunto con lo dispuesto en el art. 67 tercer párrafo, se advierte que la única interpretación razonable es entender que se trata de una vía prevista para la sancionada, dado que de lo contrario no se explicaría adecuadamente el efecto devolutivo y la exigencia de caución allí previstas. Y agregó que a la misma conclusión se llega si se analiza el texto anterior (art. 52 inc. a) en su relación con el 53) ya que allí se exigía el depósito previo de la multa para recurrir la resolución sancionatoria.

Aclaró, igualmente, que esta solución no implica negar la posibilidad de que las impugnantes puedan seguir las otras vías que prevé la Ley N° 27.442.

Sobre este punto, se refirió a que el artículo 1 de dicha ley a la hora de regular la prohibición de acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, y hacerlos pasibles de las sanciones establecidas en la ley, contempla expresamente que esos castigos lo son *“sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos”*.

En particular, recordó que en su Capítulo IX, la Ley N° 27.442 prevé una vía específica para la reparación de los daños y perjuicios generados como consecuencia de los actos prohibidos por esa norma. En este sentido, citó el artículo 62 de la ley, que dispone que *“[l]as personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia”*.

Seguidamente, hizo alusión a que en el mismo Capítulo de la LDC se especifica que *“[l]a resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a [esa] ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia [y que la] acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de [esa] ley”* (artículo 63 de la Ley N°27.442).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Del mismo modo, acudió a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC en cuanto dispone que *“[l]as personas que incumplan las normas de [esa] ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”*.

En tales condiciones, concluyó que atendiendo a todo lo expresado por las propias recurrentes en cuanto a los daños sufridos como consecuencia de las conductas que motivaron la sanción a su competidora, se verifica que aquéllas cuentan con una vía específica para obtener las indemnizaciones a las que se consideren con derecho.

El Tribunal comparte íntegramente los fundamentos expuestos por el señor Fiscal Federal ante esta Alzada el día 12.09.22, los que dan sustento a la desestimación por inadmisibles de la vía de las impugnaciones judiciales deducidas por CCU- CICSA y por Otro Mundo en sede administrativa.

XXXI.- Sólo a mayor abundamiento, esta Sala considera necesario reparar en un fundamento adicional, atendiendo para ello a uno de los argumentos señalados por CCU-CICSA a la hora de justificar su legitimación para impugnar la graduación de la sanción.

Preliminarmente, cabe tener presente que el instituto administrativo de la denuncia tiene características propias, pues permite poner en conocimiento de la Administración circunstancias que se considera que deberían ser controladas, sin conferir derecho a quien colabora con esa presentación (conf. COMADIRA, Julio R., *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 55 y 59). Se trata de un mecanismo para instar el control administrativo, mas no de una vía para el ejercicio de derechos propios (conf. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, voto de la Dra. Inés M. Weinberg en la causa n° 15925/18 “Castiñeiras, Daniel Humberto c/ GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad” del 30.09.20).

En su presentación judicial, CCU-CICSA hacen referencia a la importancia del reconocimiento de la calidad de parte al denunciante y citan, para ello, un artículo de doctrina elaborado por el Dr. Ernesto CIONFRINI, ex miembro de la C.N.D.C., a quien parecería atribuírsele una posición favorable a la defensa de las denunciantes respecto de las “posibilidades de apelar” (conf. pág. 13 del escrito presentado por CCU-CICSA).

Con motivo de esa referencia, el Tribunal procedió a compulsar el artículo citado por las denunciantes -titulado “*Control y revisión judicial en materia de defensa de la competencia*” (publicado en L.L. 2002-D, 1431)-, y su lectura detenida no permite arribar a la misma conclusión que le asignan las denunciantes a los dichos del doctrinario. Es verdad que allí se efectúa una crítica bastante tenaz, con relación al modo en que el legislador había estructurado los procedimientos relativos a la defensa de la competencia bajo el régimen de la Ley N°25.156 pues, según el parecer del escritor, se trata de un procedimiento en el que la CNDC/TNDC tienen un poder inmenso para investigar, conducir el procedimiento o no conducirlo, y disponer sobre las pruebas y la decisión final; acumulando así, las funciones de Ministerio Público y de Poder Judicial y parte de esa premisa, para endilgar un control insuficiente de sus decisiones. Críticas que, por sus fundamentos, bien podrían ser trasladadas al nuevo régimen que dispone la Ley N°27.442.

