

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 126/2018
La Paz, 19 de noviembre de 2018

VISTOS:

El Auto Administrativo de fecha 18 de mayo de 2017 de inicio de Diligencias Preliminares; la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 94/2018 de 16 de agosto de 2018; los descargos presentados por Cervecería Boliviana Nacional S.A.; Informe Técnico AEMP/DTDCDN/ALB/N° 162/2018 de 15 de noviembre de 2018 e Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/CNC/N° 163/2018 de 16 de noviembre 2018 emitidos por la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la AEMP; la normativa aplicable vigente, y todo lo que se vio y se tuvo presente;

CONSIDERANDO: (Antecedentes)

Que, mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 94/2018 de 16 de agosto de 2018 (fojas 1626 – 1692; en adelante RA 94/2018), se dispuso:

PRIMERO. RECHAZAR la denuncia de la empresa **Cervecería Nacional Potosí Ltda.** contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta venta condicionada de productos, al no encontrarse suficientes indicios que se adecúen a la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 11, numeral 3, del Decreto Supremo N° 29519.

SEGUNDO. RECHAZAR la denuncia de la empresa **Cervecería Nacional Potosí Ltda.** contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta concertación entre varios agentes económicos para rehusarse a vender, al no identificarse suficientes indicios que se adecúen a la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 11, numeral 5, del Decreto Supremo N° 29519.

TERCERO. INICIAR a denuncia de la empresa **Cervecería Nacional Potosí Ltda.**, procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta infracción de la conducta anticompetitiva prevista en el artículo 11, numeral 8, del Decreto Supremo N° 29519, en razón al otorgamiento de incentivos a los puntos de venta (PDV) en el mercado relevante determinado a nivel de **Comercialización** de cerveza en la ciudad de Potosí, con el requisito de no adquirir ni vender los bienes producidos, distribuidos o comercializados por **Cervecería Nacional Potosí Ltda.** o por otros agentes económicos, durante los meses de enero de 2016 a diciembre de 2016.

CUARTO. INICIAR a denuncia de la empresa **Cervecería Nacional Potosí Ltda.**, procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta infracción de la conducta anticompetitiva prevista en el artículo 11, numeral 10, del Decreto Supremo N° 29519, en razón al establecimiento de distintos precios de venta de su producto **Paceña Pilsener de 1 litro** para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones en el mercado relevante determinado a nivel de **Distribución Secundaria**, durante los meses de marzo de 2016 a diciembre de 2016.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



QUINTO. RECHAZAR la denuncia de la empresa **Cervecería Nacional Potosí Ltda.**, contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta acción de incrementar los costos, obstaculizar su proceso productivo y reducir su demanda, al no identificarse suficientes indicios que se adecúen a la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 11, numeral 11, del Decreto Supremo N° 29519.

SEXTO. INICIAR procedimiento administrativo sancionador contra los directores y ejecutivos de la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por su participación durante el ejercicio de sus funciones en las decisiones que motivaron la comisión de las presuntas conductas anticompetitivas descritas en el artículo 11, numerales 8 y 10 del Decreto Supremo N° 29519, en el siguiente orden:

- **MARCIO FROES TORRES**, en su condición de **PRESIDENTE DEL DIRECTORIO** de **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**
- **HERNÁN GUILLERMO ATELLA** en su condición de **GERENTE GENERAL** de **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**
- **JOSÉ ANDRÉS ABRAHAM HANDAL**, en su condición de **GERENTE DE VENTAS** de **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**
- **SERGEI CHRISTIAN GOMEZ UZQUEDA**, en su condición de **GERENTE DE PLANEAMIENTO, PRECIO Y RTM** de **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**
- **PATRICIO FERNANDO OLMOS ARDAYA**, **GERENTE REGIONAL DE VENTAS** de **Cervecería Boliviana Nacional S.A.** para Potosí.

SÉPTIMO. INICIAR procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por la presunta **distorsión de información** que señala el artículo 39, numeral 4 del Reglamento de regulación de la competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de mayo de 2008 y el artículo 25 del Reglamento para la Graduación de Infracciones y Aplicación de Sanciones en el marco del Decreto Supremo N° 29519 y su Reglamento, aprobado por Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 071/2014, modificada por la Resolución Administrativa AEMP/DTDCDN/N° 082/2016 de 17 de octubre de 2016, en razón a la posible distorsión de información referente a los precios sugeridos a los PDV de la cerveza Pacea Pilsener de un (1) litro, de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución Administrativa.

OCTAVO. INICIAR procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **Cervecería Boliviana Nacional S.A.**, por el presunto **ocultamiento de información** que señala el artículo 39, numeral 4 del Reglamento de regulación de la competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de mayo de 2008 y el artículo 25 del Reglamento para la Graduación de Infracciones y Aplicación de Sanciones en el marco del

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Decreto Supremo N° 29519 y su Reglamento, aprobado por Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 071/2014, modificada por la Resolución Administrativa AEMP/DTDCDN/N° 082/2016 de 17 de octubre de 2016, en razón al posible ocultamiento de información requerida en el punto 28 del Anexo-CBN-Período 2014-2016 del Auto administrativo de 18 de mayo de 2017 relacionado con los insumos importados, de acuerdo al análisis contenido en la presente Resolución Administrativa.

La referida Resolución Administrativa de inicio de procedimiento sancionador fue notificada en fecha 29 de agosto de 2018 al señor José Andrés Abraham Handal; en fecha 03 de septiembre de 2016 a CBN; en fecha 04 de septiembre de 2018 a Marcio Froes Torres y en fecha 10 de septiembre de 2018 a Patricio Fernando Olmos Ardaya, Sergei Christian Gómez Uzqueda y Hernán Guillermo Atella.

A través del memorial presentado en fecha 06 de septiembre de 2018, CBN solicitó la aclaración y complementación de la RA 94/2018 alegando la existencia de incongruencias y ambigüedades en su contenido; de igual manera, el señor Hernán Guillermo Atella en fecha 12 de septiembre de 2018 solicitó la aclaración y complementación de la referida resolución. En respuesta a ambas peticiones, se emitió el Auto Administrativo de fecha 13 de septiembre de 2018 (fojas 1749 – 1766) que dispuso su rechazo ya que ninguna de las solicitudes se enmarcaba en lo previsto por el artículo 36, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (Ley N° 2341).

El citado Auto Administrativo dispuso a su vez, corregir, de oficio, errores materiales advertidos en las páginas 33, 36, 57, 70, 89 y 109 de la RA 94/2018, y, en fecha 20 de septiembre de 2018, fue notificado a los presuntos infractores, así como a la empresa denunciante.

Mediante Auto Administrativo de fecha 11 de octubre de 2018, se dispuso la apertura del término para la producción de pruebas dentro del procedimiento administrativo sancionador iniciado, acto que fue notificado en fecha 12 de octubre de 2018 a todos los involucrados.

En fecha 11 de octubre de 2018, CBN solicitó la anulación del procedimiento iniciado arguyendo que la AEMP no solicitó al denunciante la ratificación de su denuncia, y, a su vez, presentó argumentos y pruebas en calidad de descargo consistente en 22 anexos; ante ello, se emitió la providencia de fecha 16 de octubre de 2018 disponiendo no ha lugar a la anulación solicitada considerando que en aplicación del artículo 35, parágrafo II y del artículo 36, parágrafo IV, de la Ley N° 2341, las nulidades y anulabilidades pueden invocarse únicamente mediante recursos administrativos. En cuanto a los hechos descritos en el citado memorial y la documentación aportada, se dispuso tenerlos por presentados para su consideración en observancia del artículo 46, parágrafo II, de la Ley N° 2341.

Adicionalmente, en la citada providencia se dispuso también la notificación de CNP con el referido memorial presentado por CBN para que ratifique su denuncia en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente hábil a su notificación con dicha providencia. En respuesta, mediante memorial presentado en fecha 24 de octubre de 2018, CNP realizó la ratificación de la denuncia, por presuntas prácticas anticompetitivas,

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



interpuesta ante la AEMP en fecha 03 de agosto de 2016, actuación que fue arrimada a los antecedentes del proceso sancionador iniciado contra CBN.

Así también, CNP, mediante memorial presentado en la AEMP en fecha 29 de octubre de 2018, ratificó pruebas documentales y materiales cursantes en los antecedentes de la denuncia que presentó contra CBN, por lo que, mediante providencia de fecha 30 de octubre de 2018, se tuvieron por ratificadas las mismas.

Posteriormente, en fecha 05 de noviembre de 2018, CBN ratificó su memorial de descargos de fecha 11 de octubre de 2018 así como la prueba adjunta al mismo y, adicionalmente, complementó la información presentada como anexo 22, adjuntando documentación a través de los anexos 1 y 2; de igual manera, complementando el punto IV de su memorial de descargos, presentó documentación en su anexo 3. En el mismo escrito CBN reiteró la existencia de violaciones al debido proceso pidiendo nuevamente se anule el procedimiento hasta el vicio más antiguo. En respuesta, se emitió la providencia de fecha 08 de noviembre de 2018, disponiendo que la anulación solicitada se ajuste a lo dispuesto por los artículos 35, párrafo II y 36, párrafo IV de la Ley N° 2341.

Mediante Auto Administrativo de fecha 06 de noviembre de 2018, se dispuso la clausura del término de prueba y se convocó a las partes a audiencia para el día martes 13 de noviembre de 2018, a efectos de escuchar sus alegatos, acto administrativo que fue realizado en la fecha prevista con la participación de representantes de CBN y CNP, los ejecutivos de CBN MARCIO FROES TORRES, HERNÁN GUILLERMO ATELLA, JOSE ANDRÉS ABRAHAM HANDAL, SERGEI CHRISTIAN GOMEZ UZQUEDA, y PATRICIO FERNANDO OLMOS ARDAYA no se presentaron a la audiencia de alegatos. Por otra parte, cabe señalar que CNP presentó memorial de alegatos en la misma fecha de la audiencia.

CONSIDERANDO: (Valoración técnica y jurídica de los descargos, alegaciones, y explicaciones presentadas)

Que, en respuesta a los cargos formulados mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 94/2018 de 16 de agosto de 2018, CBN presentó descargos, alegaciones y explicaciones a través del memorial de fecha 11 de octubre de 2018; asimismo, en vigencia del término de prueba dispuesto mediante Auto Administrativo de fecha 11 de octubre de 2018, ratificó lo alegado y presentado a través de su memorial de descargos y presentó nueva documentación adjunta al escrito de fecha 05 de noviembre de 2018.

Que, asimismo, de antecedentes se evidencia que habiéndose formulado cargos contra MARCIO FROES TORRES, Presidente de Directorio, HERNÁN GUILLERMO ATELLA, Gerente General, JOSE ANDRÉS ABRAHAM HANDAL, Gerente de Ventas, SERGEI CHRISTIAN GOMEZ UZQUEDA, Gerente de Planeamiento, Precio y RTM, y PATRICIO FERNANDO OLMOS ARDAYA, Gerente Regional de Ventas para Potosí, los citados, a pesar de su legal notificación no presentaron descargo alguno dentro del procedimiento administrativo sancionador, y si bien, el segundo de los nombrados ejecutivos se apersonó en el proceso fijando inclusive domicilio a efectos de futuras notificaciones, dicha actuación se circunscribió a solicitar la aclaración y complementación de la RA 94/2018, sin haber expresado en su contenido, argumentos de descargos en relación a los cargos referidos

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

Mediante Informe Técnico AEMP/DTDCDN/ALB/N° 162/2018 de 15 de noviembre de 2018 e Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/CNC/N° 163/2018 de 16 de noviembre 2018, cuyo contenido se encuentra plasmado en la presente resolución, se realizó el análisis técnico-económico y jurídico de la conducta de CBN en los mercados de comercialización y distribución secundaria de cerveza, y la valoración de los argumentos, descargos y pruebas presentadas por CBN, en los que se señala:

1 Respecto a violaciones al debido proceso

CBN, en su memorial señala que la notificación de cargos ha prescindido del procedimiento administrativo legalmente establecido en los artículos 16 de la RM 190 y 43 de la LPA, refiriendo que:

13. Al respecto, el artículo 16 de la RM 190 concordante con el artículo 43 de la LPA expresamente establece:

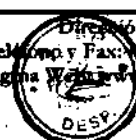
“...la Superintendencia requerirá al interesado para que ratifique la denuncia, subsane la deficiencia o acompañe la información faltante, con la indicación de que, si así no lo hiciera en un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud y disponiendo el archivo del caso.” (énfasis agregado).

14. Sobre el particular, hacemos notar que la jurisprudencia del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), en un caso prácticamente idéntico al nuestro ha establecido:

“[s]obre el particular y efectuando el análisis del contenido conceptual del término “Requerirá”, se tiene que el mismo implica el hecho de demandar o exigir algo indispensable; es decir que por tal precepto se entiende que la administración tiene la obligación de exigir al interesado, la ratificación de su denuncia esencialmente y en su caso se proceda a la corrección o complementación. Al efecto es que, si bien se podría suponer que la denuncia presentada por ADISERCRUZ, cumpla con todos y cada uno de los requisitos del Artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el hecho de que también contaba con todos los elementos necesarios para el inicio del proceso; la norma establece de manera imperativa que se debía “Requerir la Ratificación de la denuncia”; elemento al que además se le ha fijado un periodo de tiempo (...).

En tal sentido es que se puede evidenciar que de una y otra forma, primero que la Autoridad Administrativa (AEMP) no cumplió con el procedimiento establecido, pues a más de solicitar en reiteradas oportunidades información a la empresa denunciada, ha omitido requerir la ratificación de la denuncia conforme lo establece la norma, por un lado; pero por otro y con peores consecuencias, se puede configurar el desconocimiento flagrante del principio de Imparcialidad, inserto en el Inciso f) Artículo 4 de la Ley No. 2341, por el cual las Autoridades deben actuar evitando cualquier discriminación o diferencia entre los administradores, elemento que también implica la vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación, presunción de inocencia y derecho a la defensa de la empresa

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



denunciada, consiguientemente se desconocen elementos esenciales y configurativos del debido proceso; aspectos que no pueden ser soslayados en el presente análisis [...] (énfasis agregado) (Resolución Jerárquica MDPyEP N° 003/2017 (Anexo 1).

15. A partir del razonamiento indicado, el MDPyEP anuló el procedimiento concluyendo que la AEMP: "(...) no ha dado estricto cumplimiento con el procedimiento establecido, con lo que vulneró la norma vigente, omitió tratar a las partes con igualdad y afectó la capacidad de administrado de defenderse de manera efectiva" (énfasis agregado).

16. Como vuestra Autoridad podrá apreciar de la lectura del extracto citado, el caso que nos ocupa ES EXACTAMENTE IGUAL, en cuanto a la omisión de la ratificación de la denuncia, tal como ocurrió en la Resolución Jerárquica MDPyEP N° 003/2017, ya que al igual que en el mencionado caso, la AEMP no solicitó al denunciante la ratificación de la denuncia en los plazos legamente establecidos, vulnerando de esta forma la normativa procesal vigente, y los derechos al debido proceso y a la igualdad procesal de CBN.

17. En tal sentido, en cumplimiento de la normativa procesal aplicable y de la jurisprudencia emitida por la autoridad jerárquica superior, el procedimiento administrativo debe anularse hasta el vicio más antiguo, subsanando el vicio procesal apuntado, que lesiona los derechos constitucionales de nuestra empresa.

Al respecto, conforme se ha señalado en el acápite de antecedentes se tiene que mediante providencia de fecha 16 de octubre de 2018, se dispuso la notificación de CNP con el memorial presentado en fecha 11 de octubre de 2018, para que ratifique la denuncia en virtud de la cual se inició procedimiento sancionador en contra de CBN y sus ejecutivos, lo cual dio lugar a la presentación del escrito de fecha 24 de octubre de 2018, en cuyo contenido CNP ratificó expresamente la denuncia que interpuso en fecha 03 de agosto de 2016, habiéndose de esa manera atendido lo requerido por ésta autoridad y en consecuencia lo observado por CBN.

No obstante, en fecha 05 de noviembre de 2018, CBN reiteró su alegación referente a la existencia de supuestos vicios de nulidad pidiendo nuevamente la anulación del procedimiento sancionador iniciado en su contra, petición que, a efectos de su consideración y respuesta de fondo, amerita ser ajustada a lo previsto por los artículos 35, parágrafo II y 36 parágrafo IV de la Ley N° 2341, tal como se ha referido en la providencia de fecha 08 de noviembre de 2018 e interponer el recurso de revocatoria respectivo; en consecuencia, en esta instancia, la autoridad no se encuentra facultada para resolver la nulidad alegada por CBN.

Al respecto, es necesario dejar constancia que cuando CBN reiteró su solicitud de anulación en fecha 05 de noviembre de 2018, el supuesto vicio de nulidad que alegó, ya no existía, **pues en estricta aplicación de lo previsto por el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, a esa fecha la AEMP adoptó las medidas más convenientes para corregir el hecho observado**, requiriendo a CNP la ratificación de su denuncia ya que en fecha 24 de octubre de 2018 CNP ya había ratificado su denuncia, resultando fuera de lugar que CBN reiterare la anulación del procedimiento.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Asimismo, corresponde se tenga presente que las facultades que otorga el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113 a la autoridad administrativa, para que, **en cualquier estado del procedimiento**, disponga la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo, o, **adopte las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas**, son excluyentes entre sí, lo que significa que a la fecha, al haberse ratificado la denuncia de CNP y corregido de esa manera la omisión argüida por CBN, no existe necesidad alguna de declarar la nulidad de obrados en el presente caso.

Debe tenerse en cuenta también que el artículo 35 de la Ley N° 2341, señala taxativamente los casos en los cuales los actos administrativos son nulos de pleno derecho, casos cuya concurrencia no se ha identificado en la petición de CBN, lo que constituye un hecho más que hace innecesaria una declaratoria de nulidad en el presente procedimiento. La misma norma en su artículo 36, dispone que cuando el acto administrativo incurra en cualquier infracción distinta a las previstas en el artículo 35 referido, es anulable, situación que al igual que en el caso anterior no ha acontecido, por lo que su consideración también resulta innecesaria.

No obstante, y aún en el supuesto de haber acaecido alguno de los casos referidos, corresponde tener presente que el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia Constitucional N° 1646/2014 de 21 de agosto de 2014, en cuya fundamentación jurídica cita a la SC 0242/2011-R de 16 de marzo, determinó:

"... el que demande por vicios procesales, para que su incidente sea considerado por la autoridad judicial, debe tomar en cuenta las siguientes condiciones: 1) El acto procesal denunciado de viciado le debe haber causado gravamen y perjuicio personal y directo; 2) El vicio procesal debe haberle colocado en un verdadero estado de indefensión; 3) El perjuicio debe ser cierto, concreto, real, grave y además demostrable; 4) El vicio procesal debió ser argüido oportunamente y en la etapa procesal correspondiente; y, 5) No se debe haber convalidado ni consentido con el acto impugnado de nulidad. La no concurrencia de estas condiciones, dan lugar al rechazo del pedido o incidente de nulidad. (Énfasis agregado).

Dichas condiciones deberán ser explicadas, además, por el incidentista en su solicitud, señalando, en forma concreta, clara y precisa, la existencia del perjuicio que le haya causado el acto impugnado; deberá mencionar y demostrar expresamente, los medios de defensa de los que se ha visto privado de oponer o las que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, ya que la sanción de nulidad debe tener un fin práctico y no meramente teórico o académico, pues, no basta la invocación genérica a la lesión al derecho a la defensa, por ejemplo, sino que el perjuicio debe ser cierto, concreto, real y además grave, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa en juicio y no para dilatar los procesos o entorpecer de resolución". (Énfasis agregado).

En ese contexto, es evidente que en el caso que nos ocupa, aún a pesar de no haberse identificado causal alguna de nulidad o anulabilidad, no se advierte la existencia de un perjuicio cierto, concreto, real, grave y demostrable, situación que permite corroborar que la providencia de fecha 16 de octubre de 2018 por la cual se requirió a CNP la ratificación de su

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



denuncia en atención al presunto vicio observado por CBN en su memorial de descargos de 11 de octubre de 2018, constituye la medida más conveniente a efectos de corregir la omisión observada, y no así la declaratoria de nulidad o de anulación.

Por otro lado, en cuanto a la forma de inicio de un procedimiento administrativo, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en relación a lo previsto por el artículo 15 del Reglamento aprobado por la Resolución Ministerial N° 190, a través de la Sentencia 171/2017 de 23 de marzo de 2017, estableció que: **“...la forma de inicio del procedimiento sancionador no tiene ninguna incidencia, ni afecta al derecho de la empresa a asumir su defensa o el debido proceso...”**; fundamento jurídico que al ser emergente del ejercicio de la atribución prevista en el numeral 9 del artículo 38 de la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, sienta jurisprudencia con efecto vinculante para autoridades que con carácter previo resuelven casos análogos.

Ahora, en cuanto a la documentación que CBN adjuntó en calidad de jurisprudencia para respaldar su solicitud de anulación del procedimiento expuesta en el punto II del memorial de fecha 11 de octubre de 2018, consistente en el Anexo 1 que contiene la Resolución Jerárquica MDPyEP N° 003/2017, cabe aclarar que el citado fallo jerárquico, en el marco de la legislación vigente¹ en nuestro país, no constituye jurisprudencia, por lo que, la utilización de dicho término resulta inapropiado para referirse a una resolución jerárquica.

No obstante ello, considerando que la citada resolución fue emitida por una autoridad superior jerárquica, como lo es el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (MDPyEP), la misma constituye un **precedente administrativo**, pero no en todos los elementos que la componen, sino específicamente en su *ratio decidendi*, es decir en cuanto a las razones expuestas en su contenido, vinculadas de forma directa y necesaria con la decisión; en ese contexto y en consideración a que el citado fallo jerárquico refiere en su *ratio decidendi* (página 21/25) que:

“... si bien se podría suponer que la denuncia presentada por ADICERCruz, cumplía con todos y cada uno de los requisitos del Artículo 41 de la Ley del Procedimiento Administrativo, así como el hecho de que también contaba con todos los elementos necesarios para el inicio del proceso; la norma establece de manera imperativa que se debía “Requerir la Ratificación de la Denuncia”...”