Pero, en ningún momento, el Profesor Cionfrini deja entrever que esas deficiencias conduzcan a reconocer la legitimación de las denunciantes para “apelar” las decisiones, y lo deja en claro en varios de sus pasajes, como cuando señala que “... el denunciante no puede apelar las decisiones del tribunal, ni los autos ni la decisión final, por no ser parte en el proceso, lo cual, como dijimos, es acertado” (el destacado ha sido colocado por el Tribunal). En otro pasaje, expone algunas propuestas para contrarrestar la actuación del órgano administrativo y dice que “*La problemática planteada es muy relevante porque se trata de la investigación y sanción de conductas económicas que hacen al funcionamiento de los mercados y éste afecta directamente la economía general y el bienestar general de la población; y en numerosas situaciones, una falla en el funcionamiento de los mercados produce enormes perjuicios*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

a los consumidores o a la economía general... La solución a esta problemática no está, a nuestro juicio, en otorgar al denunciante..., el carácter de parte y la legitimación para controlar la prueba y apelar, ya que ello puede llegar a permitirle obstruir el procedimiento” (el subrayado no corresponde al texto original).

De lo expuesto se colige que la cita que efectúa la impugnante, lejos de justificar su postura, reafirma la solución a la que arriba la Sala en cuanto a que no se encuentra legitimada para cuestionar la imposición de un castigo decidido por el órgano administrativo sancionador. Con mayor razón se deben desestimar sus presentaciones, porque lo que se pretende es cuestionar la gravedad de la sanción impuesta, lo que no produce, como regla general, efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno. Las denunciantes activaron el procedimiento sumarial, en los términos que las legitima la LDC, y por ello debe considerarse que la imposición de la sanción constituye, por sí misma, la satisfacción del interés perseguido al promoverlo.

En definitiva, el art. 66 de la Ley de Defensa de la Competencia le reconoce al denunciante legitimación para “apelar” la desestimación de su presentación mas no para venir a esta Cámara a objetar la sanción que se le aplicó a quien imputó por considerarla insuficiente.

XXXII.- Resta, entonces, pronunciarse en punto a las sanciones impuestas por la Secretaría de Comercio Interior, las que fueron cuestionadas por la impugnante por entender que las órdenes de cese dispuestas en la resolución recurrida son improcedentes, dado que según su parecer violan el principio de igualdad, distorsionan la competencia y no se subsumen en ninguna infracción a la Ley N°25.156. A continuación, dedica unas últimas reflexiones a la procedencia de la multa como, asimismo, a la cuantía fijada por la funcionaria que dictó la sanción.

Sobre este punto, cabe precisar que el control judicial de la potestad sancionatoria reconocida por la ley al órgano técnico se encuentra dirigido a verificar su razonabilidad, y procede en la medida en que se acredite la arbitrariedad o ilegitimidad del ejercicio de esa potestad (conf. C.S.J.N., *Fallos*: 315:503).

En tal inteligencia, la fijación del tipo de sanción –y, eventualmente, el *quantum* del castigo- es una actividad que -como principio- es del resorte primario de la Administración, configurando el ejercicio de un poder propio. Dentro de ella, la competencia ha sido asignada a un órgano especializado cuyos actos han de ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad (conf. C.N.C.A.F., Sala II, causa n° 8191/2014, ya citada).

A esta altura, se encuentra fuera de todo debate la comisión de las infracciones por las que fue penada CMQ en el proceso sumarial. Entonces, corresponde indagar si los argumentos expuestos para cuestionar las sanciones impuestas por el organismo de control resultan idóneos para dejarlas sin efecto.

La Secretaría de Comercio Interior ordenó a la firma CMQ una serie de medidas de abstención en su proceder en el mercado que se encuentran estrechamente relacionadas con los comportamientos demostrados, los cuales, analizados en conjunto, llevaron a tener por probada la conducta anticompetitiva de la firma cervecera. Así es que dispuso que la empresa sancionada cese de llevar adelante las siguientes acciones, a los fines de garantizar la competencia: **a.-** no podrá establecer ningún tipo de acuerdo comercial (formal o informal) con los puntos de venta (tanto *On Premise* como *Off Premise*) que tenga por objeto o efecto generar restricciones verticales sobre los canales de comercialización, como por ejemplo: (i) la exclusividad de venta de sus productos; (ii) ofrecer como primera opción sus productos; (iii) eliminar a los competidores de las cartas, menú u otros; (iv) limitar o prohibir la exhibición de los productos de la competencia a través de acuerdos de espacios exclusivos en góndolas o punteras y; (v) en los puntos de venta (PDV) con espacio limitado para la disposición de una sola heladera (como kioscos y almacenes), la firma CMQ no podrá exigir el uso exclusivo de éstas para refrigerar los productos que distribuye; **b.-** la firma CMQ deberá mantener una estrategia de comercialización de sus marcas de cerveza en forma independiente del resto de las bebidas que distribuye. No podrá establecer descuentos cruzados entre distintos productos, ni sujetar la venta de un producto a la adquisición de otro; **c.-** los acuerdos de publicidad y promoción exclusiva de sus marcas de cerveza -a través de la entrega de mobiliario, marquesina u otros- deberán cumplir las siguientes condiciones: **(i)** duración máxima de tres años; **(ii)** cláusulas precisas de rescisión anticipada luego del primer año;



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

(iii) no establecer mecanismos de renovación automática; (iv) no podrán prohibir la venta de productos de la competencia, ni establecer un orden de preferencia en la oferta de productos; y (iv) permitir la inclusión de los productos de los competidores en las cartas o menú; d.- asimismo, deberá hacer saber de forma fehaciente e inequívoca a todos los puntos de venta con los que tiene acuerdos formales o informales de las nuevas condiciones de comercialización.

XXXIII.- Ingresando en las críticas de CMQ, respecto DE este punto, se debe señalar que la cuestión relativa a la distorsión de la competencia que le atribuye a las órdenes impartidas por la resolución secretarial encuentra acabada respuesta en las consideraciones que hasta aquí ya han sido, holgadamente, explicitadas, tanto por el organismo de control, como así también por este Tribunal, a la hora de describir el funcionamiento del mercado relevante en el que se desempeña la firma sancionada y el impacto negativo de su conducta hacia el ingreso, permanencia y crecimiento de los otros jugadores que participan o pretenden participar en el mercado. Es que sería incongruente sostener que el cese de las prácticas que fueron analizadas y cuyas consecuencias se han revelado como nocivas para el correcto funcionamiento del mercado, podría distorsionar la competencia. Justamente, la autoridad administrativa ha dado cuenta de por qué las estrategias comerciales de CMQ analizadas en su conjunto -dirigidas y pensadas para los distintos sectores que comercializan sus cervezas- terminan traducándose en prácticas exclusorias de la competencia, las que por su carácter distorsionador, deben concluir.

Párrafo aparte merece la mención del principio de igualdad en el que pretende ampararse. La impugnante trae a colación que impedir que su parte realice determinados acuerdos que no se encuentran prohibidos a otros actores que conforman el mercado de la cerveza, vulnera esa invocada igualdad ante la ley. El análisis jurídico que expone, que evidencia un sólido desarrollo, se desarticula al analizar la posición dominante que ella ocupa en el mercado, y cuyos alcances no pueden escindir de las consecuencias que genera su proceder. Este tema, ya fue elaborado en el Considerando 24.5 del presente, donde la Sala se explayó en las argumentaciones relativas a la imposibilidad de asimilar el impacto de las conductas de quien tiene y quien no, una posición dominante en el mercado.