Acorde a la citada *ratio decidendi*, esta Autoridad, a través de la providencia de 16 de octubre de 2018, requirió a la empresa CNP la ratificación de su denuncia en un período determinado de tiempo para su presentación. La constancia de atención al requerimiento se encuentra en antecedentes, cursante a fojas 2058, dando así cumplimiento al artículo 16 del reglamento aprobado por la Resolución Ministerial N° 190 y estricta observancia al precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica MDPyEP N° 003/2017.

¹ De acuerdo a lo previsto por el artículo 15, párrafo II de la Ley N° 254, Código Procesal Constitucional, constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares, las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En mérito a lo señalado, resulta infundado pretender que la AEMP, en cumplimiento del precedente descrito, declare la nulidad del procedimiento administrativo iniciado contra CBN al igual que lo hizo el MDPyEP en el caso del cual emergió la citada resolución jerárquica, ya que la obligatoriedad del mismo no radica en asumir una misma decisión, sino, en aplicar el razonamiento jurídico que motivó la decisión asumida, que en el caso concreto consistió en solicitar la ratificación de la denuncia a CNP, lo cual fue debidamente realizado por esta Autoridad, por lo que no corresponde ahondar más al respecto.

2 Respecto a las consideraciones previas

CBN, en el acápite III del memorial de prueba de descargos, hace referencia a los siguientes puntos:

19. CBN, de manera general, CBN vende sus productos a los puntos de venta (en adelante "PDVs") y otros participantes en la comercialización, como pueden ser los Distribuidores.

20. Los productos de CBN, por lo general llegan a los PDVs, a través de los Transportistas, quienes por encargo y cuenta del PDV compran, retiran y entregan el producto al PDV; por lo que CBN emite la factura por la venta del producto a nombre del PDV.

21. Asimismo, en algunas ocasiones los Transportistas compran el producto a su nombre, actuando en tal circunstancia, en calidad de Distribuidores, y procediendo por su parte a la comercialización de dichos productos a sus clientes finales para lo cual facturan los mismos (productos), a nombre de sus clientes.

22. A la luz de lo anterior, en adelante cuando hagamos referencia a los "Distribuidores" estaremos incluyendo tanto a los PDVs como a aquellos Transportistas que actúan en calidad de Distribuidores, comprando el producto y comercializando por cuenta propia, de acuerdo a las explicaciones referidas en los puntos precedentes.

Llama la atención de esta autoridad, por ser un aspecto nuevo, la consideración realizada por CBN respecto a que se incluye a PDV cuando se haga referencia a distribuidores, toda vez que cuando se realizó la solicitud de información² respecto a los requisitos que debe tener un distribuidor para comercializar su cerveza por departamento y los requisitos de los PDV para comercializar el mismo, CBN presentó dicha información, sin la aclaración que hoy realiza. Por el contrario, la información reportada en su momento, permite diferenciar de forma clara a los distribuidores de los PDV.

Por otro lado, la base de datos sobre ventas³ facturadas de cerveza proporcionada por CBN describe a distribuidores, minoristas, supermercados y varios, cada uno identificado debidamente con un código de cliente.

² Auto Administrativo de fecha 18 de mayo de 2017. Fs. 000394.

³ Memorial presentado por CBN en fecha 26 de septiembre de 2017. Punto 12 y 13. Fs. 000843.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



Así, la definición de distribuidor que CBN realiza es contradictoria con todo lo presentado hasta el momento. Sin embargo, la diferenciación entre distribuidor, transportista y PDV seguidos por la AEMP se mantendrá dentro del caso sujeto de investigación, con el objeto de mantener la misma línea de análisis.

3 Respecto a las prácticas anticompetitivas relativas: sobre la regla de la razón

Entre los parágrafos 23 – 28, CBN señala la manera en la cual, de acuerdo a la RM 190 (artículo 11) y el D.S. 29519 (artículos 11-12) analizan la existencia de conductas anticompetitivas relativas, identificando los requisitos, objeto o efecto y la aplicación de la regla de la razón para su análisis. Precisando lo siguiente sobre esto último:

29. Como se indicó anteriormente, las prácticas anticompetitivas relativas, en nuestra legislación, deben ser evaluadas bajo la regla de la razón (Conforme lo señala tanto el Decreto Supremo 29519 como el Manual de Prácticas Anticompetitivas del MDPyEP). En tal sentido, la práctica será ilegal si, realizada está [sic], en las circunstancias en que se dio, afecta razonablemente la competencia y la eficiencia económica, bajo los criterios establecidos en el artículo 11 y 12 del DS 29519.

30. Si bien en Bolivia no tenemos jurisprudencia sobre la regla de la razón, traemos a su consideración jurisprudencia mexicana, la cual resulta sumamente relevante, pues nuestra norma tiene como fuente la Ley Federal de Competencia Económica de México ("LFCE").

31. Al respecto, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, a tiempo de resolver el Amparo en revisión 70/2014, de Total Play Telecomunicaciones, S.A. de C.V., (Anexo 2) ha establecido que para la procedencia de las denuncias de prácticas anticompetitivas relativas debe demostrarse el **impacto negativo en la competencia y en la eficiencia económica**:

"En las denuncias de prácticas monopólicas relativas resulta necesario no sólo demostrar la existencia de los actos u omisiones a que se refiere el artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económicas abrogada, sino, además, que generan un impacto negativo en la competencia y en la eficiencia económica dentro del mercado o actividad en la que se tiene poder sustancial. Para ello, es necesario acudir a la regla de la razón, es decir, valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar si la práctica irroga afectación a la libre competencia y, desde luego, si impide una economía eficiente, por el abuso del agente económico con poder sustancial" (énfasis agregado).

32. En similar sentido, el mismo tribunal, en el Amparo en revisión 46/2014, de "Avícola Pilgrim's Pride de México, S.A. de C.V." (Anexo 3) determinó que (énfasis agregado):

"Entre las conductas anticompetitivas previstas en la abrogada Ley Federal de Competencia Económica se incluyen las prácticas monopólicas relativas que, en términos de sus artículos 10 y 11, son aquellas que realizan agentes económicos con poder sustancial en determinado mercado relevante, con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes, de impedirles sustancialmente su acceso o de establecer ventajosas exclusivas en su favor o de otras

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

personas, y que pueden consistir, entre otras, en la imposición de restricciones verticales (a proveedores y distribuidores), restricción vertical de precios (a proveedores o distribuidores), ventas atadas (condicionar la venta de un bien a la compra de otro), exclusividades en la distribución de bienes o servicios, negativa de trato, descuentos por lealtad, o en la discriminación en precios (establecer precios y condiciones de venta distintos a agentes en igualdad de circunstancias). Sin embargo, no todos los acuerdos que pudieran configurar esas prácticas deben sancionarse, en tanto que algunos permiten obtener beneficios o niveles de eficiencia favorables para la actividad empresarial o comercial, el desarrollo nacional o para los consumidores, **sin tener un propósito de exclusión de la competencia; de ahí que para determinar si se configura este tipo de conducta anticompetitiva, debe realizarse una ponderación tanto de los beneficios, como de la afectación que pudiese ocasionar en casos concretos, lo que se conoce como "regla de la razón", es decir, valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar la licitud del acuerdo, en función de sus fines y efectos"** (énfasis agregado).

CBN en el párrafo 33 señala que a la luz de lo anterior, demostrará que no ha incurrido en ninguna de las conductas anticompetitivas señaladas en la Notificación de Cargos.

Sobre lo expuesto por CBN, la RA 94/2018 recoge el análisis realizado en los informes técnico y legal bajo lo indicado en el D.S. 29519 y RM 190, que son acordes a la regla de la razón, toda vez que se realiza un razonamiento técnico-económico-legal profundo que no solamente demuestra la existencia de las conductas imputadas a CBN, sino que evalúa los efectos que las mismas provocaron en los mercados determinados. En ese marco, el análisis que realizó la AEMP, fue exhaustivo y minucioso sobre la base de la información reportada por las mismas empresas del sector, acreditando que CBN incurrió en dos prácticas anticompetitivas:

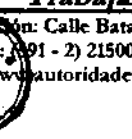
- i) Otorgamiento de incentivos a los puntos de venta (PDV) en el mercado relevante determinado a nivel de Comercialización de cerveza con el requisito de no adquirir ni vender los bienes producidos, distribuidores o comercializado por CNP en la ciudad de Potosí; y
- ii) Establecimiento de distintos precios de venta de Paceaña Pilsener de 1 litro para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones en el mercado relevante determinado a nivel de Distribución Secundaria que incluye a los C+D de Huari-Oruro, Oruro y Tarija y al departamento de Potosí; no habiendo demostrado CBN que dichas prácticas hubieran generando un beneficio mayor en la competencia.

Respecto a los casos de competencia resueltos en México y que son citados por CBN, estos no contradicen, de ninguna forma técnica la RA 94/2018, por el contrario, respaldan sus conclusiones, toda vez que, como resultado de la valoración conjunta de las conductas analizadas bajo la normativa boliviana de competencia, acorde a la regla de la razón, se llegó a la conclusión de que dichas prácticas anticompetitivas tuvieron un impacto negativo en la competencia, tal y como se expresa en la RA 94/2018 según el siguiente detalle:

- Mercado relevante, páginas 9-31.
- Poder sustancial de mercado, páginas 31-38,
- Conductas anticompetitivas, páginas 40-105, 115-119.

Por otro lado, CBN no acreditó algún tipo de posibles ganancias en eficiencia de las

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



conductas anticompetitivas analizadas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12, párrafo I del D.S. 29519.

4 Respecto a la determinación del mercado relevante

La empresa CBN señala en el **párrafo 34**: “de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia comparada, la definición del mercado relevante, se realiza tomando en cuenta si los productos son intercambiables o sustituibles”. Para lo cual, en los **párrafos 35-38** hace referencia a la jurisprudencia aplicada por la Comisión Europea (Anexo 4 del Memorial de CBN), México (Anexo 5 del Memorial de CBN) y Perú (Anexo 6 del Memorial de CBN) al momento de definir el mercado relevante. A continuación, CBN hace referencia al Manual de Prácticas Anticompetitivas (página 7) respecto al mercado relevante y en particular al concepto de sustituibilidad (**párrafo 39**).

Sumado a lo indicado en el párrafo anterior, en el **párrafo 40**, CBN describe los criterios aplicados en el artículo 12 de la RM 190 para la determinación del mercado relevante, relacionados con la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, resaltando que los criterios ahí señalados son los mismos que los determinados por la jurisprudencia mexicana, para luego indicar que la Notificación de Cargos (RA 94/2018) debía haber analizado cada uno de los mercados relevantes definidos (Distribución Secundaria y Comercialización) de forma autónoma e independiente (**párrafos 41-44**), aspectos que serán demostrados por CBN posteriormente.

Respecto a las citas realizadas por CBN del razonamiento aplicado por distintas autoridades de competencia (i.e., Unión Europea, Perú y México), sobre la definición de mercado relevante, cabe indicar que estos no son más que un resumen de conceptos que emplean dichos países, no evidenciándose argumentos que puedan contradecir el análisis realizado por la AEMP sobre este tema, plasmado en la RA 94/2018.

En relación a lo indicado por CBN sobre la aplicación de los criterios señalados en el artículo 12 de la RM 190, este agente solo hace una descripción de los mercados relevantes definidos en la RA 94/2018, los cuales fueron definidos rigurosa y detalladamente entre las páginas 9 a la 31 de la RA 94/2018, por tanto, no se identifica agravio alguno hacia CBN que pueda ser valorado por esta Autoridad y será considerado únicamente como una introducción a los descargos que CBN presenta más adelante.

5 Respecto al mercado producto

5.1 Sustituibilidad por el lado de la demanda

El agente económico CBN, entre los **párrafos 45-46**, hace referencia al primer criterio utilizado en el artículo 12 de la RM para determinar el mercado relevante, específicamente el relacionado a la sustituibilidad del producto por el lado de la demanda, señalando lo siguiente:

47. Este criterio, en el caso de sostenerse la definición adoptada por la AEMP, implica un análisis de los flujos internados por contrabando, la venta minorista del mismo, la preferencia de los consumidores por otras bebidas alcohólicas, los otros productos

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

ofertados por el propio proveedor, etc.

48. En este supuesto, la presión competitiva proviene del cambio en el volumen total de la demanda hacia productos o servicios competidores cuando exista un aumento en el precio correspondiente a los que son materia de análisis, lo que implica la necesaria estimación de las elasticidades precio de la demanda como herramienta metodológica básica para el análisis planteado por la AEMP.

Sobre los argumentos planteados por CBN, la RA 94/2018 contiene el análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda, incluyendo lo siguiente:

- **Características.-** Se puntualizó que tanto las cervezas industriales o artesanales compiten entre sí para copar cierta cuota de mercado, dadas sus características propias del sector, presentación o calidad, lo que determina en definitiva que sean consideradas dentro de un mismo mercado, cerveza⁴. Entre otros temas, se señaló que la cerveza es la bebida alcohólica que contiene un grado alcohólico menor a otras bebidas alcohólicas entre un 4 % y 7 % en relación al ron y al whisky que tienen un grado alcohólico entre 30 % y 50 % y, el singani cuyo grado alcohólico es de 40 %⁵.
- **Uso del producto.-** Además de señalar el estudio del año 2015 de la OMS, para este acápite se tomó muy en cuenta los criterios expresados por CNP y CBN respecto a los patrones de uso de la cerveza, que la diferencian de otras bebidas, entre ellos: el uso o preferencia de consumo, ocasión de consumo, perecibilidad de la cerveza y la relación de competencia con otras bebidas llegando a observarse claramente que la diferencia en el uso de la cerveza respecto a otras bebidas alcohólicas es notable, no existiendo sustitutos cercanos de este producto⁶.
- **Canales de distribución y comercialización.-** En la que después de una descripción de los canales se afirma que tanto CBN como CNP no identificaron diferencias entre las cervezas distribuidas y comercializadas en el canal on y en el canal off, debido a consideraciones como: i) no existen restricciones ni económicas ni legales para que los distribuidores atiendan cualquier de estos dos canales; ii) las marcas y tipos de cervezas son comunes para ambos canales; y iii) la red de distribución puede ser utilizada en ambos canales. Por tanto, ambos canales pertenecen al mismo mercado producto, cerveza⁷.
- **Precio.-** De igual forma y siendo congruentes con el análisis, se realizó inicialmente una comparación de precios entre la cerveza y el singani siendo que ambos son parte de la canasta básica en la ciudad de Potosí, llegando a determinarse que la diferencia de precios es significativa (176 %), para posteriormente calcular el

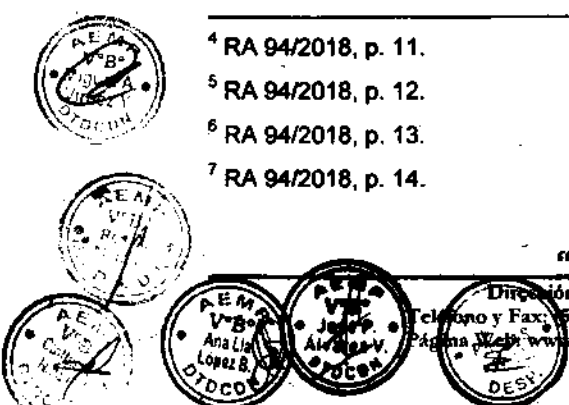
⁴ RA 94/2018, p. 11.

⁵ RA 94/2018, p. 12.

⁶ RA 94/2018, p. 13.

⁷ RA 94/2018, p. 14.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



coeficiente de correlación de precios (-0,66) que apoyaba la hipótesis de que no son sustitutos entre sí la cerveza y el singani y por ende pertenecen a mercados relevantes distintos. Por lo que, se concluye que aun cuando la cerveza y el singani sean funcionalmente sustituibles, la presencia de altos costos de cambio y la correlación negativa entre sus precios, impide que la cerveza sea sustituida por el singani por parte de los consumidores⁸.

- **Precedentes nacionales e internacionales.**— Se tomaron en cuenta, a nivel nacional la RA/AEMP/DTDCDN/N° 003/2017 de 16 de enero de 2017 (pp.130-131), a nivel internacional el trabajo realizado por Jon P. Nelson en materia de elasticidad precio de la demanda, la experiencia de la Comunidad Europea que considera al mercado de comercialización de cerveza un mercado diferente del de otras bebidas alcohólicas y no alcohólicas dadas sus especiales características de sabor, proceso de fabricación y patrón de consumo, también en cuestiones de concentraciones económicas, se tiene precedentes que limitan el mercado relevante de producto a la cerveza como ser la experiencia de la jurisdicción estadounidense, de la Unión Europea y Argentina⁹.

De acuerdo al listado anterior, la determinación del mercado relevante producto adoptada en la RA 94/2018 se encuentra fundamentada con base a la normativa vigente en materia de competencia, D.S. 29519 y RM 190.

Respecto al tema de los “flujos internados por contrabando”, este aspecto fue tomado en cuenta por la AEMP al momento de emitir la RA 94/2018, puesto que de acuerdo a la información proporcionada por CBN¹⁰ se observaron dos aspectos relevantes que impidieron la utilización de dicha información en la RA 94/2018:

- La participación de contrabando en el caso de Potosí estaba muy por debajo del 1 % y que además dichos datos correspondían únicamente al periodo enero a agosto de 2016, por tanto, los datos proporcionados por CBN no eran significativos estadísticamente ni comprendían todo el periodo 2016.
- Para Potosí + Provincias se repite tal situación excepto a partir del mes de abril hasta agosto en el que se tiene datos mayores al 11 % cuestión que llamó la atención de esta Autoridad debido a que el incremento de 0,03 % a 11 % parece ser desproporcional y adicionalmente a que no se contaba con el periodo completo para una seriedad del análisis, dicha información no es estadísticamente significativa para establecer que el contrabando determina una fuerza disciplinadora de la cerveza en la región investigada, de tal manera de modificar lo determinado en la RA 94/2018.

Sumado a lo anterior, no corresponde a esta Autoridad realizar un análisis del contrabando por la propia naturaleza de dicha actividad ilícita que se encuentra fuera del alcance de la presente investigación y trascienden las atribuciones de la AEMP que se limitan al ámbito

⁸ RA 94/2018, p. 15.

⁹ RA 94/2018, p. 15-16.

¹⁰ Memorial de CBN presentado en fecha 30 de junio de 2017. Punto 16, Fs. 000698.

de la competencia económica, existiendo otra autoridad competente como la Aduana Nacional a la cual se debió acudir para demostrar o no la existencia y cuantificación del contrabando.

En relación a la estimación de las elasticidades como herramienta metodológica básica según CBN para el análisis de la AEMP, cabe indicar que su utilización no está incluida en el primer criterio del artículo 12 de la RM 190, por tanto, no es de uso obligatorio. Sin embargo, este elemento será desarrollado en el siguiente acápite.

Sobre las elasticidades

CBN hace referencia a la inexistencia del cálculo de la elasticidad cruzada de la demanda para definir la existencia o no de sustitutos de la cerveza (párrafos 50-52), argumentando a continuación lo siguiente:

53. *En el caso que nos ocupa, la AEMP, no realiza un estudio para Bolivia, ni mucho menos para el mercado de la ciudad de Potosí, que muestre cuál es la elasticidad precio, de la demanda de la cerveza, si no que infiere que la demanda de la cerveza es inelástica, en base a un meta estudio de Jon. P. Nelson que tiene como base países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Irlanda y otros. El objetivo del estudio es. Meta-analizar 178 estudios para evaluar problemas de sesgo de estimación de la elasticidad precio de la demanda de cerveza. El mismo autor señala los problemas y restricciones del estudio, así como el desfase de tiempos de los datos. En la página 13 del estudio, menciona "En general, el análisis indica que la elasticidad de precios promedio de cerveza es aproximadamente $-0,20$, que es 50% menos elástica que previamente promedios reportados".*

54. *Una meta estudio no valida en ningún momento lo que sucede en un país con respecto de otro, incluso esta validación puede ser cuestionable entre los mismos países que participan del meta estudio; los resultados son promedios, presentan supuestos y comparan resultados de diferentes momentos en tiempo, teniendo de manera "general" tendencias.*

55. *Por lo mencionado anteriormente, no es aceptable económicamente, el que se tome como cierto, considerando el respaldo del estudio de Jon P. Nelson, que la cerveza tiene una elasticidad "relativamente inelástica". Adicionalmente, no es racional que este supuesto será la base para concluir que, debido a la inelasticidad, los posibles sustitutos no representan restricción para incrementos en el precio de la cerveza.*

Sobre las elasticidades mencionadas por CBN, esta afirma que corresponde para los casos de definición de mercado relevante el análisis de la elasticidad precio de la demanda y de la elasticidad cruzada de la demanda; sin embargo, no presenta un cálculo de las mismas y se remite únicamente a realizar una apreciación teórica de su utilización, sin que producto de sus comentarios se pueda invalidar el análisis contenido en la RA 94/2018.

También CBN pretende desechar el estudio realizado por Jon P. Nelson que fue citado en la

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



página 15 de la RA 94/2018 señalando que el mismo tiene por base a países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Irlanda y otros, cuando en realidad el estudio corresponde a 24 países¹¹. Lo observado por CBN, no contradice en términos económicos y econométricos los resultados obtenidos en el estudio de Nelson, por tanto, las apreciaciones de CBN tienen un carácter narrativo y no contradicen lo definido en la RA 94/2018.

El indicado agente económico refiere que el objetivo del estudio de Jon P. Nelson es meta-analizar 178 estudios para evaluar problemas de sesgo de estimación de la elasticidad precio de la demanda de cerveza, cuando en realidad el objetivo del trabajo es resumir y sintetizar estimaciones de la elasticidad precio de la cerveza, a tiempo de explicar la dispersión y los posibles sesgos debido a la heterogeneidad (fáctico y metodológico), la dependencia de las estimaciones por metodología y muestreo y selección de publicaciones¹². Por tanto, CBN mal interpreta la dirección que sigue el meta análisis de elasticidades, es decir que, al partir de una premisa errónea arriba a una conclusión equivocada de desestimar los hallazgos a los cuales llegó Jon P. Nelson, que fueron tomados únicamente como referente internacional en la RA 94/2018 y no como su único sustento económico (p.ej., características y precios).