Sólo a mayor abundamiento, debe recordarse que el principio de igual protección de la ley, cuyo contenido se identifica con el concepto

mismo de justicia, exige tanto diferenciar como equiparar, de allí que no toda distinción de trato puede considerarse violatoria de dicho principio. En el mismo orden argumental, un tratamiento igualitario, que ignore diferencias relevantes, puede constituir un supuesto de discriminación (conf. DIDIER, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 38). Esta es la situación que acontece en el *sub lite*, en el cual ya se dio cuenta de que ninguno de los competidores participa en el mercado nacional de la cerveza como lo hace Cervecería Quilmes.

XXXIV.- Por otra parte, la quejosa manifiesta su disconformidad de manera diferenciada en cuanto a cada una de esas órdenes, pese a lo cual muchos de sus argumentos trasuntan, nuevamente, en que su parte no realizó tales actos. El razonamiento que podría extraerse de sus críticas es el siguiente: ¿cómo puede la autoridad de control ordenar, como medidas correctivas, el cese de conductas cuya consumación no se encuentra demostrada? (conf. punto III.9. (ii) (iv) (v) (vii)).

En orden a la línea argumental que allí se sigue, a los fines de desestimar los dichos de la impugnante, es necesario señalar dos aspectos que sellan la suerte de esas alegaciones. Por un lado, la consumación de las distintas estrategias comerciales cuyo cese se ordena ya ha sido analizada al tenerse por acreditado el comportamiento de la accionada. Dicho de otro modo, no parece coherente revocar la orden de cese por no demostrarse el presupuesto que la originó, cuando ya se ha constatado que la realización de esos actos por parte de quien ostenta una posición dominante resulta perjudicial para la competencia. La firma sancionada insiste, en su natural ejercicio del derecho de defensa, una y otra vez con que no realiza las conductas identificadas. Bien, aun asumiendo la mejor de las hipótesis para esa parte en cuanto a que Cervecería Quilmes no practica esos comportamientos en el mercado, tampoco se observa nítidamente cuál sería el gravamen que experimenta al ser constreñida a no realizar acuerdos o fijar condiciones que, según ella dice, no celebra ni impone.

Además, tampoco pueden ser atendidas en esta instancia las referencias que se formulan en cuanto a la falta de precisión de las órdenes impartidas en la resolución secretarial, las que han sido ejemplificadas por la autoridad administrativa en la parte resolutive del acto impugnado y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

cuyos alcances, en caso de gravitar alguna duda interpretativa, se encuentran más bien dirigidos a la etapa de ejecución de lo decidido que a la etapa de revisión del temperamento sancionatorio. En ese sentido, en lo relativo a las deficiencias que se le achacan al modo en que fueron dispuestas las notificaciones de lo resuelto a todos los PDV, teniendo en cuenta la forma devolutiva en que se conceden las impugnaciones judiciales (conf. art. 67 –tercer párrafo- de la Ley N°27.442) y el tiempo transcurrido entre la resolución cuestionada y este pronunciamiento, hasta podría haber devenido abstracto el pronunciamiento de este Tribunal con relación a este punto, dado que al haber pasado algo más de un año y medio del dictado de la Resolución N°866/21, esos anoticiamientos ya debieron haber sido practicados en sede administrativa.

En otro orden de ideas, CMQ cuestiona que se la obligue en los PDV con espacio limitado para la disposición de una sola heladera (como kioscos o almacenes) a no exigir el uso exclusivo para refrigerar los productos que distribuye. Sobre este punto, refiere que esta decisión viola el derecho de propiedad y distorsiona la competencia al incentivar comportamientos oportunistas de sus competidores que se verían favorecidos con refrigerar gratis sus productos, pese a que la inversión millonaria en heladeras la realizó la firma sancionada.