Sobre los problemas y restricciones del estudio que según CBN señala el mismo autor, es importante resaltar que dicha afirmación no es correcta toda vez que en el punto de "Discusión" de la página 13 citada por la indicada empresa, pero de forma incompleta, esta afirma (traducción no oficial):

Este estudio utiliza un meta análisis para corregir los resúmenes de promedios de las elasticidades precio de la cerveza para heteroscedasticidad, heterogeneidad, dependencia y sesgo de publicación. Primero, los promedios ponderados para una muestra de 191 estimaciones son -0.23 y -0.35 para modelos de efectos fijos y aleatorios. Segundo, corrigiendo el sesgo de publicación, la estimación del efecto fijo es -0.15, una reducción del 35% del promedio ponderado. El uso de un meta análisis acumulativo arroja un promedio de -0.17 y -0.18 para el 10%. De estimaciones más precisas. En tercer lugar, corrigiendo la heterogeneidad y el sesgo de publicación, la estimación del efecto fijo para la categoría nula es -0.17 y por la estimación de efectos aleatorios es -0.20. Otras muestras o categorías no producen resultados que difieran ampliamente de estas estimaciones, como la dispersión debida a dependencia, efectos específicos del país, período de tiempo y métodos de estimación. En general, el análisis indica que la elasticidad precio promedio de la cerveza es -0.20, que es aproximadamente un 50% menos elástica, que los valores reportados anteriormente (...).

Sobre la cita anterior, y comprobado que los argumentos expuestos por CBN están equivocadamente planteados, el estudio de Jon P. Nelson constituye un referente internacional válido, toda vez que indican que la cerveza tiene una elasticidad precio de la

¹¹ Nelson P. Jon. 2013. *Estimating the Price elasticity of beer. Meta-analysis of data with heterogeneity, dependence, and publication bias*, p. 2. Disponible en:

<https://www.deakin.edu.au/data/assets/pdf/file/0005/278951/demandforbeer.pdf>. (Última visita: 17 de octubre de 2018).

¹² Nelson P. Jon. 2013. *Estimating the Price elasticity of beer. Meta-analysis of data with heterogeneity, dependence, and publication bias*, p. 1.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

demanda negativa por lo que la misma es inelástica, es decir, que incrementos en los precios de venta no reducirían significativamente la cantidad vendida, por lo que la cerveza no tiene sustitutos. Conclusión que apoya lo señalado en la RA 94/2018.

Sobre el uso del producto

Por otro lado, CBN sobre el uso del producto señala lo siguiente:

56. Todo el análisis referido al USO del producto se reduce a indicar que:

"No existe un sustituto de la cerveza por ser un producto de bajo grado alcohólico y de menor precio, diferente al singani, vino y otras bebidas espirituosas que son de alto grado alcohólico y mayor precio".

57. Esta, es la única supuesta diferencia que ha encontrado la autoridad sobre los distintos usos del producto, y al no partir de un estudio técnico de la demanda, su conducta, su sensibilidad al precio y en consecuencia su comportamiento de mercado, por lo cual no puede ser aceptada desde un punto de vista técnico económico.

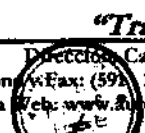
El texto citado por CBN respecto al uso del producto, corresponde al punto referido a la "Relación de competencia con otras bebidas" que forma parte del conjunto de elementos analizados en la RA 94/2018 (página 13), siendo que no es la única respuesta que ha encontrado esta Autoridad sobre los distintos usos del producto, como lo afirma equivocadamente CBN. Así, esta Autoridad para diferenciar el uso de la cerveza de otras bebidas tomó en cuenta lo siguiente (RA 94/2018, pp. 12-13):

- El estudio realizado por la OMS titulado "Informe de situación regional sobre el alcohol y la salud en las Américas", disponible en su sitio de Internet <http://www.paho.org/hq/index>. Documento que define el porcentaje de consumo de bebidas alcohólicas, en particular, de la cerveza.
- El estudio de análisis de mercado de FAUTAPO – BID afirma que la cerveza es la bebida alcohólica de mayor consumo en Bolivia, con relación a la chicha, vino, whisky, ron y otras.
- Valoró también los criterios expresados por CNP y CBN respecto a patrones de uso de la cerveza, que la diferencian de otras bebidas, es decir, el uso o preferencia de consumo, ocasión de consumo, perecibilidad de la cerveza y la relación de competencia con otras bebidas.

El listado anterior, llevó a concluir de forma inequívoca que la diferencia en el uso de la cerveza respecto a otras bebidas alcohólicas es notable, no existiendo sustitutos cercanos de este producto. Por tanto, el argumento planteado por CBN de falta de fundamentación en la definición del mercado relevante producto (cerveza) a partir de su uso no contradice lo concluido en la RA 94/2018.

Sobre los canales de distribución y comercialización

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



CBN señala lo siguiente:

58. Se realiza una comparación de los canales de distribución y comercialización de la cerveza con las bebidas sin alcohol, sin embargo, no existe ningún análisis o comparación con los canales de distribución y comercialización de otras bebidas alcohólicas, lo cual tampoco es aceptable desde un punto de vista técnico económico.

En relación a lo anterior, **CBN** se limita a observar una supuesta carencia de la RA 94/2018, sin embargo, deja de lado la descripción del *canal on* y *canal off*, basada en información proporcionada por la propia **CBN**, que se realizó en los siguientes términos¹³:

En los distintos PDV el consumo de cerveza se caracteriza por estar dirigido a dos canales de comercialización, basados fundamentalmente por la ocasión de consumo: a) *canal on* (cuando se consume dentro del punto de venta); y b) *canal off* (cuando se compra y se consume en un lugar diferente al punto de venta (PDV)¹⁴.

El *canal on* lo componen los PDV donde el consumo se verifica inmediatamente y el local está debidamente habilitado para permitir el consumo de la bebida dentro de este, por ejemplo, bares, restaurantes, discotecas, quintas, chicharronerías, entre otros. El *canal off* lo componen PDV donde se comercializa la bebida para ser consumida en lugar distinto y en ocasión posterior al momento de la compra, por ejemplo, supermercados, tiendas y licorerías, entre otros.

La descripción anterior, fue complementada con el análisis de canales de distribución de bebidas sin alcohol realizado anteriormente por la AEMP, que tiene validez en el periodo analizado por su generalidad. Producto de ambas caracterizaciones (canal cervecero y de bebidas no alcohólicas) se llegó a la conclusión de que en el entendido que, tanto **CBN** como **CNP**, no identificaron diferencias entre los canales *on* y *off*, en base a que: i) no existen restricciones ni económicas ni legales para que los distribuidores atiendan cualquiera de estos dos canales; ii) las marcas y tipos de cervezas son comunes para ambos canales; y iii) la red de distribución puede ser utilizada en ambos canales. Por tanto, ambos canales pertenecen al mismo mercado producto, cerveza.

Por lo precisado sobre el criterio de canales de distribución y comercialización, queda claro que el análisis contenido en la RA 94/2018 es suficiente para establecer los mecanismos sobre los cuales se comercializa y distribuye cerveza en la región investigada. Por tanto, la supuesta insuficiencia planteada por **CBN** carece de todo fundamento económico.

Sobre el precio

En relación al precio, **CBN** sostiene lo que sigue a continuación:

59. En consonancia con la falta de información específica de los mercados señalados por la AEMP, el análisis comparativo de precios entre la cerveza y "otras bebidas"

¹³ RA 94/2018, pp. 13-14.

¹⁴ Memorial de **CBN** presentado en fecha 30 de junio de 2017. Punto 1. Fs. 000698.

alcohólicas únicamente se compara a la cerveza con el singani, dejando de lado otras bebidas alcohólicas, que claramente pueden ser sustitutos de la cerveza.

60. Asimismo, la comparación se realiza en precios nominales, lo que metodológicamente representa un error ya que bajo esa variable, casi todas las bebidas alcohólicas, por litro, son más costosas. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la demanda de los consumidores por bebidas alcohólicas está también relacionada al contenido de este en cada producto, por lo que se debe evaluar el precio promedio por gramo de alcohol. Bajo este concepto queda claro que las bebidas como el singani, vodka o incluso el vino, resultan reportar valores considerablemente menores a los observados para la cerveza, pudiendo considerarse por tanto la cerveza, como un producto "caro".

	Precio promedio por litro (Bs.) Gestión 2016	Gramos de Alcohol por litro (promedio)	Bolivianos por Gramo de Alcohol
Cerveza	14,9	40	0,37
Chicha	6,0	40	0,15
Vino	22,0	104	0,21
Whisky	120,0	320	0,38
Vodka	40,0	320	0,13
Singani	45,0	320	0,14

Fuente: El precio de la cerveza corresponde a los datos del INE para 2016 en la ciudad de Potosí. El resto de los precios corresponden a estudios de mercado de la CBN para la gestión 2016 en la ciudad de Potosí. Los gramos de alcohol corresponden a la media de los grados alcohólicos utilizados por la AEMP en la RA 94-2018 convertidos a gramos (el valor medio por 8).

61. En este sentido, queda claro que se debe tomar en cuenta la gradación alcohólica de las bebidas, ya que esta juega un rol importante al momento de determinar el grado de sustituibilidad o no de un producto respecto a otro.

62. De igual forma, la gradación alcohólica de las bebidas, también podría jugar un rol importante al determinar la elasticidad cruzada o no de un producto respecto a otro, pero esto sólo como parte de un estudio completo y serio, que en ningún momento fue efectuado a momento de emitir la notificación de cargos por parte de la AEMP.

El análisis comparativo de los precios de la cerveza y el singani no corresponde a la falta de información como erróneamente afirma CBN o a una elección aventurada de la AEMP, la misma obedece a que ambos productos (cerveza y singani) forman parte de la canasta básica de alimentos de la ciudad de Potosí y por lo tanto son productos adquiridos de forma habitual, por lo que el análisis de estos, contenido en la RA 94/2018 se encuentra debidamente justificada.

Además, el calibre de una botella de cerveza (1000 cc) y de singani (750 cc) utilizados en la RA 94/2018 responden a la oferta de dichos productos en Potosí, de tal manera de que su comparación responde a la sustituibilidad a la cual se enfrenta un consumidor, puesto que resulta irracional el planteamiento de CBN al tratar de determinar que al momento de adquirir una bebida alcohólica se haga la conversión en "gramos de alcohol" y no así sobre el precio

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11
Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Agencia Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



al cual se oferta el producto.

Respecto al precio promedio por gramo de alcohol calculado por CBN se tiene las siguientes observaciones:

- La utilización en la RA 94/2018 de precios en términos nominales y no reales responde a una comparación del precio de la cerveza y el singani en el periodo 2016, año en el que sucedieron los hechos investigados y no así a una serie de tiempo que podría denotar el comportamiento de precios en el tiempo. En esta última situación correspondería descontar el efecto inflacionario para determinar si existieron fluctuaciones en los precios que responda a esta variable macroeconómica. Sin embargo, dada la estabilidad en materia inflacionaria en Bolivia dicho impacto es prácticamente limitado (4 % el 2016)¹⁵. Por tanto, atendiendo la observación de la CBN al respecto, esta no responde a la realidad del mercado investigado y no modifica relevantemente los valores obtenidos.
- No se presenta una metodología o base teórica de algún autor, organismo o autoridad competente que valide la conversión entre el precio medido en función al grado alcoholimétrico y aquel precio calculado a partir del gramo de alcohol de tal manera de sustentar CBN de manera técnicamente sólida sus afirmaciones y que de alguna manera puedan contrariar los datos estadísticos obtenidos por la AEMP.
- El precio promedio de la cerveza no corresponde a la fuente señalada, toda vez que para la gestión 2016 con base a los datos del Instituto Nacional de Estadística¹⁶ se obtiene un precio promedio para la cerveza de 1 Litro en la ciudad de Potosí de 16,10 Bs/litro, dato que incide en el resultado de "Bolivianos por Gramo de Alcohol". Por tanto, al ser la fuente de CBN inconsistente con lo reportado por fuentes oficiales carece de todo sustento.
- En relación a los precios promedios de los otros productos alcohólicos, CBN señala que realizó estudios para el 2016 en la ciudad de Potosí, pero no anexa los mismos de tal manera que esta Autoridad pueda valorarlos estadísticamente. Al no ocurrir esto, se trata de simples valores carentes de sustento.
- Se advierten precios que a simple vista corresponden a presentaciones menores, es el caso del Singani de 750 cc el INE reporta un precio promedio para el 2016 en la ciudad de Potosí de 47,12 Bs¹⁷ pero CBN obtiene un precio promedio de 45 Bs para el Singani de 1000 cc. Este último calibre no corresponde al usualmente consumido en Potosí, tratándose quizás a una aproximación estadística que hace CBN y no así a la realidad de productos ofertados en dicha región, en todo caso se trata de calibres y montos en bolivianos incontrastables y por ende carentes de valor probatorio.

¹⁵ Indicadores de inflación reportados por el Banco Central de Bolivia para el año 2016, disponible en https://www.bcb.gob.bo/?q=indicadores_inflacion.

¹⁶ Disponible en: http://web2.ine.gob.bo:8081/consultas/PC/Modulos/Formularios/ipc_frmPreciosProm.aspx.

¹⁷ Disponible en: http://web2.ine.gob.bo:8081/consultas/PC/Modulos/Formularios/ipc_frmPreciosProm.aspx.

Por los elementos citados en los anteriores párrafos, la conclusión arribada por CBN en relación a que puede considerarse a la cerveza como un producto "caro", se encuentra totalmente desvirtuada desde el punto de vista técnico y económico, toda vez que los valores obtenidos por CBN carecen de consistencia; en consecuencia, el análisis contenido en la RA 94/2018 se mantiene.

Sobre este tema en particular, precios, en el memorial de CBN presentado ante la AEMP en fecha 5 de noviembre de 2018, la indicada empresa complementa su argumentación en los siguientes términos:

9. Tal y como indicamos en el punto iv) del memorial de descargos de fecha 11 de octubre, se debe tomar en cuenta la graduación alcohólica de las bebidas, ya que esta juega un rol importante al momento de determinar el grado de sustituibilidad o no de un producto respecto a otro.

10. En ese sentido, tal como se puede observar en el Acta de Verificación Notarial de fecha 3 de noviembre de 2018 (Anexo 3), el precio del singani en el mercado potosino fluctúa entre 100 y 400 Bs. Por arroba¹⁸. En función de la equivalencia, se asume que cada arroba de singani corresponde en promedio a 16 litros, lo que implica que el costo promedio por litro de singani es el siguiente:

	Precio por arroba (en Bs)		Precio por litro (en Bs)	
	Precio Mayorista	Precio Minorista	Precio Mayorista	Precio Minorista
Singani de Camargo	350	380	21,9	23,8
Singani de Camargo de Primera	150	250	9,4	15,6
Singani de Camargo de Segunda	100	120	6,3	7,5
Singani de Turuchipa	400	400	25,0	25,0

11. De lo anteriormente descrito, es claro que, en términos de una comparación directa con la cerveza, los precios de algunas marcas y calidades del singani son altamente competitivos. De hecho, si se sigue la línea planteada por la OMS, calculado el precio por gramo de alcohol, los valores obtenidos son los siguientes:

	Gramos de alcohol por litro	Precio mayorista por gramo de alcohol	Precio minorista por gramo de alcohol
Singani de Camargo Especial	320	0,07	0,07
Singani de Camargo de Primera	320	0,03	0,05
Singani de Camargo de Segunda	320	0,02	0,02
Singani de Turuchipa	320	0,08	0,08
Cerveza	40	0,30	0,37

¹⁸ Como medida de capacidad o volumen, la arroba se utiliza para medir líquidos; su valor varía dependiendo no sólo de las zonas, sino también del propio líquido medido. Así, para el aceite, la arroba equivale a 12,5 kg o arroba de masa lo que equivale al volumen ocupado de la misma que es 12,563 litros, mientras que si se trata de medir bebidas alcohólicas como el vino, su equivalencia es de 16,133 litros.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

12. La tabla anterior demuestra la clara asimetría y alto costo de la cerveza en relación a otras bebidas alcohólicas, como el singani, de consumo masivo, vinculado también al consumo en ocasiones culturales en Potosí. Por otro lado, contradice lo expuesto la AEMP [sic], en cuanto a los precios del singani, así como a la relación que esta bebida alcohólica tiene con la cerveza.

Respecto a la nueva prueba presentada por CBN referida a la medición de la graduación alcohólica del singani versus la cerveza, se observa que los precios reportados del singani corresponden al 3 de noviembre de 2018 fecha en la que se elaboró el acta de verificación notarial, por lo que no pertenece al periodo del análisis contenido en la RA 94/2018, que comprende la gestión 2016, más allá del tiempo en el que los comerciantes de dichas bebidas afirman, según CBN, estar vendiendo los mencionados tipos de singanis en la ciudad de Potosí.

Por otro lado, si bien los comerciantes señalan que venden el producto desde hace muchos años atrás no refieren que el precio se haya mantenido desde entonces hasta la actualidad, en ese sentido el cálculo realizado por CBN del precio por gramo de alcohol no contradice el análisis contenido en la RA 94/2018 toda vez que esta última utilizó el precio promedio del singani y la cerveza reportado por el INE para la ciudad de Potosí en la gestión 2016, demostrándose con base a dicha información que existe una correlación negativa (-0.66) entre ambos precios, es decir, que no son sustitutos entre sí y por ende, pertenecen a mercados relevantes distintos, conclusión que CBN no pudo desvirtuar con los descargos presentados.

Sobre los precedentes

CBN, respecto a los precedentes declara lo siguiente:

63. Asimismo, la Notificación de Cargos utiliza precedentes de la jurisdicción Estadounidense, de la Unión Europea y de Argentina que señalan que la cerveza es un mercado producto, sin embargo dichos precedentes se, refieren a mercados diferentes y no pueden ser un justificativo para no realizar análisis alguno en el mercado relevante.

Sobre lo anterior, en el párrafo 64, CBN presenta un precedente resuelto por la Autoridad mexicana de competencia (CFC) (Anexo 7 del memorial de CBN), en el que se revocó un Oficio de Presunta Responsabilidad (lo que equivaldría en Bolivia a la Resolución de Formulación de Cargos), debido a que dicha autoridad no realizó un análisis de elasticidad cruzada considerando a las bebidas alcohólicas de bajo contenido alcohólico, como ser los "coolers". Sobre el particular, CBN expone lo siguiente:

65. A la luz de lo indicado, resultado evidente que, así como existen precedentes que señalan la cerveza es un mercado producto dentro del mercado geográfico identificado, existen otros precedentes, mucho más cercanos a nuestra realidad económica y nuestra legislación (siendo que nuestra norma se basa en la legislación de la competencia de México), que determinan que la autoridad de competencia debe realizar el análisis de sustituibilidad correspondiente, mismo que no ha sido realizado

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

por la AEMP.

66. En el caso que nos ocupada, resulta evidente que el análisis de sustituibilidad de la Notificación de Cargos carece de rigurosidad técnica. La simple comparación y diferencia de precios, no es una metodología que la literatura económica reconozca para establecer si un bien es o no sustituto de otro, más aún cuando ni si quisiera se toma en cuenta la gradación alcohólica de las bebidas, para la comparación del precio.

67. Reiteramos que las metodologías utilizadas son elasticidad cruzada de la demanda y modelaciones estadísticas (correlación, cointegración y causalidad), las cuales son metodologías comprobadas, sin sesgos de carácter cualitativo, que permiten dar opiniones fundamentadas económicamente. No sujetarse a las metodologías técnicamente aceptables, invalida irremediablemente el resultado del análisis de la Notificación de Cargos.

En relación al caso resuelto por la autoridad de competencia de México sobre la consideración de las bebidas alcohólicas "coolers" en el mercado relevante corresponde a la realidad mexicana en la que se presume exista una participación considerable de este tipo de bebidas alcohólicas; sin embargo, en el caso boliviano los estudios de la Organización Mundial de la Salud (2015) y el de FAUTAPO-BID (2012) contenidas en la RA 94/2018 señalan:

- La cerveza, chicha, vino, *whisky*, ron y singani como bebidas de consumo en Bolivia y no así a las bebidas alcohólicas "coolers" de las que no se tiene registro alguno, puesto que no existe una definición de lo que se entiende por este tipo de bebidas ni su grado alcohólico, composición, precio o mecanismo de distribución y comercialización.

Esto último queda demostrado también por el cuadro reportado por CBN en la que realiza el cálculo de "Bolivianos por Gramo de Alcohol" y según señala se basa en un estudio que realizó en la ciudad de Potosí en la gestión 2016 y en cuya lista no se encuentran el tipo de bebidas "coolers", lo que determina de forma clara que ni siquiera CBN se atreve a plantear una definición de dichas bebidas o algún tipo de característica que pueda establecer que representa un sustituto de la cerveza y por ende estar incluido en el mismo mercado relevante.

Así, la AEMP al emitir de forma económicamente responsable la RA 94/2018, tomó en cuenta información de fuente primaria (INE) para establecer una comparación entre los precios de la cerveza y el singani, que son bebidas alcohólicas consumidas en Potosí y no así de bebidas que únicamente en el imaginario de CBN tendrían que tomarse en cuenta al momento de cumplir con el primer criterio del artículo 12 del D.S. 29519.

En síntesis, la simple comparación del caso mexicano con el nacional o el deseo de CBN de incluir las bebidas "coolers" dentro el mercado relevante no procede, más allá de corresponder a un precedente internacional, no es comparable con el caso investigado, toda vez que ni la misma empresa lo puede realizar por la falta de sustento técnico y económico, por lo tanto, el argumento del indicado agente económico no invalida el análisis contenido en

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



la RA 94/2018 y la inclusión de bebidas alcohólicas denominadas “coolers” no responde a un producto que pueda ser considerado sustituto de la cerveza en Potosí.

6 Sustituibilidad por el lado de la oferta

Sobre el contrabando y la separación de mercados

CBN en el párrafo 68 de su recurso define lo que a su criterio se entiende como sustituibilidad por el lado de la oferta, para luego argumentar lo siguiente:

69. Bajo esta consideración, es claro que la separación de los mercados relevantes obliga a la inclusión de elementos, a priori, no considerados en el análisis, como el contrabando en zonas fronterizas, la comercialización de otras bebidas alcohólicas, el cambio en el poder adquisitivo de la región y sus variaciones en el tiempo, etc., análisis inexistente en la Notificación de Cargos.

70. En particular, la separación de los mercados introduce la necesidad de evaluar también las alternativas que enfrentan los consumidores en el mercado. Por ejemplo, en el caso de los Distribuidores, el objetivo de la comercialización radica en la obtención de utilidades, a partir del transporte y/o reventa de un producto. Ante condiciones menos favorables, se debe evaluar la facilidad que esos tienen para transportar y/o distribuidor otros productos en pos de sostener el nivel de utilidades que buscan.

Sobre la sustituibilidad por el lado de la oferta, la RA 94/2018 incluye un análisis exhaustivo y detallado sobre este criterio y descarta que empresas productoras de sectores industriales (distintos al cervecero) ingresen en el sector en el corto plazo; así, no considera el tema del contrabando por las cuestiones antes señaladas¹⁹ y que no determinaron argumentos que puedan rebatir el hecho de que el mercado relevante producto sujeto de investigación es la cerveza.

En relación a la comercialización de otras bebidas alcohólicas, cambio en el poder adquisitivo de la región y sus variaciones en el tiempo, evaluación de las alternativas que enfrentan los consumidores en el mercado, el objetivo de la comercialización de los distribuidores que radica en la obtención de utilidades a partir del transporte y/o reventa de un producto y la evaluación de las facilidades que los distribuidores tienen para transportar y/o distribuidor otros productos, todo estos señalados por CBN y que a su criterio deberían formar parte del análisis, representan únicamente un listado de opiniones que no se encuentran debidamente justificadas y que no pueden ser valoradas, puesto que no presentan datos estadísticos, base teórica o precedentes que puedan apoyar la posición de CBN, de tal manera que esta Autoridad pueda valorarlos y contrastarlos con los resultados obtenidos en la RA 94/2018.

Sobre los costos y probabilidades de acudir a otros mercados

¹⁹ Véase más arriba el análisis de los párrafos 47 y 48 del memorial de CBN de 11 de octubre de 2018.

CBN en el párrafo 71 se refiere a los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados, en ese marco señala:

72. Este análisis se hace aún más relevante si se ha separado el mercado en Distribución y Comercialización, ya que en el primer caso los consumidores son los Distribuidores cuya función de utilidad está relacionada a la obtención de beneficios por la distribución de un producto, que en este caso es la cerveza. Sin embargo, la tecnología con la que cuenta y operan en el mercado les permitiría también, ante elevaciones en el costo, operar con otros productos o mercados, tal como se muestra en la siguiente tabla, donde se puede apreciar que Villazón (como zona fronteriza y posible centro de abastecimiento) se encuentra dentro del área de influencia de los C-D delimitados por la AEMP dentro del mercado relevante, y no ha sido considerada dentro de los análisis.

Potosí-	Distancia (Km.)	Tiempo estimado de viaje (Hrs.)
Huan-Oruro	209	04:30
Oruro	311	05:50
Tarija	347	06:50
Villazón	344	06:15

Fuente: Elaboración propia con datos de ABC

73. En tal sentido, en este apartado, la Notificación de Cargos, debería haber realizado un análisis de los costos que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados y productos sustitutos. Siendo que el departamento de Potosí, tiene frontera con Argentina y Chile, con acceso irrestricto y simple para cualquier transeúnte o habitante de cualquiera de las ciudades colindantes (especialmente Villazón), este análisis es más que relevante.

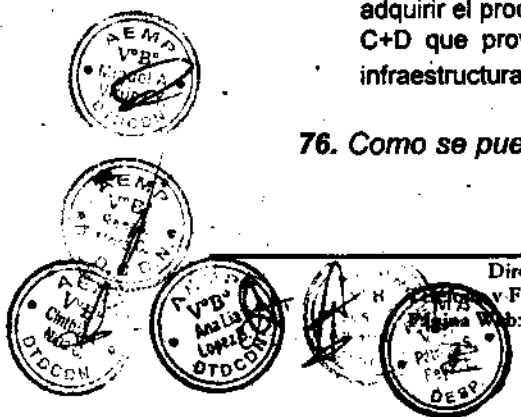
74. Asimismo, con respecto a este punto, se debería también analizar si es posible para un Distribuidor que recoge producto en Tarija, satisfacer su demanda en la ciudad de Oruro (más de 670 Kilómetros) o si ello es prohibitivo, como a priori parece ser.

75. Sin embargo, la Notificación de cargos no realizó este análisis, ni ningún otro, limitándose a describir el sistema de distribución de la cerveza e indicar aspectos relacionados a la marca e imagen de las cervezas, para concluir de forma inexplicable que:

"Por lo anterior se determina que a nivel de la Distribución Secundaria de cerveza se tiene una dimensión geográfica que comprende a los C+D de Huan - Oruro, Oruro y Tarija que abastecen de cerveza al departamento de Potosí y la ciudad de Potosí a nivel de Comercialización Toda vez que las posibilidades que tienen los Distribuidores y PDV para adquirir el producto o de sustituir a un Productor o distribuidor están dadas por la existencia de C+D que proveen del producto y de distribuidores de otras marcas que cuenten con la infraestructura necesaria para atender el lugar en donde estén establecidas". (...)

76. Como se puede apreciar de todo el texto de esta sección (pp. 28 y 29), no existen

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



ningún análisis referido a "los costos y probabilidades que tiene lo usuarios o consumidores de acudir a otros mercados"; lo que pone en evidencia que la Notificación de Cargos ha incumplido con el mandato del artículo 12 de la RM 190.

La RA 94/2018 determina como mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria la venta de cerveza hacia Distribuidores (Canal Tradicional) desde los C+D de CBN de Huari-Oruro, Oruro y Tarija que abastecen de cerveza al departamento de Potosí, en ese marco, también se involucra a Villazón toda vez que es uno de los municipios del indicado departamento; sobre el particular, la información proporcionada por CBN se encontraba desagregada en ciudad y provincias de Potosí, siendo considerada el municipio de Villazón dentro del análisis.

La relación planteada por CBN respecto a la obtención de beneficios por parte de un distribuidor con otros productos y mercados no forma parte del análisis toda vez que se encuentra fuera del mercado relevante, además, no puede estar sustentada en la distancia y tiempo estimado de los C+D y Villazón hacia Potosí (este último no es considerado como C+D por parte de CBN). De esta manera, se advierte que CBN llega a una conclusión forzada y sin fundamento técnico y mucho menos económico a objeto de disolver su responsabilidad de aplicar distintos precios a distribuidores según el destino de la venta desde sus C+D.

Esto último, en el entendido que CBN plantea la "posibilidad" de que Villazón se defina como un centro de abastecimiento de cerveza, chilena o argentina, sin embargo, deja de lado lo siguiente:

- No presenta dato estadístico alguno que determine que exista algún agente económico, legal o ilegal, que realice la operación de importar cerveza de dichos países y la distribuya o comercialice en el departamento de Potosí.
- Tampoco define algún grado de "posible" participación de mercado de cerveza que tenga como sello de "Producto elaborado en Chile" o "Cerveza fabricada en Argentina" de tal manera que pueda establecer que esta Autoridad haya incurrido en un error al dimensionar el ámbito geográfico de la investigación. Lo anterior, en el entendido que las supuestas conductas anticompetitivas tuvieron su origen desde los C+D de Huari-Oruro, Oruro y Tarija y surtieron efectos en el departamento de Potosí, sumando al hecho de que CBN no vende cerveza en el exterior con destino a Bolivia.
- Además, CBN deja de lado que Bolivia y los países vecinos (Chile, Brasil, Perú, Paraguay y Argentina) no constituyen una zona de libre comercio, como por ejemplo la Comunidad Europea, y que el comercio se rige bajo el cobro de aranceles aduaneros, a lo que se suma las diferencias de tipo de cambio, costos de transporte, idioma y otras características propias de cada país, que en definitiva determina que Bolivia es un Estado separado del resto.
- Respecto a si es posible que un distribuidor recoja producto en Tarija o pueda satisfacer su demanda en la ciudad de Oruro la misma fue respondida por la RA 94/2018 en el texto extraído por CBN (página 29) donde queda totalmente claro que

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

los distribuidores pueden abastecerse de cualquiera de los C+D y no es prohibitivo como erróneamente lo afirma CBN.

- El análisis descrito en la RA 94/2018 sobre la relación de dependencia entre los distribuidores y los PDV fue precisamente para determinar los costos y probabilidades de estos últimos para acudir a otros mercados y al ser los distribuidores quienes abastecen a los PDV, los usuarios o consumidores únicamente pueden acudir a los distribuidores para abastecerse de cerveza. Para ello fue necesario determinar el sistema de distribución realizada por las empresas, la imposibilidad de que la competencia extranjera pueda disciplinar los precios, la imagen de la marca de las cervezas porque el consumidor no solo valora la imagen sino también la tradición de la calidad, las condiciones de competencias que enfrentan los propietarios de los PDV, entre otros.

Con base a lo anteriormente señalado, queda claro desde el punto de vista técnico-económico que la RA 94/2018 contiene el análisis riguroso y detallado de la normativa vigente en materia de competencia y en particular dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 12, numeral 3 de la RM 190.

Sobre las restricciones normativas

En relación a las restricciones normativas de carácter local, departamental, nacional o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos, CBN señala lo siguiente:

77. La notificación de Cargos no analiza las restricciones del comercio internacional, de hacerlo, en este caso hubiera concluido que, como efecto del incumplimiento a normas nacionales sobre la importación legal de cervezas extranjeras (contrabando) no existe restricción práctica alguna y, por lo tanto, hubiera podido medir los efectos de dicha ilegalidad en el mercado de la cerveza en Potosí.

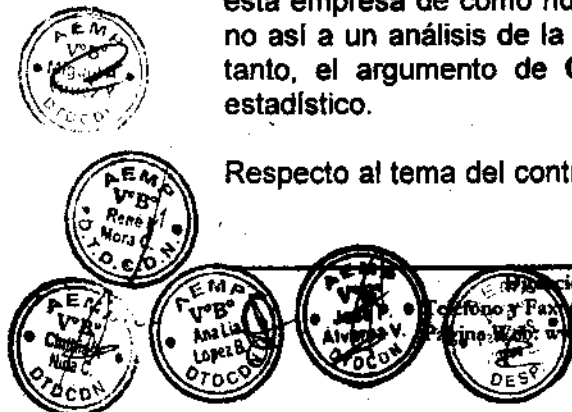
De acuerdo a lo indicado por CBN en relación a las restricciones del comercio internacional, esta empresa omite el hecho de que en la RA 94/2018 se describe el análisis de restricciones legales en dos ámbitos: nacional e internacional. De esta manera, en el primero se describieron las restricciones normativas y de carácter local como ser el registro sanitario y los tipos de impuestos aplicados a las bebidas alcohólicas y en particular a la cerveza. En el segundo, se hizo referencia al arancel de importación (40 %) siendo que las características de las importaciones, como tal, fueron detalladas en la sustituibilidad por el lado de la oferta (página 19 de la RA 94/2018).

Sobre esto último, las conclusiones a las cuales arribó esta Autoridad sobre delimitar el ámbito geográfico de forma distinta a CBN, representa únicamente el deseo y la intención de esta empresa de cómo hubiera querido que sea definido el mercado relevante geográfico y no así a un análisis de la situación real del mercado cervecero objeto de investigación. Por tanto, el argumento de CBN es insostenible y carente de fundamento teórico, legal y estadístico.

Respecto al tema del contrabando el mismo ya fue explicado en acápites anteriores, aunque

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados Nº 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11
Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



también se hace necesario señalar que no corresponde realizar un análisis del contrabando por la propia naturaleza de dicha actividad ilícita que se encuentra fuera del alcance de la presente investigación y trascienden las atribuciones de esta Autoridad que se limitan al ámbito de la competencia económica.

Sobre las conclusiones de CBN del mercado relevante

Una vez argumentado sobre los criterios incluidos en el artículo 12 de la RM 190, concluye con lo siguiente:

78. A partir de todas las observaciones presentadas a la determinación de mercado relevante, resulta evidente que la Notificación de Cargos no comprueba ni teórica, ni empíricamente, lo establecido en el artículo 12 de la RM 190. Estas limitaciones repercuten directa y erróneamente en el análisis económico, los resultados y las consiguientes conclusiones.

79. En consecuencia, se concluye que la Notificación de cargos no ha realizado un análisis conforme a la normativa vigente en el ordenamiento nacional sobre el tema competencia.

Siendo la normativa relativa a la definición del mercado relevante una condición indispensable al momento de acreditar conductas anticompetitivas relativas, esta Autoridad se encuentra en la obligación de cumplir con el análisis de cada uno de dichos criterios, y habiéndose acreditado que en la RA 94/2018 se describe de forma responsable y exhaustiva el análisis de todos los criterios incluidos en el artículo 12 de la RM N° 190, por tanto, se concluye que los argumentos presentados por CBN sobre este aspecto no logran desvirtuar las conclusiones arribadas al respecto. Es decir, los mercados relevantes definidos responden a lo siguiente:

Nivel	Mercado geográfico
Distribución Secundaria	C+D de Huarí-Oruro
	C+D Oruro
	C+D Tarija
Comercialización	Departamento de Potosí
	Ciudad de Potosí

Fuente: RA 94/2018, Tabla N° 6, p. 31.

7 Respecto a la definición del mercado relevante geográfico

Al respecto CBN declaró lo que sigue a continuación:

80. Respetuosamente hacemos notar a vuestra autoridad que, en su forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una triple dimensión: De productos o servicios, geográfica o territorial y temporal.

81. El mercado relevante geográfico comprende un territorio geográficamente

"Trabajando juntos, trabajamos mejor".

delimitado dentro del cual se deben analizar las posibilidades de sustituibilidad de los consumidores y todas las opciones que enfrentan dentro del área geográfica delimitada como mercado relevante. En este contexto, se deben analizar también todas las otras posibilidades de provisión de los consumidores, lo que implica el análisis de distribución de otras bebidas alcohólicas, así como el de las demás cervezas producidas y comercializadas en el ámbito de influencia del mercado geográfico delimitado por su autoridad. Este análisis no ha sido presentado en la Notificación de Cargos.

La definición del mercado relevante geográfico que se realizó en la RA 94/2018 tuvo el siguiente razonamiento:

- i) que los C+D (origen) de Huari-Oruro, Oruro y Tarija proveen a distribuidores del producto (cerveza) y que posteriormente estos realizan sus ventas, entre otros, en el departamento de Potosí (destino), es así que se identificó primero la ubicación de la provisión del producto y luego la distribución del mismo, y
- ii) que los PDV de la ciudad de Potosí reciben la cerveza de CBN, a través de sus distribuidores, en sus propios establecimientos y por tanto son objeto de posibles conductas anticompetitivas en la comercialización del producto por parte de CBN, por lo que el mercado relevante geográfico para ambos mercados relevantes fue correctamente determinado.

También, CBN opina que ciertos análisis: "otras posibilidades de provisión de los consumidores, lo que implica el análisis de distribución de otras bebidas alcohólicas, así como el de las demás cervezas producidas y comercializadas en el ámbito de influencia del mercado geográfico delimitado", no fueron presentados en la RA 94/2018; sin embargo, la simple apreciación de la indicada empresa no puede ser objeto de valoración toda vez que no se observa la presencia de descargos desarrollados sobre la base de un razonamiento técnico-económico que incida en el análisis desarrollo por la AEMP; en consecuencia, se ratifica el contenido de la RA 94/2018.

8 Respecto a la determinación del poder de mercado

CBN señala lo siguiente sobre el poder de mercado:

82. Se debe señalar que según la información presentada por la CNP existe una diferencia sustancial entre la producción y las ventas reportadas por esta empresa, que en función de la información presentada en los Requerimiento Complementarios se encuentran en torno a un 28 % (veintiocho por ciento) por año. Esto quiere decir que la CNP ha estado manteniendo en stock cerca de un tercio de su producción anual, lo que puede llevar a incurrir en altos costos financieros y operacionales, atribuibles a una mala práctica gerencial y que podrían explicar, por el alto volumen que este stock representa, los problemas financieros que esta empresa enfrenta.

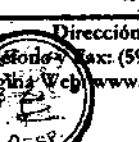
Sobre los niveles de producción, ventas y situación financiera de CNP cabe indicar que dicha situación no fue objeto de análisis por la AEMP en la RA 94/2018 y tampoco CBN ha aportado algún elemento que pueda conectar dicha presumible realidad financiera y

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11

Teléfono: Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2118779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: azemp@autoridadempresas.gob.bo



operacional de CNP con el caso de investigación. Por tanto, se trata de un comentario descriptivo de CBN que no puede ser valorado por esta Autoridad.

CBN calcula en los párrafos 83 y 84 que el tamaño del mercado en el departamento se encuentra en torno a los 140 mil HL anuales, de los cuales 58 % y 42 % corresponden a CBN y CNP, respectivamente²⁰. Para lo cual, incluye un cuadro de producción (2014-2016) de ambas empresas. Adicionalmente, CBN señala en el párrafo 84 una definición de mercado relevante de la normativa comunitaria en materia de competencia (página 16) y a continuación afirma:

85. El artículo 11 de la RM 190, exige el que el presunto responsable tenga poder "sustancial" sobre el mercado relevante. En el caso que nos ocupa, al haberse definido dos mercados relevantes distintos, el análisis de poder de mercado debe realizarse de forma independiente y autónoma sobre dichos dos mercados distintos, y por tanto, la Notificación de Cargos no cumple con ello.

Respecto al cálculo de la cuota de mercado que realiza CBN utilizando la información reportada tanto por su empresa como por CNP se observa que la determinación corresponde a una situación "ideal" en la que únicamente competirían CBN y CNP en el mercado del departamento de Potosí, situación que no corresponde a la realidad, toda vez que se tiene la presencia de cerveza importada y artesanal que se encuentran debidamente identificadas y justificadas en la RA 94/2018 pero que fueron omitidas por CBN en su intento de minimizar su participación tanto en el mercado de Distribución Secundaria como en el de Comercialización y de esta manera diluir su responsabilidad.

Ahora bien, si se observa el dato obtenido por CBN para el 2016 se tiene un valor de 60,30% que no se encuentra alejado del valor obtenido por esta Autoridad que es de 62,16%, con la salvedad de que CBN obvió los datos de importación y de otros tipos de cerveza artesanal presentes en el mercado del departamento de Potosí.

Además, CBN omite todo el cálculo de cuotas de cada mercado relevante definido en la RA 94/2018 (páginas 31-33), cuyo resumen se presenta en los Cuadros N° 7 y N° 8 de la mencionada resolución y que a continuación se presentan:

Mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria
Participaciones de mercado por ventas de cerveza en el departamento de Potosí
Expresado en porcentaje según Ingresos
Periodo: 2016

Empresas	Cuota (%)
Cervecería Artesanal Sabores Alemanes	0,0005
Cervecería Artesanal Vicos	0,0186
Cervecería Boliviana Nacional	62,16
Cervecería Nacional Potosí	33,63
Importadores	4,19

Fuente: AEMP con base a datos proporcionados por las empresas del sector y Aduana Nacional.
Nota 1: Para CBN la cerveza tiene como origen los C+D de Huarí-Oruro, Oruro y Tarija.

²⁰ Información presentada en el memorial de CBN de fecha 14 de marzo de 2018 (p. 5). Esto bajo el supuesto que, CBN y CNP, fueran los únicos competidores en el departamento de Potosí. RA 94/2018, p. 32.

Mercado Relevante a nivel de Comercialización
Participaciones de mercado por ventas de cerveza en la ciudad de Potosí
Expresado en porcentaje
Periodo: 2016

Empresas	Cuota (%)
Cervecería Artesanal Sabores Alemanes ²¹	0,0007
Cervecería Artesanal Vicos ²²	0,0255
Cervecería Boliviana Nacional ²³	63,99
Cervecería Nacional Potosí	34,62
Importadores	1,36

Fuente: AEMP con base a datos proporcionados por las empresas del sector y Aduana

De acuerdo a los dos cuadros anteriores, la RA 94/2018 llegó a las siguientes conclusiones:

- Para el mercado relevante a nivel de **Distribución Secundaria**, en el periodo 2016 la cuota de mercado de **CBN** alcanzó el **62,16 %**, seguida de **CNP** con el **33,63 %**.
- Por el lado de la **Comercialización** de cerveza en la ciudad de Potosí en PDV, el año 2016 la mayor participación de mercado la tuvo **CBN**, que presentó un **63,99 %** de participación en el mercado y **CNP** un **34,62 %**²⁴, valor que es una primera aproximación para determinar el poder de mercado de **CBN** en el mercado relevante identificado.

Adicionalmente a la determinación de la participación de **CBN** dentro de cada mercado relevante, en la RA 94/2018 se definió para los mercados relevantes a nivel de Distribución Secundaria y de Comercialización de cerveza, los siguientes elementos con base al artículo 13 de la RM 190 (páginas 31-38):

- Existencia de barreras de entrada que disuaden a potenciales entrantes de participar en los mercados relevantes definidos debido a las grandes inversiones publicitarias, creación de marcas, fidelidad alta de los consumidores, las inversiones necesarias para desarrollar sistemas de distribución y comercialización paralelos, la capacidad instalada que facilita la existencia de una capacidad ociosa, las economías de escala

²¹ Empresa de cerveza artesanal cuyo producto es destinado a grupos específicos de consumidores ubicados generalmente en las ciudades, por lo tanto, se asume que todos los ingresos de la indicada empresa fueron generados en la ciudad de Potosí.

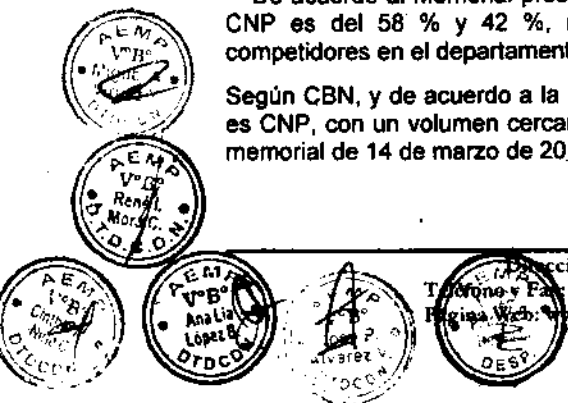
²² Empresa de cerveza artesanal cuyo producto es destinado a grupos específicos de consumidores ubicados generalmente en las ciudades, por lo tanto se asume que todos los ingresos de la indicada empresa fueron generados en la ciudad de Potosí.