Sobre el punto en cuestión, la decisión administrativa es suficientemente clara en cuanto a la motivación en la cual se justifica, al disponer que si bien en las grandes superficies existe la posibilidad de entrada de competidores que ofrezcan gratuitamente la heladera al punto de venta y hasta es posible encontrar razones relacionadas al *free riding* o al comportamiento estratégico, en los locales pequeños estas justificaciones tienen menor peso con relación a la pérdida de presión competitiva. La combinación de las escasas dimensiones de este tipo de comercios y el tipo de demanda asociado a su consumo inmediato, hace que la política comercial de CMQ tendiente al uso exclusivo de sus heladeras derive en la integración vertical de este canal de venta y la imposibilidad de ingreso de los competidores.

El Tribunal entiende, entonces, que la prohibición atacada por la firma sancionada es una solución razonable, pues tiende a impedir que mediante la estrategia que se detalla se obstaculice la comercialización de productos de la competencia. Es decir, el mandato de no poder exigir al PDV la colocación exclusiva de sus productos en un comercio con una sola

heladera, no conlleva la vulneración de su derecho de propiedad pues, naturalmente, Cervecería Quilmes puede optar por no proveer a los comercios de menores dimensiones este tipo de artículos refrigerante y redireccionar sus estrategias comerciales en ese segmento hacia otras propuestas que no impacten negativamente en el mercado. Lo que no se le permite, en todo caso, es que si la firma se decide por aquella estrategia comercial en ese tipo particular de locales, pueda imponer como requisito la imposibilidad de refrigerar ahí productos de la competencia. Es claro que esa práctica se traduce, sin más, en la exclusión de sus competidores.

A todo evento, es del caso señalar con respecto a la subsunción de las conductas a la Ley N°25.156 y el análisis que se efectúa del artículo 3° de la Ley N°27.442, que los argumentos de la impugnante en este acápite vuelven a reparar en la ausencia de demostración de las conductas que tipifica la norma, defensa que a esta altura no puede ser admitida dada la demostración, a lo largo del proceso sumarial, del abuso de su posición de dominio mediante la realización de conductas exclusorias que implicaron una restricción vertical en ambos canales de venta.

XXXV.- Finalmente, expone su desavenencia en lo relativo al monto de la multa, sosteniendo a grandes rasgos que no se encuentran configurados los presupuestos para la aplicación del monto máximo que dispone el artículo 46, inciso b), de la Ley N°25.156.

En lo relativo a este *item*, se debe señalar que la resolución impugnada fijó el monto máximo de la multa, echando mano a la previsión contenida en la norma citada, que faculta a la autoridad de control a la fijación de distintos tipos de sanciones aplicables a quienes infringieren las disposiciones de esa ley y sus reglamentaciones. En su inciso b), establece expresamente, que ***“...los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III, serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), que se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán”***. En ese sentido, se reitera una vez más que el tipo de castigo fijado fue adoptado por la funcionaria a quien la normativa le asignó competencia



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

específica para controlar el funcionamiento del mercado. En ese sentido, la resolución atacada explicitó que el máximo de la multa establecido por la Ley N°25.156 es de PESOS CIENTO CINCUENTA MILLONES (\$150.000.000), y representa aproximadamente el 1% de las ganancias percibidas en el período 2015-2016 (menor a toda la conducta analizada) y el 0,9% de los activos de la empresa para el mismo período. Asimismo, se remitió al dictamen de la C.N.D.C., el cual se explaya en los puntos 839 a 864 formulando un análisis económico que justifica la imposición de esa pena. El juicio técnico de la autoridad de aplicación del régimen legal debe ser respetado; salvo que, claro está, se haya logrado demostrar su ilegitimidad o su falta de racionalidad.