²³ Con base a los volúmenes de venta (cajas de 1 Litro) de CBN, se asume que aproximadamente el 75 % de los ingresos de la indicada empresa son generados en la ciudad de Potosí, criterio que fue replicado para CNP.

²⁴ De acuerdo al Memorial presentado por CBN en fecha 14 de marzo de 2018 (p. 5), la participación de CBN y CNP es del 58 % y 42 %, respectivamente; esto bajo el supuesto que, CBN y CNP fueran los únicos competidores en el departamento de Potosí.

Según CBN, y de acuerdo a la consultora Nielsen: "(...) el comercializador más importante de cerveza en Potosí es CNP, con un volumen cercano al 70 % del consumo de cerveza en dicho mercado". Véase el Anexo 1 de su memorial de 14 de marzo de 2018.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



en la producción, altos niveles de inversión en equipo, maquinaria y *know how*, así como, las barreras arancelarias, paraarancelarias (Registro Sanitario del SENASAG), logística, transporte y legales que deben de enfrentar los competidores de CBN;

- Los agentes económicos competidores de CBN, a partir de sus limitadas cuotas de participación en cada mercado relevante no tienen el poder para contrarrestar el accionar de CBN;
- Existe disponibilidad de insumos y materia prima para la producción de cerveza, ya sea a nivel nacional o internacional, los problemas que se pudieran presentar son solventables.
- CBN no tiene registrados comportamientos recientes en materia de competencia;
- Existencia de un alto nivel de concentración (HHI) en los mercados relevantes definidos, producto principalmente de la alta cuota de mercado de CBN, obteniéndose para el efecto el Cuadro N° 9 que se replica a continuación:

**Índice Herfindahl–Hirschmann (HHI) por mercado relevante
Periodo: 2016**

Mercado	Distribución Secundaria	Comercialización
HHI	5.012	5.295

Fuente: RA 094/2018, pp. 36-37.

Lo anterior, demuestra que la RA 94/2018 contiene el análisis pertinente para la definición del poder sustancial de CBN, en los mercados relevantes definidos a nivel de Distribución Secundaria y Comercialización.

En síntesis, en la RA 94/2018 se calcularon las cuotas de mercado de todos los agentes participantes, de forma independiente para cada mercado relevante definido, en cumplimiento al primer criterio señalado en el artículo 13 de la RM 190, por tanto, la afirmación de CBN de que no se habría realizado dicho análisis es infundada.

CBN prosigue su argumentación, planteando lo siguiente:

86. Al separar los mercados relevantes, y como ya se ha hecho notar, la AEMP debe tomar en cuenta que los “consumidores” sobre los que se realizan los análisis son dos clases de agentes completamente diferentes. En el caso de la distribución, los consumidores presentan una demanda derivada, ya que el objetivo final es la comercialización y/o transporte de la cerveza para obtener un rédito económico (verdadero objeto de la demanda de los consumidores). En ese sentido, se debe analizar la factibilidad de que la tecnología y capital del que dispone los Distribuidores pueda aplicarse, ante modificaciones en las condiciones del mercado de la distribución, a otras actividades en las que el rédito económico sea más alto, así como la competencia que enfrentaría, etc.

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

87. Por tan simple motivo, a modo de ejemplificar el argumento expuesto, es que un Distribuidor podría fácilmente cambiar los productos que traslada o revende, en caso de que estos nuevos productos (como ser bebidas sin alcohol, materias primas, materiales u otros), le entreguen una mejor tarifa por viaje o reventa, o pueda conseguir otros productos igualmente rentables, que le brinden ganancias económicas mejores a las obtenidas a través del traslado o reventa de la cerveza.

88. En el caso de comercialización, los consumidores son aquellos compradores finales, cuya demanda busca maximizar su una utilidad [sic] por consumo, por lo que el comportamiento de estos agentes, ante cambios en los precios, condiciones de mercado, oferta, productos sustitutos, etc. que enfrentan van a ser completamente diferente a los anteriores.

89. En ese sentido, la evaluación del poder de mercado en ambos casos depende del comportamiento de cada uno de los consumidores, y por lo tanto, no es posible inferir directamente el resultado de un mercado en función del otro, sin un estudio profundo que valide estas aseveraciones.

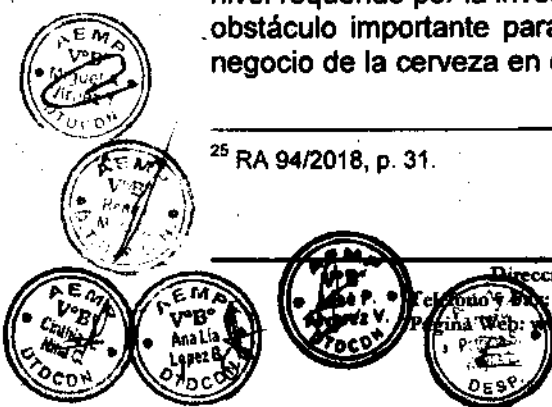
90. La Notificación de Cargos no ha realizado este análisis, por lo tanto, sus conclusiones sobre poder de mercado no pueden ser válidas y no son coherentes.

La RA 94/2018 contiene el análisis de determinación de poder sustancial en los mercados relevantes a nivel de Distribución Secundaria y de Comercialización de cerveza. Lo señalado por CBN de la forma o los criterios a ser tomados para tal efecto (párrafo 86), no son los mismos que se encuentran incluidos en el artículo 13 de la RM 190, por tanto, únicamente reflejan la forma en la cual CBN hubiese preferido que se analice el poder sustancial de mercado y no así un argumento válido que pueda desacreditar los resultados obtenidos en la RA 094/2018 de poder sustancial de mercado de CBN en cada mercado relevante definido.

También, la RA 94/2018 resalta que los distribuidores de cerveza tienen incidencia directa sobre los distintos PDV, toda vez que los primeros se encargan de abastecer a los segundos, que venden cerveza a los consumidores y usuarios finales²⁵. Es así que, inicialmente, en la RA 94/2018 se realiza el cálculo de la participación de las empresas en el mercado de Distribución Secundaria nivel de departamento de Potosí y C+D, y para la comercialización de cerveza en los PDV en la ciudad de Potosí, de forma independiente. Posteriormente, se determina que como resultado de la participación de mercado CBN podría estar en la capacidad de fijar precios de manera independiente y unilateral (página 33, RA 94/2018).

En la determinación de la existencia de barreras se toma en cuenta investigaciones realizadas por la AEMP respecto a casos similares y el desarrollo propio de la investigación en la que se realiza un análisis de los distribuidores y los PDV y del mercado producto al nivel requerido por la investigación concluyendo que las barreras identificadas constituyen un obstáculo importante para que un nuevo competidor pueda tomar la decisión de iniciar el negocio de la cerveza en el mercado de distribución secundaria y comercialización, siendo el

²⁵ RA 94/2018, p. 31.



indicado análisis suficiente, válido y coherente con la investigación realizada por esta Autoridad.

De acuerdo a lo expuesto, la AEMP dio cumplimiento a lo indicado en el artículo 13 de la RM 190 al momento de calcular de forma independiente la participación de mercado de CBN en cada mercado relevante definido. Por tanto, las conclusiones llegadas en la RA 94/2018 son válidas y coherentes, y no pueden contradecir el hecho que CBN posea una cuota de mercado, durante año 2016, del 62,16 % en el mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria y el 63,99 % del mercado relevante a nivel de Comercialización, porcentajes que determina la capacidad para fijar precios por parte de CBN en cada mercado relevante.

9 Respecto a la inexistencia de los requisitos para determinar la realización de prácticas anticompetitivas relativas

CBN hace referencia al poder de mercado y mercado relevante como requisitos incluidos en el artículo 11 de la RM 190 (párrafo 91), para a continuación señalar:

92. En el caso que nos ocupa, no existe un análisis de mercado que cumpla con los requisitos del artículo 12 de la RM 190, ni tampoco una determinación de poder de mercado adecuado respecto a los mercados de Comercialización y de Distribución de la cerveza, por lo que no se cumple el primer requisito para determinar que existen conductas anticompetitivas relativas.

Según el artículo 11 de la RM 190, para se sancionen prácticas anticompetitivas relativas deberán comprobarse las siguientes condiciones:

- 1 Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y
- 2 Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Sobre la primera condición, el análisis realizado de acuerdo a lo señalado en el artículo 12 de la RM 190 se encuentra debida y ampliamente desarrollada en la RA 94/2018, en las páginas 9-30 al nivel de la exigencia demandado por las características del caso de competencia sujeto de investigación.

A esto último, la RA 94/2018 desarrolla de forma amplia, detallada y exhaustiva la determinación del poder sustancial de mercado, en ambos mercados relevantes (páginas 31-38), llegándose a concluir que CBN tiene poder sustancial en el mercado relevante definido a nivel de Distribución Secundaria de cerveza y en el mercado relevante a nivel de Comercialización, ambos sujetos de investigación. Entre otros aspectos se advierte una clara participación de mercado de CBN, del 62,16 % en el mercado relevante de Distribución Secundaria y del 63,99 % en el mercado relevante de Comercialización. Con lo anterior, se dio cumplimiento a la primera condición incluida en el artículo 11 de la RM 190.

En relación a la segunda condición de la norma antes citada²⁶, la RA 94/2018 (página 70) señala que la conducta prevista en el artículo 11 numeral 8 del Decreto Supremo N° 29519,

²⁶ R.M. N° 190, artículo 11 numeral 2.

denunciada por CNP, podría tener como objeto el posible desplazamiento indebido de CNP a nivel del mercado de Comercialización de cerveza en la ciudad de Potosí.

Sumado a lo anterior, en la RA 94/2018 (página 96) se determinó que CBN estableció **ventajas exclusivas** para ciertos distribuidores en el mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria (**objeto**) específicamente al venderles el producto (cerveza Paceaña Pilsener de 1 litro) a aquellos que destinaban el producto a la ciudad de Potosí como a provincias del departamento de Potosí, a un precio menor en comparación del cobrado a los distribuidores que destinaban el mismo producto a otros departamentos (p.ej., Chuquisaca (Sucre) y Tarija), pese a que tanto los distribuidores que comercializan el producto a otras ciudades del país lo adquirían del mismo centro de distribución (Huari-Oruro, Oruro y Tarija).

Además, la RA 94/2018 (página 96) determinó que la aplicación de distintos precios por parte de CBN de la cerveza Pilsener de 1 Litro a sus distribuidores en el departamento de Potosí (ciudad y provincias) respecto a los que tenía como destino Sucre y Tarija, de carácter recurrente entre marzo y diciembre de 2016, pudo haber sido el causante de la reducción significativa del volumen de ventas de la cerveza de 1 L de CNP, y por ende, haber tenido el probable efecto de **desplazar indebidamente** a esta última empresa del departamento de Potosí, sobre todo a partir del mes de julio, contrario al comportamiento de las ventas de CBN que fueron en sentido ascendente.

En síntesis, queda comprobado que las conductas anticompetitivas notificadas a CBN se realizaron respecto del bien (cerveza) correspondiente a los mercados relevantes definidos, tal y como lo exige la norma señalada.

En ese marco, queda demostrado que la RA 94/2018, con base a fundamentos técnico-económicos y legales, determinó la posible existencia de posibles conductas anticompetitivas relativas, cometidas por CBN, en cada mercado relevante definido. Lo anterior, sujeto de comprobación en el presente documento.

10 Respecto a la inexistencia de incentivos sujetos a condición

CBN en el párrafo 93 realiza una introducción que a su criterio demostraría que CBN no habría cometido ninguna práctica anticompetitiva. Al respecto, en el párrafo 94 enuncia el numeral 8 del artículo 11 del D.S. 29519, para luego indicar en el párrafo 95 lo siguiente:

95. Durante las Diligencias Preliminares demostramos que CBN no otorga "incentivos" bajo condiciones de no vender o comercializar, productos de terceros. A dicho efecto, presentamos fotografías, declaraciones notariales y actas de verificación notariadas que demuestran de forma clara que los Distribuidores y PDVs que comercializan productos de CBN son libres de vender cualquier producto de terceros, demostrando que tanto los productos de CBN como de CNP, así como equipos de frío de ambas empresas conviven y coexisten en PDVs de la ciudad de Potosí.

Respecto a la documentación presentada por CBN, esta fue valorada en la RA 94/2018 según el siguiente detalle:

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11
Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



- Documentos notariados de CBN, páginas 61-65, concluyéndose que las mismas fueron aplicadas a PDV diferentes a los citados en la denuncia de CNP, por lo que estas no lograron contrastar las manifestaciones y afirmaciones de los documentos notariados presentado por CNP en su denuncia.
- Contratos de comodato de CBN, página 66, se identificó cláusulas de exclusividad que determina que la indicada empresa utilizó esta política de comercialización en la ciudad de Potosí por lo que constituye un indicio de una posible conducta anticompetitiva.
- Programas establecidos por CBN según canal de ventas en Potosí, páginas 66-68, los incentivos proporcionados por la indicada empresa según canal *on* u *off* definen una política comercial de la cual no se tiene respaldo sobre si fue, o no, sostenida en el tiempo por dicha empresa, o si su frecuencia puso ser repetida durante toda la gestión 2016, por lo que no son considerados como indicios de una posible conducta anticompetitiva.

Producto del listado anterior, en la RA 94/2018 se concluyó:

Por el análisis expuesto y al analizar de manera integral los hechos descritos, se considera que existen indicios suficientes de la comisión de la conducta prevista en el numeral 8 del artículo 11 del D.S. 29519, consistente en que el agente económico con poder sustancial en el mercado relevante a nivel de Comercialización de cerveza en la ciudad de Potosí, es decir, CBN otorgue descuentos o incentivos a los PDV a través de sus distribuidores, sujetos al requisito de no comercializar productos de terceros, para este caso en concreto, la cerveza Potosina de CNP.

De acuerdo al análisis contenido en la RA 94/2018 sobre las pruebas presentadas por CBN respecto a que durante las Diligencias Preliminares demostró que la indicada empresa no otorgaba *"incentivos bajo condiciones de no vender o comercializar productos a terceros"*, esto último resulta ser equivocado, toda vez que, la información presentada ante la AEMP, no fue suficiente para desvirtuar el análisis detallado y completo contenido en la RA 94/2018.

Luego, CBN entre los párrafos 96-99, hace referencia a la inspección administrativa realizada por esta Autoridad en febrero de 2018²⁷, transcribe el Resuelve Tercero de la RA 94/2018 (posible conducta anticompetitiva en razón de otorgamiento de incentivos, numeral 8, artículo 11 del D.S. 29519), indica la base que sostiene la formulación de cargos (las declaraciones notariales presentadas por CNP y los contratos de comodato presentados por CBN), para finalmente, concluir que demostrará que todo el análisis descrito en la RA 94/2018 sobre esta posible conducta anticompetitiva, fue incorrecto.

En lo que corresponde a la inspección administrativa realizada por la AEMP en la ciudad de Potosí (febrero, 2018), esta Autoridad llegó a la conclusión que no se observaron elementos, de los cuales, se pueda inferir que los indicios denunciados por CNP se mantengan hasta el

²⁷ Tanto CNP como CBN solicitaron a la AEMP que realice inspecciones in situ durante la etapa de Diligencias Preliminares. Sin embargo, la inspección administrativa se realizó dos años más tarde, en febrero de 2018.

presente (febrero 2018). Este último aspecto, no desvirtuaba el indicio que durante el periodo de la denuncia de CNP, correspondiente a la gestión 2016, la empresa CBN podría haber aplicado incentivos; por tanto, la afirmación realizada por CBN, en sentido que la AEMP habría verificado que no se observaron los hechos denunciados, corresponde al momento en que se realizó la inspección (gestión 2018) y no así al periodo sujeto de investigación en la RA 94/2018 (año 2016).

En relación a lo indicado entre los párrafos 97 y 99 del memorial de descargos de CBN, al tratarse estos de una introducción, carecen de valor probatorio, puesto que no argumentan ningún aspecto en contra de la RA 94/2018, por lo tanto, no serán valorados.

Sobre las declaraciones presentadas por CNP

En el párrafo 100 del memorial de descargos presentado por CBN, esta hace referencia a la página 58 de la RA 94/2018 sobre los documentos notariados de CNP, el párrafo 101 cita la página 59 de la RA 94/2018 sobre la relevancia de los documentos notariados de CNP y finalmente el párrafo 102 resalta la página 61 de la RA 94/2018 de la conclusión a la que se llegó de forma posterior al análisis de los documentos notariados. Adicionalmente, el agente económico CBN realiza observaciones del contenido de las declaraciones presentadas por CNP, argumentando lo que sigue a continuación:

103. Al respecto, realizamos las siguientes observaciones, respecto al contenido de las declaraciones presentadas por CNP:

i) En primer lugar, conforme indicamos a lo largo de la etapa de Diligencias Preliminares, las declaraciones presentadas por CNP, no pueden acreditar ninguna conducta anticompetitiva supuestamente cometida por CBN, toda vez que dichas declaraciones no identifican quienes serían los "supuestos distribuidores" o "supuestos personeros de CBN" que habrían ofrecido "incentivos a cambio de no vender cerveza de CNP". Nuestra empresa, conoce y cumple en todo momento la normativa aplicable, y por ello, no otorga incentivos sujetos a ninguna condición.

Desconocemos si algún Distribuidor, a cuenta propia, alguna vez habría cometido tales hechos, pero como las denuncias y declaraciones de CNP no identifican a ninguna persona en particular, sino que se limitan a acusar a los "distribuidores" en abstracto, tampoco podemos investigar y mucho menos comprobar los supuestos hechos denunciados.

ii) En segundo lugar, si bien las declaraciones presentadas por CNP fueron realizadas en los meses de julio y octubre de 2016, dichas observaciones, (salvo la del Sr. Juan Carlos Menacho Colque, a quien desconocemos) no especifican cuándo se habrían producido los supuestos hechos denunciados, por lo que no es claro si dichos supuestos hechos corresponden siquiera al periodo de investigación (enero a diciembre de 2016).

iii) Más aun, pese a que desconocemos y NO aceptamos las mismas, las declaraciones de julio de 2016 no podrían ser utilizadas en contra de CBN,

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11

Teléfono & Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



debido a que los cargos fueron notificados a CBN recién en agosto de 2018 [sic], en tal sentido, cualquier afirmación en contra de nuestra empresa anterior a agosto de 2016, no puede tener ningún valor legal, por el término de la prescripción (2 años desde los supuestos hechos).

- iv) En suma, la Notificación de Cargos cuenta con una sola declaración (que legamente podría entrar dentro del periodo de investigación) en la cual el Sr. Juan Carlos Menacho dice ser dueño de "una pensión" (sin indicar el nombre de su supuesta pensión, ni la dirección exacta de la misma), y que "trabajadores de CBN le habrían ofrecido productos [...] a cambio de no vender cerveza Potosina", sin identificar a ningún Distribuidor o trabajador de CBN.

104. Al respecto, reiteramos que CBN no conoce al Sr. Juan Carlos Menacho Colque, ni tampoco pudo identificar su supuesto PDV debido a la falta de especificidad de la dirección contenida en la Declaración presentada por CNP.

La RA 94/2018 afirma de forma fehaciente que, las declaraciones expuestas en los documentos notariados, constituyen indicios de posibles conductas anticompetitivas en la figura de otorgación de incentivos por parte de CBN, bajo la condición de no comprar productos de CNP, es decir, que a los PDV señalados CBN les habría otorgado incentivos con la condición de no vender la cerveza de CNP, afirmación coincidente con las declaraciones realizadas en la reunión de los distribuidores independientes de la CNP con base al documento notariado de fecha 6 de julio de 2016.

Sobre lo anterior, la simple afirmación de CBN respecto a que las declaraciones de CNP no pueden acreditar ninguna conducta anticompetitiva porque no se identifica quiénes serían los supuestos distribuidores o personeros, no es suficiente para invalidar el análisis descrito en la RA 94/2018, toda vez que CBN tiene identificados a todos sus distribuidores que comercializan sus productos en la ciudad y las provincias del departamento de Potosí, así se advierte del cuadro remitido por dicho agente económico²⁸ en relación al punto 29 del Anexo del Auto Administrativo de fecha 18 de mayo de 2017, en cuyo contenido se encuentra individualizado el nombre de cada uno de dichos distribuidores, su código y el centro del cual se aprovisiona de cerveza para su posterior comercialización en Potosí, por lo que desconocer a distribuidores que podrían haber otorgado incentivos a nombre de CBN no es razonable.

Respecto a que las declaraciones de CNP no especifican la fecha de cuando se habrían realizado y si corresponden al periodo de investigación, cabe señalar que su contenido tiene todo el valor probatorio con relación a los hechos denunciados toda vez que el procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia, no se constituye en un proceso estrictamente formal, al contrario, por el principio de verdad material, la investigación y la averiguación de la verdad de los hechos se realizan a través de toda información y documentación que expresen o guarden relación con los hechos que se pretenden demostrar.

²⁸ Información presentada por CBN a través del flash drive adjunto a su memorial de fecha 30 de junio de 2017, cursante a fojas 0898.

Que en ese sentido y con relación a la validez probatoria de los indicios, Pinkas Flint señala que:

"...la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirán en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados".²⁹

Que, asimismo Pinkas Flint, en su obra Tratado de Defensa de la Libre Competencia, cita la Resolución N° 0255-1997/5DC-INDECOPI del cual se extrae el siguiente análisis en relación a la investigación de conductas anticompetitivas:

"... la prueba de indicios y presunciones resulta ser una herramienta fundamental para el adecuado funcionamiento del sistema legal de protección de la competencia. En este sentido, la Sala ha expresado en anteriores oportunidades, refiriéndose al tema que nos ocupa, que:

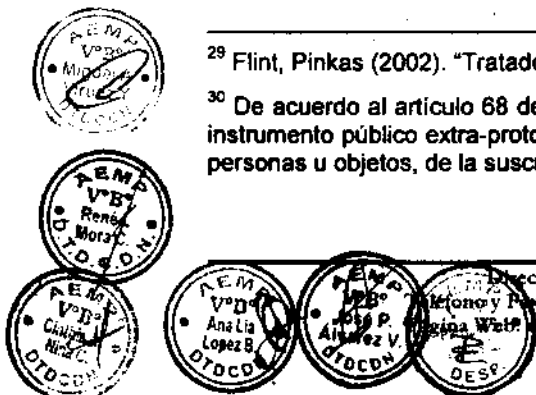
... si bien no se requiere encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión en que se acuerdan medidas que restrinjan o limiten la competencia entre las empresas que concurren en un mercado en particular, si es necesario que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de tal acuerdo.

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la... competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto a los hechos investigados. Así puede darse el caso de un indicio, apreciado de manera aislada, no convenga al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción".

Que, de lo anterior podemos colegir que, la fecha en la cual cada uno de los propietarios de PDV declaró ante un Notario de Fe Pública³⁰ haber recibido la oferta de incentivos por parte de un distribuidor de CBN con la condición de no vender la cerveza de CNP, es el momento en el cual se da a conocer la existencia de una infracción a la normativa de defensa de la competencia, parámetro en virtud del cual se ha verificado que tales declaraciones corresponden al período de investigación; en consecuencia, su contenido se constituye en indicio de la conducta anticompetitiva prevista en el artículo 11, numeral 8, del D.S. 29519.

²⁹ Flint, Pinkas (2002). "Tratado de Defensa de la Libre Competencia", p. 989.

³⁰ De acuerdo al artículo 68 de la Ley del Notariado Plurinacional, la intervención de la notaria o el notario de un instrumento público extra-protocolar da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción y fecha del documento cuando corresponda.



Con relación al argumento expuesto por CBN referente a que "...las declaraciones de julio de 2016 no podrían ser utilizadas en contra de CBN, debido a que los cargos fueron notificados a CBN recién en agosto de 2018 (sic), en tal sentido, cualquier afirmación en contra de nuestra empresa anterior a agosto de 2016, no puede tener ningún valor legal, por el término de la prescripción (2 años desde los supuestos hechos.", cabe señalar que el artículo 7 del RM 190 que aprueba el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, disposición normativa concordante con el artículo 79 de la LPA, señala que:

Artículo 7. (Prescripción). La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341. En el caso de hechos, actos u omisiones recurrentes o sucesivas, el plazo señalado se computará a partir de la fecha de la realización del último hecho acto u omisión.

La interrupción de la prescripción, tendrá lugar desde el momento en que la Superintendencia realice un acto administrativo que recaiga sobre las infracciones cometidas y sea puesto en conocimiento del presunto infractor.

Conforme al análisis contenido en las páginas 125 a 126 (inciso f) de la RA 94/2018, la existencia de indicios de la acción de CBN de otorgar descuentos o incentivos condicionados a los PDV en el mercado relevante de comercialización de cerveza en la ciudad de Potosí, fue advertida tanto en los documentos notariales descritos en la tabla 7 de la RA 94/2018, como en el contenido de los nueve contratos de comodato suscritos con PDV. Sobre la base de tales documentos en su conjunto, se advirtió la comisión de actos sucesivos o recurrentes durante toda la gestión 2016, concurriendo ambos hechos (documentos notariales y contratos de comodato) en meses próximos (julio y octubre), y se estableció como último hecho conocido la vigencia del último de los contratos de comodato, dentro del período de investigación previsto, es decir, en el mes de diciembre de 2016.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2170/2013, refiriéndose al carácter sucesivo y permanente de las conductas y citando la Sentencia Constitucional 0140/2012 señala:

"(...) el derecho administrativo disciplinario, por afectar la esfera de autodeterminación de las personas mediante la imposición de sanciones personales, alberga los principios del Derecho Penal en cuanto al debido proceso..."

*El Tribunal Constitucional aplicó este entendimiento a infinidad de casos que fueron resueltos en su jurisdicción entendiendo que **todos los principios y garantías propias del derecho penal se aplican también extensivamente en el ámbito administrativo sancionador.*** (Énfasis añadido)

Esta línea jurisprudencial se advierte también en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0851/2012 de 20 de agosto de 2012, la cual ha considerado en su análisis lo siguiente:

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

"La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159)".

En ese contexto, los principios aplicables en el procedimiento penal, también son extensibles en su aplicación al presente procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante la RA 94/2018 de 16 de agosto de 2018.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 30 señala que: *"El término de la prescripción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación"*, reconociendo de esa manera la existencia de conductas permanentes en el tiempo, las cuales son equivalentes a las infracciones recurrentes o sucesivas referidas en el artículo 7 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 (RM 190) citado precedentemente.

Al respecto, de acuerdo a la Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R, el plazo de prescripción en las conductas sucesivas, se computa a partir de la fecha del último hecho, acto u omisión, así se advierte de los textos que se citan a continuación, contenidos en su acápite de fundamentación jurídica:

"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la SC 1190/2001-R, de 12 de noviembre, hizo referencia a la clasificación de los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico, señalando, entre ellos a los tipos instantáneos y a los tipos permanentes, conforme al siguiente entendimiento: "En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, en los delitos permanentes, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva".

Posteriormente, la SC 1709/2004-R, 22 de octubre puntualizó aún más la diferencia entre delitos instantáneos y permanentes, al determinar que: "(...) en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en delitos instantáneos, que -como se tiene referido en la Sentencia constitucional citada precedentemente- son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los delitos permanentes, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito. Sin embargo, la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los delitos

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11

Teléfono: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acmp@autoridadempresas.gob.bo



instantáneos con efectos permanentes, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo". (Las negrillas son nuestras).

Conforme a la jurisprudencia glosada precedentemente, en los delitos instantáneos, la acción coincide con el momento de consumación del delito, en tanto que en los delitos permanentes, la consumación del delito se prolonga en el tiempo. Ambos tipos de delitos están previstos, de manera indirecta en el art. 30 del CPP, cuando la norma que establece el momento desde el cual empieza a computarse el término de la prescripción. Así, para los delitos instantáneos, el cómputo se inicia desde la media noche en que se cometió el delito, y para los permanentes, desde que cesó su consumación"³¹. (SC 1190/2001-R).

Asimismo, en una conducta sucesiva o permanente en los términos del Código de Procedimiento Penal Boliviano, no es posible considerar únicamente el momento de su inicio, debe considerarse además el tiempo de su duración y el momento de su culminación o el último momento en el que fue conocido, lo cual coincide con el citado artículo 7 de la RM 190.

Por lo expuesto y de la investigación y análisis técnico a la conducta que fue objeto de investigación, se tiene que la otorgación de incentivos realizada por CBN, se mantuvo hasta el mes de diciembre de 2016, y es a partir de ese mes de diciembre que se puede computar el plazo de 2 años de la prescripción; por lo que en el presente caso el plazo de prescripción no ha operado considerando que el mismo fue interrumpido en septiembre de 2018 con la notificación de cargos a través de la RA 94/2018 practicada en fecha 03 de septiembre de 2018, correspondiendo rechazar la prescripción alegada por CBN.

En ese contexto, la prescripción que según CBN sería aplicable a la infracción administrativa emergente de la acción de otorgar incentivos a cambio de no vender la cerveza de CNP, no se ha producido debido que el plazo de dos años computables desde el último hecho conocido (diciembre de 2016) previsto conforme al artículo 7 de la RM 190 para que opere la prescripción, ha sido interrumpido con la notificación al infractor (CBN) de la RA 94/2018, consiguientemente, la prescripción alegada por el nombrado agente económico resulta infundada.

Respecto a los **contratos de comodato CBN**, en el **párrafo 105**, hace referencia a las cláusulas de exclusividad señaladas en la RA 94/2018 (página 66), afirmando lo que sigue a continuación:

"De acuerdo a los documentos proporcionados por CBN y CNP se identifican cláusulas de exclusividad que determinan que ambas empresas utilizaron esta política de comercialización en la ciudad de Potosí. Sin embargo, CBN tiene poder sustancial en el mercado de comercialización de cerveza en PDV y no así CNP en consecuencia los contratos en comodato de CBN constituyen un indicio de una posible conducta anticompetitiva". (pp. 66)

³¹ Sentencia Constitucional N° 0190/2007-R; Sucre 28 de marzo de 2007; Expediente: 2006-13795-28-RAC; Distrito: La Paz; <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion16022.html>.

106. La cita anterior es incorrecta, toda vez que los contratos de comodato de CBN no tienen ninguna cláusula de exclusividad. En efecto, únicamente restringen el uso de los equipos de frío, sin embargo, los PDV tiene total libertad para comercializar productos de CNP o de cualquier otro tercero, conforme fue acreditado en las Actas Notariadas presentadas por CBN, que fueron descartadas en la Notificación de Cargos.

107. Además de lo expresado en el punto anterior, la limitación de uso de equipos de frío es una conducta ampliamente aceptada por autoridades de defensa de la competencia, y no se considera anticompetitivas, al contrario, se considera una conducta que genera eficiencias y que evita la conducta parasitaria o el "free riding".

Sumado a los dos párrafos anteriores, en los párrafos **108-109** del memorial presentado por **CBN**, esta hace referencia al caso Pepsi-Cola Mexicana vs. Coca Cola en México (**Anexo 8** del memorial de **CBN** de 11-oct-2018) y a la Resolución Administrativa Regulatoria 001/2010 de la AEMP (págs. 20-21) señalando lo que sigue:

110. Si bien, la RA 001/2010 fue dejada sin efecto [sic], por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N 014/2013, el motivo fue que la misma resultaba muy restrictiva de la competencia, al tratar una práctica relativa (los incentivos condicionados) como una práctica absoluta, sin analizar los efectos (negativos y positivos) de los acuerdos de exclusividad de acuerdo a la regla de la razón.

111. Conforme a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N 014/2013, la exclusividad no puede ser declarada ilegal per se, sino que debe ser evaluada conforme a la regla de la razón, pues existen una serie de ganancias de eficiencia que podrían derivar de dicha conducta.

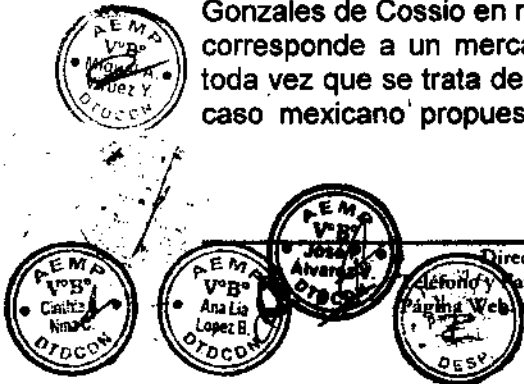
El análisis contenido en la RA 94/2018 sobre los contratos de comodato se refiere al hecho de que **CBN** tendría como objetivo mantener refrigerados únicamente sus productos y a que dichos contratos no señalan de forma clara y explícita que el PDV tendría la total libertad para comercializar otros productos, como lo afirma **CBN** en su presentación de descargos.

Por otro lado, **CBN** declara que la limitación del uso de equipos de frío, es ampliamente aceptada por autoridades de competencia pero no detalla mayores datos para su valoración correspondiente, toda vez que, no acredita las posibles ganancias en eficiencia producto de la citada restricción y no aclara de qué manera la restricción podría frenar la condición de "free riding" de algún PDV, por tanto, lo señalado por **CBN** se trata de una simple afirmación que no puede incidir en las conclusiones arribadas en la RA 94/2018 según lo señalado en el numeral 8, artículo 11 del D.S. 29519.

Respecto al Anexo 8 presentado por **CBN**, consistente en la cita del autor Francisco Gonzales de Cossio en relación al caso Pepsi-Cola Mexicana vs. Coca Cola de México, este corresponde a un mercado totalmente distinto al que nos ocupa (i.e., bebidas gaseosas), toda vez que se trata de una cita (página 1) incompleta que no refleja el contexto íntegro del caso mexicano propuesto como descargo. Así, la COFECCE determinó que la restricción

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11
Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



relativa a utilizar los refrigeradores dados en comodato con productos de marcas diversas era aceptable.

Sin embargo, seguidamente en el mismo caso, la COFECE estableció que "(...) **La inversión de Coca Cola es recuperada con la restricción de uso del refrigerador, pero el uso del equipo no podría justificar una exclusividad que prohíba la venta de productos de la competencia, en toda la tienda detallista**" (énfasis agregado). Por tanto, la jurisprudencia comparada utilizada por CBN aplicada en México, en lugar de apoyar su argumentación, la contradice, dejando en claro que la entrega del bien en comodato no debía implicar un derecho de CBN de imponer al PDV la condición de no vender el producto de CNP, lo cual concuerda con las conclusiones arribadas en la RA 94/2018 sobre lo que precisa el numeral 8, artículo 11 del D.S. 29519.

Adicionalmente, en la misma cita (Anexo 8) propuesta por CBN, el nombrado autor refiere que la conclusión de todo el caso, fue que: **1. Exclusividades de detallistas: no presentan ganancias en eficiencia que incidan favorablemente en el proceso de competencia. Los gastos de promoción e incentivos excluyen la comercialización de productos de competidores. No representan inversiones específicas que justifiquen exclusión de productos de competidores dentro de detallistas, por lo que no inciden favorablemente en el proceso de competencia.**" (Las negrillas son de la AEMP)

Los textos transcritos precedentemente, permiten advertir que las aseveraciones de CBN referentes a que la limitación del uso de equipos de frío no es considerada una conducta anticompetitiva, carece de sustento en el marco del citado anexo, pues, de su contenido se ha evidenciado más bien que las exclusividades en tiendas detallistas, asimilables en nuestro medio a los PDV (tiendas de barrio en su mayoría), no identifican razones de eficiencia que las justifiquen, lo cual permite advertir que la cláusula identificada en los contratos de comodato que CBN suscribe con los propietarios de PDV, en virtud de la cual se impone a estos últimos la obligación de: **"...Garantizar que en los bienes figuren solamente marcas comerciales y logotipos de los productos de la COMODANTE o autorizados por ella..."**³², a diferencia de lo infundadamente alegado por CBN, si tiene una incidencia negativa en el mercado de comercialización de cerveza en la ciudad de Potosí.

Sumado a lo anterior, es necesario resaltar que, en virtud a lo señalado por CBN en el párrafo-106 de su memorial de descargos, existe un reconocimiento expreso por parte de dicho ente económico sobre la restricción que los contratos de comodato que suscribió con los PDV establecen en cuanto al uso de equipos de frío, conducta que por las consideraciones analizadas y las características particulares del caso en cuestión, corrobora los cargos establecidos en la RA 94/2018.

Respecto a la Resolución Administrativa Regulatoria No. 001/2010 de 02 de julio de 2010 emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas que CBN refiere en su memorial, la misma fue dejada sin efecto por la misma Autoridad mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0124/2013 de 31 de diciembre de 2013 y no por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 014/2013 que fue citada

³² Cláusula (en algunos casos Sexta - 6.2 y en otros Séptima 7.2) identificada en los nueve contratos de CBN descritos en la RA 94/2018.

erróneamente por CBN. Por lo que, no corresponde mayores consideraciones respecto a resoluciones que no se encuentran vigentes y que no se encontraban vigentes dentro el periodo de investigación correspondiente al presente caso.

La Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 0124/2013 que deja sin efecto la Resolución Administrativa Regulatoria No. 001/2010, en lo pertinente de sus consideraciones para el presente caso de análisis, establece claramente que el Decreto Supremo N° 29519: "...es disposición suficiente para regular las relaciones de exclusividad..." y que: "...establece la posibilidad de no sancionar relaciones de exclusividad siempre que las ganancias en eficiencia superen los efectos anticompetitivos". Estas ganancias en eficiencia no fueron acreditadas por CBN como es su deber según el artículo 12 del Decreto Supremo N° 29519, y no acompañan a las exclusividades de detallistas o PDV impuestas a cambio de incentivos según la cita del autor Francisco Gonzales de Cossio extraído del Anexo 8 propuesto por CBN. Por tanto, por sus mismos argumentos CBN es consciente que, al no haber acreditado ganancias en eficiencia que justifiquen los incentivos ofrecidos y equipos de frío otorgados a los PDV, no desvirtúa el análisis contenido en la RA 94/2018.

Sobre las pruebas presentadas por CBN

Respecto a las pruebas presentadas y según CBN no valoradas por la notificación de cargos, en los párrafos 112-115 la indicada empresa cita la CPE en su artículo 8.II, la Sentencia Constitucional N° 1112/2013 de fecha 17 de julio de 2013 (Anexo 9 del memorial de CBN), la Sentencia Constitucional N° 0235/2015 – S1 de fecha 26 de febrero de 2015 (Anexo 10 del memorial de CBN), ambas sentencias referentes al principio de igualdad procesal y las Sentencias Constitucionales N° 0238/2018-S2 y N° 1215/2012, mismas que están relacionadas a la valoración de la prueba (pág. 21-22). A continuación, CBN declara:

116. En el caso que nos ocupa, la Notificación de Cargos, ha omitido totalmente el principio de igualdad procesal, lesionando el derecho constitucional de CBN al debido proceso en su elementos de valoración integral de la prueba, pues, por una parte: i) otorgó validez plena a las declaraciones notariadas presentadas por CNP (al respecto reiteramos las observaciones presentadas en el punto 5.1.3); ii) en contravención a la razonabilidad y equidad, desestimó por completo las declaraciones y actas notariadas presentadas por CBN, documentos públicos que como indicó la Notificación de Cargos tiene "validez probatoria plena" (excepto para CBN); iii) omitió de manera arbitraria la consideración de las fotografías presentadas por CBN.

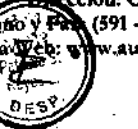
La RA 94/2018 no ha desestimado las declaraciones y actas notariadas y tampoco omitió de manera arbitraria las fotografías presentadas por CBN, tal y como se demuestra en el siguiente acápite.

Sobre las declaraciones y actas notariales presentadas por CBN

CBN en relación a las declaraciones y actas notariales presentadas, refiere lo siguiente:

117. Resulta totalmente arbitrario, contrario a la igualdad procesal, a la razonabilidad y a la equidad, que la Notificación de Cargos acepte como "prueba válida" los documentos notariales presentados por CNP y descarte los documentos y actas

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



notariadas, presentadas por CBN. Legalmente ambos documentos tienen el mismo valor legal y deberían haber sido valoradas por igual.

118. Sin embargo, la Notificación de Cargos desestimó por completo las Declaraciones y Actas Notariadas presentadas por CBN, debido a dos "excusas" totalmente ilegítimas que se alejan de los marcos legales de la razonabilidad y de la equidad, dichas excusas son: i) las Declaraciones y Actas Notariadas realizada por CBN fueron aplicadas a PDV diferentes a los citados en la denuncia de CNP; y ii) las Declaraciones y Actas Notariadas obtenidas por CBN no abarcaron todo el periodo analizado y solo se refieren a un día 26 de septiembre de 2016 (pp.65).

119. Conforme pasamos a explicar, la exigencia de la Notificación de Cargos, para hacer valer las Declaraciones y Actas Notariales presentadas por CBN es imposible y contraria a toda razonabilidad.

120. En primer lugar, como vuestra autoridad habrá advertido, las declaraciones presentadas por CNP no han identificado claramente la dirección de los PDVs en los que supuestamente obtuvieron declaraciones, por lo que identificar a dichos PDVs, resultaba extremadamente totalmente [sic] complejo.

121. En segundo lugar, aun cuando se hubiera podido ubicar a los PDVs, resulta totalmente improbable que CBN pueda obtener declaraciones notariales de las mismas personas o PDVs que las declaraciones de CNP, afirmando un hecho contrario. En tal sentido [sic], resulta totalmente improbable que las personas que declararon a favor de CNP en un documento público, vayan a desestimar sus declaraciones, en otro documento público.

122. En tercer lugar, la Denuncia de CNP fue notificada a CBN, en fecha 30 de agosto de 2016. Por otra parte, CBN tomó conocimiento del periodo de investigación con la Notificación de Cargos, notificada a nuestra empresa en fecha 4 de septiembre de 2018. A partir de lo anterior, resulta imposible que CBN haya podido presentar declaraciones notariales que abarquen "todo el periodo de investigación". ¿Cómo pretende la AEMP que CBN haya obtenido declaraciones en los meses de enero a agosto de 2016?, [sic] Asimismo ¿Cómo esperaba la AEMP que hubiésemos obtenido declaraciones de diciembre de 2016, si recién con la Notificación de Cargos de agosto de 2018 se definió el periodo de investigación?

123. Al respecto, hacemos notar que las declaraciones notariales presentadas por CNP tampoco abarcan todo el periodo de investigación, es más como observamos en el punto 135, dando que dichas declaraciones no especifican la fecha en la que supuestamente "alguien" les habría ofrecido incentivos condicionados, no se tiene ninguna certeza de que las misma correspondan al periodo de investigación siquiera, sin embargo, ello jamás fue observado por la AEMP.

124. Asimismo, es importante notar que resulta totalmente arbitrario e injusto que se reproche a CBN de que sus declaraciones "no comprenden todo el periodo de investigación", cuando nuestra empresa solicitó y reiteró a la AEMP, durante el periodo de investigación, que realice inspecciones administrativas en la ciudad de

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Potosí, inspecciones que se hicieron recién en febrero de 2018, es decir dos años después del mentado "periodo de investigación". Por otra parte, según consta en la Notificación de Cargos, las inspecciones de la AEMP tampoco se realizaron en los mismos PDVs de las declaraciones de CNP, seguramente porque los funcionarios de la AEMP tampoco pudieron ubicarlas, en base a la limitada descripción de sus direcciones.

125. Finalmente, recordamos a vuestra autoridad que la defensa de la competencia protege la "competencia y eficiencia en los mercados". En tal sentido, las Declaraciones y Actas Notariales presentadas por CBN tenía el objeto de demostrar que en "mercado de la ciudad de Potosí" no existen incentivos sujetos a condición, por parte de nuestra empresa.

126. En suma, CNP ha presentado una sola declaración, que podría entrar en el término de investigación (Juan Carlos Menacho Colque), dicha declaración se encuentra dentro del término de las Declaraciones y Actas aportadas por CBN (septiembre de 2016). Un análisis racional y equitativo de la prueba habría concluido que el Sr. Carlos Menacho Choque no puede representar todo el "mercado relevante" y que las cinco Declaraciones y las cinco Actas Notariales aportadas por CBN sobre el mismo periodo desvirtúan por completo el supuesto "indicio" de que en septiembre de 2016 existían incentivos condicionados en el mercado de cerveza de la ciudad de Potosí.