La recurrente no demostró la arbitrariedad, irrazonabilidad, ni la falta de explicación de los castigos aplicados, resultando atinado recordar que la operación de criticar es muy distinta a la de disentir. La crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación de la decisión que se objeta, con miras a demostrar los errores jurídicos y fácticos que aquella pudiera contener; mientras que, disentir implica meramente exponer que no se está de acuerdo con lo resuelto. Bajo esta línea de análisis, debe concluirse que la impugnante se limita a una visión subjetiva de sentido contrario a la de la Administración, sin acreditar que la Secretaría de Comercio Interior haya incurrido en ilegitimidad o irrazonabilidad en el ejercicio de sus funciones ni, en particular, en un exceso de punición por haber omitido explicar las circunstancias que la llevaron a aplicar los castigos referidos, ni tampoco rebatir la veracidad o exactitud de las pautas que se tuvieron en ponderación para imponer la multa respectiva (conf. C.N.C.A.F., Sala III, causa n° 709/09, “Standard Bank Argentina S.A. y otros c/ C.N.V.. Resol. 17034/13 s/ recurso directo”, del 8.10.19).

Por cierto, no escapa al conocimiento de esta Sala que de acuerdo con lo explicitado en los Considerandos VII y VIII de la presente en cuanto al encuadre jurídico del asunto, el órgano sancionador no se encontraba impedido de fijar la cuantía de la multa de conformidad con los montos dispuestos por la Ley N°27.442. Empero, el límite de la competencia de este Tribunal está dado por los términos de la impugnación judicial de la firma sancionada, encontrándose vedada la posibilidad de perjudicar su situación de afectado de acuerdo con la *non reformatio in peius*. En este sentido, la prohibición de reformar en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales. Así, conducen hacia

esa prohibición los principios *nemo iudex sine actore*, expresión clásica del proceso dispositivo; del *nec procedat iudex ex officio*, que prohíbe, en línea general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación. El juez de la apelación no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum* (conf. COUTURE, Eduardo, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", 1981, Ed. Depalma, p. 368; C.S.J.N. *Fallos*: 344:2459).

De este modo lo ha resuelto el máximo Tribunal al revocar una sentencia en la cual un juez en lo penal económico con conocimiento en la apelación deducida por una multa impuesta por infracción a la Ley N°11.275 aumentó el monto de aquélla por considerarla inadecuada a la infracción cometida. En aquel precedente, se sostuvo que la falta de recurso acusatorio impide agravar la pena en perjuicio del único apelante, que perseguía la revocación o disminución de la impuesta por el organismo apelado. La *reformatio in peius* se vincula al gravamen que experimenta el apelante y no al acierto en la aplicación de las normas que rigen el caso (conf. C.S.J.N. *Fallos*: 251:523).

A la luz de todos los principios expuestos, resulta ajustada a derecho la imposición de las ordenes de cese de las distintas conductas y la cuantía de la multa fijada, por cuanto se tiene en cuenta la trascendencia del bien jurídico tutelado y que la sanción fue impuesta por la Secretaría de Comercio Interior en ejercicio de su poder de policía.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**: a) Desestimar la impugnación judicial de Cervecería y Maltería Quilmes, con costas por su orden atendiendo a la complejidad intrínseca del asunto (art. 68 –segundo párrafo- del C.P.C.C.N.); b) Rechazar el recurso de apelación deducido por Compañía Industrial Cervecera S.A.; Compañía Cervecerías Unidas de Argentina S.A. y Otro Mundo Brewing Company. Las costas se imponen en el orden causado, en atención a que ante el criterio de la autoridad administrativa de conceder la impugnación interpuesta al denunciante, pudieron considerarse legitimadas para impugnar en esta sede (art. 68, 2da. parte de C.P.C.C.N.); c) En consecuencia, confirmar la Resolución n° 866/21 de la Secretaría de Comercio Interior.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Regístrese y notifíquese y al Ministerio Público Fiscal en la forma solicitada en su dictamen.

Oportunamente, devuélvanse las constancias acompañadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que fueron remitidas a pedido del Tribunal –junto con una copia de lo aquí decidido- y archívense estas actuaciones judiciales en el Sistema de Gestión Lex 100.