Respecto a las declaraciones y documentos notariados presentados por CBN, estos fueron debidamente valorados en varios acápites de la RA 94/2018; en relación a los documentos notariados se concluyó lo siguiente³³:

Páginas 61 al 65

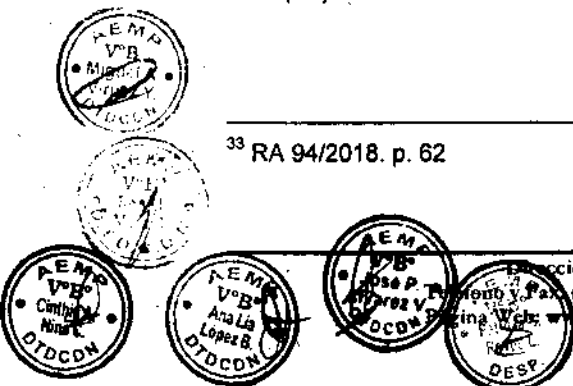
En relación a los documentos notariados ofrecidos por CBN, se observó que son cinco (5) los PDV visitados, de cada uno de ellos se levantaron dos documentos (i.e., acta de verificación y declaración voluntaria); al respecto, en las actas de verificación se constataron las visitas de personeros de CBN a los PDV y en las declaraciones voluntarias, lo manifestado por los propietarios de dichos PDV.

Al respecto, se observa el hecho que las declaraciones y actas notariadas realizadas por CBN fueron aplicadas a PDV diferentes a los citados en la denuncia de CNP, por lo que estas no logran contrastar las manifestaciones y afirmaciones de los documentos notariados presentados por CNP en su denuncia.

Página 112

(...)

³³ RA 94/2018. p. 62



En ese sentido, al ser los documentos notariales³⁴ (declaraciones voluntarias y actas de verificación) señalados precedentemente, el elemento común aportado por las partes en respaldo de sus aseveraciones y pretensiones, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Las actuaciones del Notariado Plurinacional se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.³⁵
- La intervención de la notaria o el notario en la elaboración de un instrumento público extra-protocolar da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción y fecha del documento cuando corresponda.³⁶

Página 113

(...) si bien **CBN** presentó de igual manera documentos notariales, todos de fecha 26 de septiembre de 2016, estos particularmente dan cuenta que a la fecha de su emisión los PDV descritos en su contenido (5 PDV), ubicados en la ciudad de Potosí, comercializan tanto la cerveza de **CBN** como la de **CNP**; que la venta de productos de **CBN** no estaría sujeta a ninguna condición; y que los equipos de frío les fueron otorgados por **CBN** mediante contratos de comodato que no incluyen cláusula de exclusividad; no obstante, tales documentos no contienen elementos suficientes para desvirtuar la documentación aportada por **CNP**, pues hacen referencia a hechos acaecidos en PDV y momentos distintos a aquellos en los cuales presuntamente se habrían cometido las infracciones; prueba de ello, es que las actas de declaraciones juradas voluntarias presentadas por **CBN**, cursantes a fojas 139 a fojas 142 de antecedentes, corresponden a PDV distintos a los identificados por la empresa denunciante y, en todos los casos, datan de fechas posteriores a las de los hechos denunciados, por lo que, tales documentos notariales no se constituyen en un contraindicio³⁷.

Lo anterior demuestra de forma fehaciente que los documentos notariados presentados por **CBN** fueron valorados debidamente; sin embargo, los mismos no lograron contrastar o desvirtuar evidentemente lo declarado en los documentos notariados de **CNP**, toda vez que no abarcaron a los mismos PDV denunciados por **CNP**, y todos los documentos notariados de **CBN** señalaban respecto a la fecha el término "actualmente".

En relación a lo aseverado por **CBN** sobre las supuestas exigencias de la RA 94/2018, para la valoración de las declaraciones y actas notariales, se tiene a bien señalar lo siguiente:

³⁴ Según dispone el artículo 39, parágrafo I de la Ley N° 483 del Notariado Plurinacional, son aquellos que la notaria o el notario elabora, redacta, interviene o autoriza, confiriendo fe a los actos, los hechos y las circunstancias que presencia.

³⁵ Previsión contenida en el artículo 2 de la Ley N° 483 del Notariado Plurinacional.

³⁶ Artículo 68 de la Ley N° 483.

³⁷ De acuerdo al razonamiento expuesto en la Sentencia N° 295/2017 de 18 de abril de 2017, emitida por el Tribunal Supremo de Justicia, *contraindicio* es cualquier prueba que invalida (infirmar) un indicio.

- **Primero**, que las actas notariales identifican la dirección al nivel de la información proporcionada por ambas empresas, toda vez que cuando se solicitó a CBN³⁸ y a CNP³⁹ remitir datos de los PDV atendidos por las mismas en el departamento de Potosí, en muchos de los casos presentaron únicamente la calle principal sin identificar el número ni mucho menos las calles aledañas, por lo que no extraña a esta Autoridad la determinación de la dirección en los documentos notariados.
- **Segundo**, CBN afirma en el párrafo 121 del memorial del 11 de octubre de 2018 que "(...) resulta totalmente improbable que CBN pueda obtener declaraciones notariales de las mismas personas o PDV", que las declaraciones de CNP, afirmando un hecho contrario. El [sic] tal sentido, resulta totalmente improbable que las personas que declararon a favor de CNP en un documento público, vayan a desestimar sus declaraciones, en otro documento público". Sin embargo, posteriormente, de manera contradictoria a su argumento de descargo, presenta como prueba de reciente obtención un documento notariado que contiene la declaración de la propietaria de uno de los PDV, respecto a los cuales CNP presentó documentos notariados adjuntos a su denuncia, la cual será valorada más adelante en el presente documento.

Al margen de lo señalado, si la intención de CBN era demostrar que no existieron indicios de conductas anticompetitivas en los PDV detallados en la RA 94/2018, debió agotar los medios posibles para demostrar la verdad material y no limitarse a señalar que es improbable obtener declaraciones notariales de personas o PDV. Por ejemplo, en lugar de observar que las declaraciones presentadas por CNP no consignaban una dirección precisa, CBN se encontraba facultada para solicitar la dirección exacta de tales PDV durante los 15 meses en que se llevaron a cabo las diligencias preliminares a efectos de desvirtuar los hechos denunciados, sin embargo, revisados los antecedentes del proceso, no cursa solicitud al respecto.

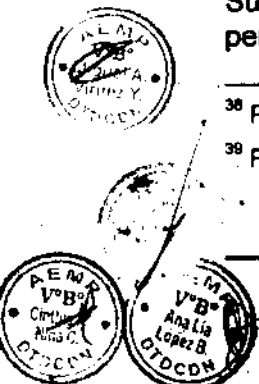
Por otra parte, CBN presentó declaraciones con valor probatorio que evidencian que en determinados PDV no existieron indicios de conductas anticompetitivas, sin embargo no tienen valor probatorio respecto a los PDV en los cuales si se presentaron indicios de conductas anticompetitivas y sobre los cuales recaen cargos contra CBN en la RA 94/2018.

- **Tercero**, respecto al periodo de investigación, la RA 94/2018 observó de los documentos notariados de CBN que no mostraban ni la duración o frecuencia de los hechos, es decir, que si bien estos afirmaban la coexistencia de ambas marcas (CBN y CNP) lo hacían a una fecha determinada (1 día); por tanto, estos no lograron contrastar lo señalado por los documentos notariados de CNP.

Sumado a lo anterior, CBN también alude los documentos notariados de la CNP respecto al periodo de investigación y a que dichas declaraciones no especifican la fecha en la que

³⁸ Prueba 30 de las Diligencias Preliminares.

³⁹ Prueba 27 de las Diligencias Preliminares.



supuestamente "alguien" les habría ofrecido a PDV incentivos condicionados, estas observaciones ya fueron analizadas cuando se valoró el **parágrafo 103** del memorial presentado el 11 de octubre de 2018 por **CBN**, por lo que corresponde remitirse al mismo para acreditar que lo determinado en la RA 94/2018 se encuentra correctamente fundamentado.

En la inspección administrativa realizada por la AEMP en febrero de 2018, tal y como lo señala la RA 94/2018, aleatoriamente se visitaron PDV en la ciudad de Potosí y no se observaron elementos de los cuales se pueda inferir que los indicios denunciados se mantengan hasta el presente, lo que no desvirtuaba el indicio que durante el periodo de la denuncia de **CNP**, correspondiente a la gestión 2016, la empresa **CBN** podría haber aplicado los incentivos para que los PDV no comercialicen los productos de la competencia, en particular, la cerveza comercializada por **CNP** en la ciudad de Potosí.

El hecho de que la conducta sujeta de sanción (numeral 8, artículo 11 del D.S. 29519) haya sido llevada a cabo después de dos años corresponde, entre otros factores, al procedimiento de investigación seguido por la AEMP del presente caso y a la disponibilidad de los datos para la inspección, toda vez que las empresas (**CBN** y **CNP**) complementaron la información solicitada a través de las Diligencias Preliminares hasta diciembre de 2017. Además, en relación a los PDV comprendidos en la visita, estos fueron elegidos de forma aleatoria en la ciudad de Potosí por lo que las direcciones no tuvieron incidencia alguna en los resultados obtenidos. Asimismo, cabe citar que el dato de las direcciones de los PDV, proporcionadas tanto por **CBN** y **CNP**, fue limitado en cuanto a su descripción.

En síntesis, la RA 94/2018 refirió de forma clara que los documentos notariados de **CBN** declaraban a una fecha exacta (26 de septiembre de 2016) que coexistían ambas marcas en los PDV y que la indicada empresa vendía sus productos en los PDV sin condición alguna. Pero estas pruebas no lograban contrastar lo declarado en los documentos notariados de **CNP**, por los aspectos antes expuestos.

De lo precedentemente mencionado, se advierte que **CBN** habría efectuado una lectura parcial del contenido de la RA 94/2018, pues conforme a su contenido se aprecia que los documentos notariados que presentó en respuesta a la denuncia, fueron analizados y valorados oportunamente, y que, como resultado de dicha tarea se estableció que su contenido no constituye un contraindicio de los hechos denunciados por **CNP** en relación a la presunta comisión de la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 11, numeral 8, del D.S. 29519; en consecuencia, sus aseveraciones referentes a la omisión del principio de igualdad procesal así como del debido proceso, carecen de sustento.

Además, debe tenerse presente que la AEMP en observancia del deber impuesto a toda autoridad que emite una resolución, ha fundamentado fáctica y legalmente su criterio en relación a las declaraciones y documentos notariados presentados por **CBN**, y que el hecho que la empresa denunciada no lo comparta o pretenda se le asigne un otro valor probatorio, de ninguna manera justifica una presunta vulneración a la igualdad procesal o al debido proceso.

En relación a la declaración notariada del señor Juan Carlos Menacho Colque, presentada por **CNP**, la cual según **CBN** se constituiría en el único documento notariado que cuenta con

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

la identificación de la fecha, que comprende el periodo de análisis, en el que un distribuidor de CBN habría otorgado incentivos bajo la condición de no comprar productos de CNP, cabe indicar que se trata de una apreciación propia de CBN, que no considera el conjunto de elementos que llevaron a esta Autoridad a determinar que existirían⁴⁰ indicios de posibles conductas anticompetitivas, según lo indicado en el numeral 8 del artículo 11 del D.S. 29519.

Sobre las fotografías presentadas por CBN

En relación a las fotografías presentadas por CBN, esta empresa señala lo siguiente:

127. En su respuesta a la Denuncia, CBN presentó varias fotografías que acreditan de forma clara e irrefutable que, en el mercado de cerveza de la ciudad de Potosí, coexisten las marcas de CBN y de CNP.

128. De la lectura íntegra de la Notificación de Cargos, resulta evidente que la AEMP omitió de manera arbitraria la consideración de estas pruebas, lesionando el derecho al debido proceso de CBN y la búsqueda de la verdad material, pues no existiendo ninguna valoración o análisis sobre las mismas.

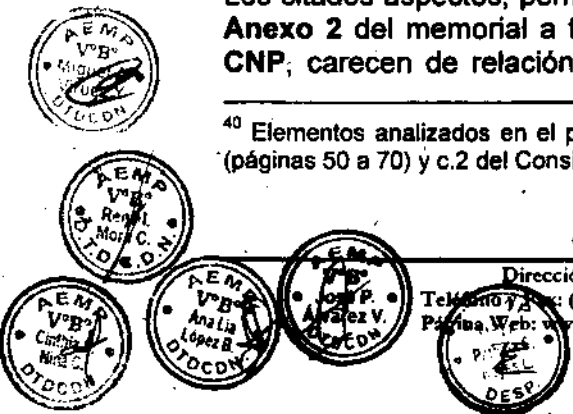
En cuanto a la supuesta omisión de parte de la AEMP, de valorar las fotografías presentadas por CBN, cabe señalar que en el memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2016, a través del cual CBN dio respuesta a la denuncia presentada en su contra por CNP, adjuntó como "Anexo 2", trece (13) impresiones de fotografías; al respecto, se tiene lo siguiente:

- i. Ninguna de las citadas fotografías permite evidenciar que las mismas hayan sido tomadas en PDV ubicados en la ciudad de Potosí.
- ii. Se desconoce cuál la fecha en que se tomaron tales fotografías por lo que es incierto si las mismas pertenecían al periodo de análisis (gestión 2016).
- iii. Cuatro (4) de las citadas impresiones corresponden a equipos de frío de la cerveza paceña, cerveza Potosina y algunos sin marca. Cinco (5) de las trece (13) referidas impresiones de fotografías se refieren a la coexistencia de propaganda de CNP y CBN. De las restantes cuatro (4) impresiones, se evidencia la venta de productos varios.
- iv. Pese a encontrarse impresas a color, ninguna de las fotografías aportadas por CBN es nítida y permite identificar con certeza la marca del producto. Asimismo, en ninguna de las impresiones adjuntas se puede visualizar el nombre del PDV al que corresponden. Los nombres de los PDV son colocados por CBN en la hoja que contiene las impresiones.

Los citados aspectos, permiten advertir que las impresiones de fotografías que conforman el Anexo 2 del memorial a través del cual CBN dio respuesta a la denuncia presentada por CNP, carecen de relación con la conducta prevista en el artículo 11, numeral 8, del D.S.

⁴⁰ Elementos analizados en el punto 3.4.3 del Considerando de Análisis técnico económico de la investigación (páginas 50 a 70) y c.2 del Considerando de valoración jurídica (páginas 112 a 115) de la RA 94/2018.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



29519, respecto a la cual se inició el presente proceso sancionador, pues no desvirtúan de modo alguno los presuntos incentivos que en el periodo de investigación se habrían otorgado a los PDV para no comercializar la cerveza de CNP, ya que la existencia de equipos de frío en PDV o de propaganda en su exterior, constituyen características propias de todo punto de venta de productos como la cerveza.

En ese sentido, considerando la falta de relación entre las referidas impresiones de fotografías y la conducta anticompetitiva denunciada por CNP, es evidente que no desvirtúan los indicios establecidos en la RA 94/2018, por lo que un mayor análisis resulta innecesario y sin propósito.

En ese marco, y con base a la explicación realizada, la intención de la RA 94/2018, en ningún momento fue omitir de manera arbitraria tales fotografías, como equivocadamente lo afirma CBN, consiguientemente, no corresponde la alusión de CBN respecto a una presunta violación al debido proceso, cuando este, en los hechos, fue iniciado a partir de los cargos identificados en la RA 94/2018 y en sustento a la documentación e información descrita en su contenido, sin que las impresiones de fotografías referidas, constituyan respaldo de ningún indicio establecido en contra de CBN, pues conforme se señaló precedentemente, las mismas carecen de toda relación con los hechos que motivaron el inicio del presente procedimiento sancionador.

Sobre la prueba de reciente obtención

CBN hace referencia al tema de prueba de reciente obtención afirmando lo siguiente:

129. En un intento de cumplir con los desmedidos requerimientos probatorios de la Notificación de Cargos, intentamos constituimos en los PDVs que ofrecieron declaraciones notariales a CNP, a fin de poder validar y conocer los supuestos hechos que configuraron acciones competitivas, el momento de la ocurrencia de las mismas, o en su caso, de qué supuestos trabajadores o "Distribuidores" de nuestra empresa hubieran efectuado las acciones anticompetitivas denunciadas.

130. Sin embargo, conforme constan el Acta de Intervención Notarial adjunta (Anexo 11), tres (3) de los cinco PDV cuyas declaraciones presentó CNP fueron imposibles de ubicar debido a las ubicaciones poco precisas incluidas en tales declaraciones.

131. Al respecto, conforme consta en el expediente, los tres supuestos propietarios de dichos lugares, se apersonaron a la notaria a presentar sus declaraciones, por lo que ni siquiera se tiene ninguna constancia de que los supuestos PDVs existan. Asimismo sobre este punto, conforme a nuestra base de datos, no tenemos ninguna constancia de que CBN haya vendido producto durante la gestión 2016 a ninguno de estos tres supuestos PDVs.

132. Por otra parte, conforme a la declaración notariada de la Sr. [sic] Carol Claure Casablanca en su calidad de propietaria de la Fricasería La Paz (Anexo 12), queda claro que, CBN jamás le ofreció ningún incentivo a cambio de no vender cerveza de CNP, al contrario, conforme ella misma, siempre ha sido libre de vender cualquier cerveza.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

133. Asimismo, en el caso de la Quinta Ck'halita, fuimos dos veces sin embargo el lugar se encontraba cerrado. Al respecto, vamos a volver a intentar averiguar sobre las acusaciones de supuestas conductas anticompetitivas.

Es preciso señalar que en el análisis descrito en la RA 94/2018, no se realiza requerimientos de ninguna índole y menos de carácter "desmedido" como equivocadamente señala CBN, si bien la indicada empresa intentó constituirse en los PDV que ofrecieron declaraciones notariales a CNP, esta es una acción propia del agente económico para conocer los hechos imputados en su contra y que de ninguna manera responde a solicitudes efectuadas por la RA 94/2018.

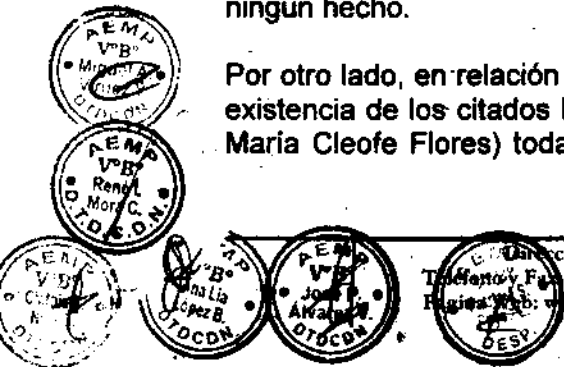
Por otra parte, el anexo 11 del memorial de CBN que contiene el acta de intervención notarial, cuyo contenido refiere que la abogada Marcia Castro Cuellar, Notario de Fe Pública N° 7, se habría hecho presente en la avenida Circunvalación, zona Alta de la ciudad de Potosí, juntamente con dos funcionarios de la empresa CBN, para ubicar la pensión La Justa, la pensión de propiedad de Juan Carlos Menacho y el punto de venta de María Cleofe Flores Tapia; al respecto, luego de revisar dicho documento, se advierte que no posee validez probatoria respecto a los cargos formulados en la RA 94/2018, en mérito a lo siguiente:

- i. No consigna fecha de emisión ni la fecha en que se habría realizado la presunta búsqueda de los PDV mencionados en su contenido.
- ii. Conforme al acta notarial de declaración voluntaria realizada por la señora María Cleofe Flores Tapia de Maldonado (fs. 000209), su tienda de barrio se encuentra ubicada en la calle Final Almagro, zona San Martín y no en la Av. Circunvalación, zona Alta de la ciudad de Potosí como afirma el acta presentada por CBN por lo que esta incoherencia en el domicilio del PDV, permite asumir que no se trata del mismo PDV citado en la RA 94/2018.
- iii. Del contenido del acta notarial de declaración voluntaria realizada por la señora Justina Choque Chuquisea (fs. 000205), no se advierte que la dirección de su pensión llamada La Justa, se encuentre ubicada en la Av. Circunvalación, zona Alta de la ciudad de Potosí; consiguientemente, no existe certeza que la citada acta presentada por CBN corresponda a ese mismo establecimiento comercial.

Las mencionadas observaciones permiten establecer que la prueba de reciente obtención (anexo 11) en virtud del cual CBN pretende desvirtuar los documentos notariados presentados por la empresa denunciante, y que motivaron el inicio del proceso sancionador en su contra, carece de elementos mínimos como la falta de relación y coherencia con los cargos establecidos en la RA 94/2018, para ser considerada como descargo válido; por tanto, dicha acta no incide en el análisis contenido en la RA 94/2018 toda vez que no invalida ningún hecho.

Por otro lado, en relación al argumento de CBN referente a que no existiría constancia de la existencia de los citados PDV (pensión Justa, pensión de Juan Carlos Menacho y tienda de María Cleofe Flores) toda vez que sus propietarios se habrían apersonado a la oficina del

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



Notario de Fe Pública para realizar sus declaraciones, cabe señalar que el mismo carece de asidero legal, pues en el marco de lo previsto por el artículo 68 de la Ley del Notariado Plurinacional, la intervención de la notaría o el notario de un instrumento público extra-protocolar⁴¹ da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción y fecha del documento cuando corresponda; en ese sentido, las referidas declaraciones ostentan legalidad en cuanto a la otorgación de incentivos a los PDV por parte de CBN a cambio de no vender la cerveza de CNP (hecho declarado en su contenido), la cual constituye una de las conductas anticompetitivas objeto de la investigación realizada por este ente regulador.

Ahora bien, en relación al **Anexo 12** presentado por CBN como prueba de reciente obtención, el cual comprende el Acta de Declaración voluntaria realizada por la señora Carol Teresa Claire Salamanca en su condición de propietaria del PDV Fricasería La Paz, se tiene que la aseveración expuesta en su contenido, referente a que *"...desde el inicio del mencionado negocio hasta la fecha actual he sido libre de vender cualquier cerveza, ni CBN ni ninguna otra empresa me han ofrecido algún incentivo o me han presionado para que venda únicamente su producto..."*, es completamente opuesta a la declaración contenida en el acta de verificación notarial presentada por CNP a tiempo de presentar su denuncia (fojas 00071), en la cual contrariamente se arguyó la otorgación de incentivos a cambio de no vender la cerveza potosina; en consecuencia, considerando que en observancia de la Ley del Notariado Plurinacional ambas declaraciones constituyen instrumentos públicos y que ambos corresponden a un mismo punto de venta, el valor probatorio de ambos documentos se excluye entre sí ante la expresa contraposición de hechos.

Respecto a la *Quinta Ck'halita* CBN no adjuntó el resultado de las averiguaciones que se hubieran realizado a este establecimiento comercial, por tanto, la RA 94/2018 se mantiene firme respecto al análisis que involucre a este PDV.

Sobre los efectos exclusorios

Respecto a la **inexistencia de efectos exclusorios**, CBN refiere en los párrafos 134-136 (memorial recibido el 11 de octubre de 2018) a la doctrina latinoamericana sobre acuerdos de exclusividad y su efecto nocivo o peligroso como el cierre de acceso a mercados o la creación de barreras de entrada. CBN apoya su posición (párrafos 135 y 136) citando al tratadista mexicano Francisco Gonzales de Cossio (Anexo 13) y al profesor peruano Alfredo Bullard (Anexo 14).

Sobre la base teórica sostenida por Francisco Gonzales de Cossio (párrafo 135) y Alfredo Bullard (párrafo 136), estos refieren aspectos sobre el tema de exclusividad, el extracto que cita CBN en el caso concreto de Gonzales de Cossio en el Anexo 13 del memorial presentado, se encuentra cortado por lo que no se puede tener una lectura integral del texto mencionado, aunque también es importante señalar que las apreciaciones ahí vertidas no tienen incidencia alguna sobre la RA 94/2018 ya que el agente económico a través de dicho texto no comprueba o invalida ningún aspecto contenido en la mencionada resolución.

⁴¹ Conforme dispone el artículo 67, párrafo 1, inciso a), de la Ley del Notariado Plurinacional, las actas notariales son documentos notariados extra-protocolares.

En relación al texto de Alfredo Bullard (parágrafo 136) enunciado por CBN, se observa claramente que CBN nuevamente, al igual que en el anterior caso, no realiza un análisis integral del texto, toda vez que únicamente hace referencia a *“la proporción de canales de distribución que quedan disponibles para otros fabricantes”*, uno de los principales aspectos que deben ser analizados a efectos de determinar si el establecimiento de exclusividades en la distribución restringen o no la competencia, omitiendo otro de los principales aspectos que es *“la posición en el mercado del fabricante y de sus competidores”*, que afirma:

Se analiza el poder de mercado relativo de la empresa que realiza el acuerdo de exclusividad con relación a sus competidores, determinando si la empresa que realiza la práctica cuenta con posición de dominio en el mercado.

Por ejemplo, si el fabricante a favor del cual se establece la exclusividad cuenta con una participación claramente mayoritaria en el mercado y, además, si existen barreras significativas para el ingreso de nuevos competidores. En tales circunstancias el riesgo de que la práctica tenga efectos dañinos sobre la competencia se incrementa. Por el contrario, si el beneficiario de la exclusividad es un producto con una participación modesta en el mercado, el riesgo de daño a la competencia no se presenta.

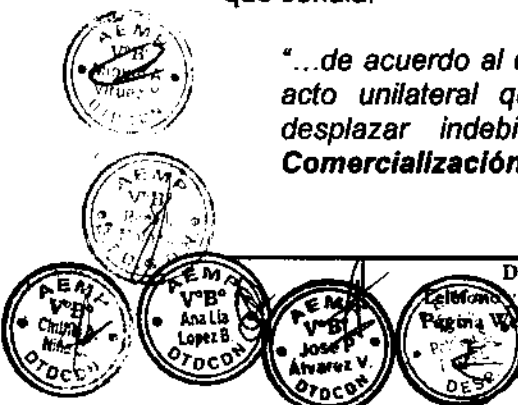
De acuerdo a la cita anterior, queda claro que cuando en el mercado analizado se tienen agentes económicos con una participación mayoritaria de mercado y presentan barreras significativas para el ingreso de nuevos competidores a este, el riesgo de que la práctica de exclusividad tenga efectos dañinos sobre la competencia: se incrementa. Asimismo, el indicado autor cita también un tercer aspecto relacionado a *justificaciones legítimas de negocios*, cuyo texto se encuentra cortado. En ese marco lo citado por CBN, no incide en la RA 94/2018 por el contrario refuerza en análisis desarrollado por esta Autoridad.

En este punto en particular, resulta necesario enfatizar que ni el artículo 11 del D.S. 29519 ni el artículo 10 del reglamento aprobado por la RM 190 exigen como requisito para considerar cualesquiera de los casos enumerados en su contenido como una conducta como conducta anticompetitiva relativa, que ésta determine únicamente un *“efecto exclusorio”*; al contrario, ambos preceptos consideran conductas anticompetitivas relativas a los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser **desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.**

A partir de ello, se advierte que lo expuesto en el punto 6.2.5 del memorial de descargos de CBN, parte de una premisa errónea (efectos exclusorios) y en consecuencia llega a una conclusión también errada sobre el proceder de la AEMP en relación a los indicios establecidos en la RA 94/2018, pues sus argumentos, sin sustento, se limitan a desconocer el análisis técnico y legal contenido en la RA 94/2018, como es el caso de su página 115, que señala:

“...de acuerdo al citado artículo 11 primer párrafo, el posible objeto inmediato del acto unilateral que configura la conducta anticompetitiva relativa, es el de desplazar indebidamente a CNP del mercado relevante a nivel de Comercialización, toda vez que CBN al ofrecer incentivos a cambio de no adquirir

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”



los productos de **CNP**, estaría fidelizando a los **PDV** quienes se verían obligados a dejar de adquirir y vender el producto de **CNP**. Los indicios de este objeto se configuran al ofrecer incentivos a los **PDV** como ser: Televisores, mesas, sillas y refrigeradores; Refacción del **PDV** (puertas, vidrios, pintado de paredes), a cambio de no vender el producto de **CNP**, con lo cual se podría estar desplazando a **CNP** del mercado."

Posteriormente, **CBN** continúa señalando lo siguiente:

137. A partir de lo anterior, la Notificación de Cargos debería haber analizado si las supuestas conductas de las cuales se acusa a **CBN** habrían cerrado los canales de distribución (**PDVs**) a los productos de **CNP** en la ciudad de Potosí, impidiendo a **CNP** y/o a otros distribuidores a acceder a canales de distribución para sus cervezas en la ciudad de Potosí.

138. De hecho, si se hubieran analizado las pruebas aportadas por **CBN**, la Notificación de Cargos habría advertido de forma incontrastable que, en la ciudad de Potosí, coexisten los productos de ambas empresas, por el cual no se advierte ningún efecto nocivo o peligro para la competencia.

139. No obstante, la Notificación de Cargos no ha realizado el análisis indicado, ni ningún otro análisis sobre desplazamiento, sin embargo, concluye, sin prueba o indicio alguno que "la conducta de que se acusa a **CBN** podría tener el objeto del posible desplazamiento indebido de **CNP**".

La RA 94/2018 (página 70) llegó a la conclusión que la conducta de **CBN** podría tener el objeto del posible desplazamiento indebido de **CNP**, debido a factores tales como:

- La frecuencia de la conducta;
- La duración de la conducta;
- La evidencia sobre el dinamismo competitivo en el mercado.

De acuerdo al punteo anterior, que fue desarrollado en la RA 94/2018 el argumento planteado por **CBN** de que no se habría realizado tal valoración carece de total validez. Sumado a lo anterior, la intención de **CBN** de que esta Autoridad haya tenido que analizar el cierre de los canales de distribución es una cita de cómo esta hubiera querido que se realice el análisis del posible objeto de la conducta y no así sobre la forma en que esto podría desacreditar el hecho que **CBN** cuenta con más del 63 % de participación de mercado, lo que evidencia que el mercado no es dinámico toda vez que los pocos competidores de **CBN** además de **CNP**, mantienen una participación marginal por debajo del 1 %.

CBN en los párrafos 140-141 de su memorial de 11 de octubre de 2018, hace referencia a la página 70 de la RA 94/2018 sobre la frecuencia de la conducta en el mercado de Comercialización de cerveza relacionada a impedir sustancialmente el acceso de **CNP** y desplazarla, señalando a continuación lo siguiente:

142. Tal como afirma la Notificación de Cargos, de los documentos presentados por **CNP**, NO se evidencia ningún indicio de que la supuesta frecuencia de la conducta

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

haya sido tal que pueda tener como objeto o efecto excluir a CNP. Coincidimos plenamente con vuestra autoridad, en efecto, reiteramos que ni siquiera se tiene evidencia alguna de que los documentos aportados por CNP correspondan al periodo de investigación.

143. Por otra parte, sobre el segundo elemento para analizar la supuesta "frecuencia" de la conducta, hacemos notar que la Notificación de Cargos no puede utilizar los supuestos incentivos en el canal on y off, pues la misma Notificación de Cargos páginas adelante (pp. 68) dispuso que los supuestos incentivos en el canal on y off, NO puede ser considerados como indicios de una posible conducta anticompetitiva.

"En consecuencia, los incentivos de CBN traducidos en programas establecidos según el canal de venta señalados en el presente apartado, no pueden ser considerados como indicios de una posible conducta anticompetitiva en los términos del artículo 11, numeral 8 del D.S. 29519".

144. En suma, no se tiene ningún indicio de que la frecuencia de la supuesta conducta haya sido tal que se pudiera inferir que tenía o podía tener, como objeto o efecto, la afectación al mercado de comercialización de la cerveza en la ciudad de Potosí.

145. Seguidamente sobre la duración de la conducta, la Notificación de Cargos se basa únicamente en la duración de los contratos de comodato, pues actas de julio y octubre (las cuales reiteramos no especifican ninguna fecha de la ocurrencia de las supuestas conductas anticompetitivas), no pueden ser utilizadas para sostener que una supuesta conducta tuvo una duración de un año. Asimismo, respecto a los contratos de comodato, reiteramos que los mismos no contienen cláusulas de exclusividad, sino únicamente una limitación de los productos que pueden almacenarse sobre el equipo de frío, a fin de resguardar nuestros productos, práctica que no se considera anticompetitiva.

146. Finalmente, la Notificación de Cargos menciona algunos aspectos sobre el "dinamismo en el mercado", concluyendo que el mercado relevante no es dinámico.

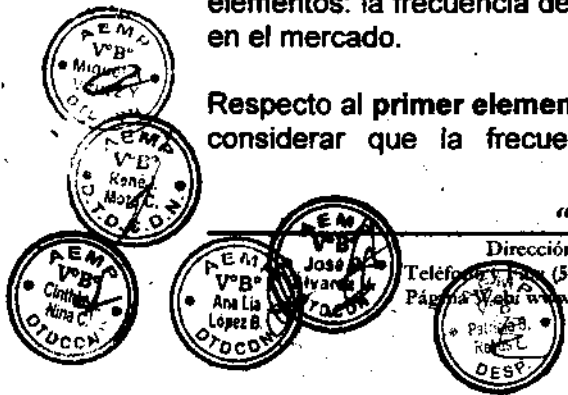
147. Lo cierto es que, aun aceptando las estimaciones de la AEMP, el grado de concentración de un mercado es importante solo en la medida en la que se establece, de forma cierta, que afecta a la libre competencia.

148. En el caso que nos ocupa, no existe ningún indicio de que la supuesta conducta de exclusividad ha afectado el mercado de cerveza de la ciudad de Potosí.

La RA 94/2018 contiene un análisis del objeto y efecto de la conducta en el mercado relevante de Comercialización de cerveza definido en la ciudad de Potosí, con base a tres elementos: la frecuencia de la conducta, la duración de la conducta y dinamismo competitivo en el mercado.

Respecto al primer elemento, la RA 94/2018 determinó que no se identificaban indicios para considerar que la frecuencia de la conducta en el mercado relevante a nivel de

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



Comercialización de cerveza, hubiera sido tal que se pudiera inferir que tenía o podía tener como objeto o efecto **impedir sustancialmente el acceso de CNP** u otro competidor a dicho mercado en la ciudad de Potosí, en relación a los incentivos proporcionados queda claro según lo señalado en la página 68 de la RA 94/2018 que estos no pueden ser considerados como indicios de una posible conducta anticompetitiva.

Sobre el **segundo elemento**, la RA 94/2018 estableció que los documentos notariados ofrecidos por CNP aportaban indicios para considerar que la conducta se mantuvo de manera sucesiva en el tiempo. Las afirmaciones de CBN respecto a la inexistencia de las fechas en las que los distribuidores de CBN habrían realizado dicha conducta en la ciudad de Potosí y la nueva declaración jurada que incide de forma directa en una de las pruebas de CNP fue analizada cuando se trató los **párrafos 103 y 132**, respectivamente del memorial de CBN.

Respecto al **tercer elemento** (evidencia sobre el dinamismo competitivo en el mercado), CBN no presenta consideración alguna sobre este que pueda ser valorado por esta Autoridad.

En referencia a los contratos de comodato, en la RA 94/2018 (página 66) se concluye con lo siguiente:

De acuerdo a los documentos proporcionados por CBN y CNP se identifican cláusulas de exclusividad, que determinan que ambas empresas utilizaron esta política de comercialización en la ciudad de Potosí. Sin embargo, CBN tiene poder sustancial en el mercado de comercialización de cerveza en PDV y no así CNP, en consecuencia, los contratos en comodato de CBN constituyen un indicio de una posible conducta anticompetitiva.

En relación a la conclusión anterior, queda claro que esta Autoridad de acuerdo al análisis del contenido de los contratos de comodato, remitidos por la propia CBN, identificó la existencia de cláusulas de exclusividad y en razón al poder sustancial de mercado de dicho agente, se concluyó que dicha práctica era considerada desde el punto de vista de la competencia una conducta anticompetitiva. Por tanto, la política comercial que CBN aduce como justificación para que sus contratos de comodato establezcan una exclusividad para sus productos, dadas las características de los PDV beneficiados con los equipos de frío y la fundamentación realizada al respecto en la RA 94/2018, es considerada anticompetitiva.

En síntesis, queda establecido que existieron los indicios suficientes para determinar que las prácticas comerciales de CBN relativas a otorgar en comodato los equipos de frío, contienen cláusulas de exclusividad cuyo objeto pudo ser **desplazar indebidamente a CNP** de la ciudad de Potosí.

Sobre las ganancias en eficiencia

En relación a las **ganancias en eficiencia**, este es otro de los temas citados por CBN en los **párrafos 149-150**, refiriéndose a la RA/AEMP/DTDCDN/N 014/2013 [sic] y el artículo 12 del DS 29519, señalando a continuación lo siguiente:

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

151. Como se verá más adelante, es generalmente aceptado por las autoridades de competencia que una de las motivaciones para las cláusulas de exclusividad (sobre todo en equipos de frío, mejoras en infraestructura y otros) es la eliminación del free riding, así como la recuperación de la inversión realizada.

152. En efecto, los contratos de exclusividad buscan evitar que los competidores del productor se aprovechen de las inversiones realizadas por éste.

153. El análisis de las excepciones a la prohibición de exclusividad incluyen las ganancias de eficiencia y las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidades y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución. En el caso de las cláusulas de exclusividad en el uso de los equipos de frío, es evidente que las mismas no causan un aumento significativo en precio, o una reducción significativa en las opciones del consumidor, sino que, por el contrario, aumentan el bienestar del consumidor al tener un producto en óptimas condiciones, todo ello, sin aceptar o dar por válida ninguna solicitud de exclusividad efectuada por CBN a sus clientes.

Respecto a los anteriores párrafos, CBN en el párrafo 154 se refiere a un caso resuelto por la Comisión para promover la competencia en Costa Rica (Anexo 15 del memorial de CBN, recibido el 11 de octubre de 2018), que indicaba lo siguiente:

"(...) no solo la distribución de helados requiere de equipo de frío, por razones obvias de conservación del producto, sino también los refrescos requieren de equipo de frío para que sean adquiridos por un mayor número de consumidores. Lo anterior, por cuanto son bebidas que tradicionalmente se asocian a satisfacer la sed, a refrescar, razón por la cual se consumen preferiblemente frías":

Para posteriormente, CBN indicar lo siguiente:

155. Si bien la resolución citada se refiere a bebidas carbonatadas, similar es el criterio aplicable a la cerveza. En este sentido, CBN como muchos de sus competidores, han efectuado importantes inversiones con el fin de poder brindar un mejor servicio a sus clientes, lo cual deriva en una clara ganancia de eficiencia para el mercado.

156. A partir de lo anterior se tiene que CBN ha acreditado una ganancia de eficiencia; la otorgación de equipos de frío a algunos PDV de la ciudad de Potosí, beneficia a los consumidores y evita el "free riding" lo que sin lugar a dudas constituye una ganancia de eficiencia. Por su parte, la Notificación de Cargos no ha acreditado ninguna afectación al mercado, por lo que, la conducta de CBN no puede en ningún caso considerarse anticompetitiva.

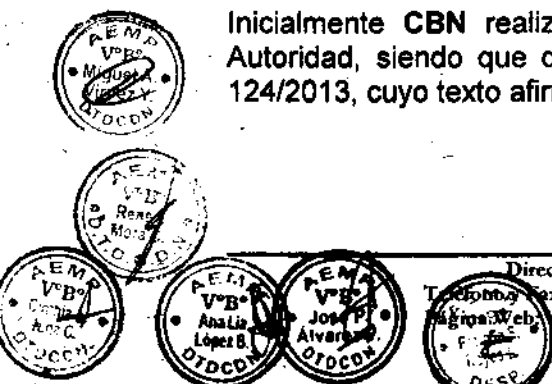
Inicialmente CBN realiza una equivocada cita de los antecedentes resueltos por esta Autoridad, siendo que quizás CBN se refería a lo indicado en la RA/AEMP/DTDCDN/N° 124/2013, cuyo texto afirma:

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11

Teléfono: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Correo Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: acemp@autoridadempresas.gob.bo



Que, por todo lo expuesto precedentemente, se establece que las conductas empresariales de exclusividad en caso de justificar ganancias en eficiencia como exige el Decreto Supremo N° 29519, pueden resultar pro competitivas de acuerdo al análisis que realice el ente regulador para el caso concreto, siendo además innecesaria la aplicación de las disposiciones contenidas en los numerales tercero, cuarto y quinto de la RAR N° 001/2010 (énfasis añadido).

De acuerdo a la cita anterior, las ganancias en eficiencia son analizadas por la AEMP con base a lo indicado por el D.S. 29519 y pueden resultar pro activas, o no, de acuerdo al análisis que se realice para cada caso en concreto. Sin embargo, al no plantear ganancia alguna en eficiencia en los descargos y pruebas presentadas en la etapa de Diligencias Preliminares del presente procedimiento, esta Autoridad se encontró limitada en valorar argumentos que no fueron ofrecidos en su momento por CBN que pudiesen haber justificado la inclusión de cláusulas de exclusividad en los contratos de comodato de equipos de frío en la ciudad de Potosí.

Respecto a lo señalado por CBN sobre que una de las motivaciones para las cláusulas de exclusividad sobre equipos de frío es la eliminación del efecto "free riding"; así como, la recuperación de la inversión realizada, la AEMP tiene a bien señalar que los equipos de frío no transfieren: tecnología, *know how* en procesos de venta, conocimiento de mercado u otra característica nueva al producto (cerveza) para que este mejore su calidad, ni se adecúan a ninguna de las ganancias en eficiencia descritas en el artículo 12 parágrafo II del Decreto Supremo N° 29519.

Por el contrario, el equipo de frío le otorga a la cerveza una cualidad que es la de estar en una presentación "fría" como lo pueden exigir algunos consumidores, por ende, no hay una mejora de la inversión toda vez que los equipos de fríos están dados y su recuperación se hará efectiva con el uso que realicen los PDV de dichos equipos, como es el de tener el producto acorde a la exigencias de los consumidores, por tanto, no se idéntica ganancias en eficiencia de los equipos de fríos en los PDV de la ciudad de Potosí en los términos planteados por CBN.

Asimismo, cabe considerar que la ciudad Potosí se caracteriza por tener un clima notoriamente frío prácticamente durante todo el año, lo cual hace innecesaria la utilización de equipos de frío en lugares donde se comercializan bebidas como la cerveza, pues seguramente quienes sean consumidores de dicho producto preferirán en su mayoría consumirla en su estado natural y no fría, situación que difiere notoriamente de lo que acontece en el oriente y norte boliviano. En ese sentido, los referidos equipos de frío pueden ser considerados como un regalo para los PDV a efectos de fortalecer una relación de exclusividad con CBN más no una ganancia en eficiencia como arguye esta última.

Finalmente, CBN expone el caso de Costa Rica (Anexo 15 del memorial de CBN, recibido el 11 de octubre de 2018), que como lo indica este agente a pesar de responder a un mercado relevante distinto a análisis en cuestión, es valorada por esta Autoridad. Así, la cita precisada en el caso costarricense no se encuentra relacionada a posibles ganancias en eficiencia producto de una práctica comercial de exclusividad, sino se limita a establecer la condición de preferencia de una bebida gaseosa, la cual es que esté fría. Además, de establecer la

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

importancia de la distribución de productos "fríos", el caso citado también señaló con respecto al uso del equipo de enfriamiento:

"Abstenerse de imponer, incluir o pactar en cualquier forma cláusulas de exclusividad con sus clientes respecto al uso del equipo frío, en aquellos locales donde no exista espacio para colocar otro equipo de refrigeración para productos considerados en esta resolución como parte del mercado relevante".

De acuerdo a la cita anterior, queda claro que CBN no logra relacionar una base jurídica externa que pueda apoyar sus señalamientos de posibles ganancias eficiencia.

La RA 94/2018 determinó que las tiendas de barrio constituyen para CBN y CNP en gran proporción su PDV principal⁴², en ese marco, dichos PDV en general se caracterizan por ser pequeños en cuanto a tamaño por lo que el primer agente económico en establecer un contrato de comodato acompañado de cláusulas de exclusividad respecto al uso del equipo de frío podría tener la exclusividad, toda vez que el ingreso de un segundo equipo de frío correspondiente a otra empresa no será posible por la inexistencia de espacio.

En síntesis, la acreditación de CBN de ganancias en eficiencia, por la simple otorgación de equipos de frío no puede ser valorada como tal toda vez que no se identifica la mejora en la calidad del producto (cerveza), la mejora en la inversión y su recuperación, la oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución tal y como lo exige el artículo 12 del D.S. 29519.

11 Respecto a la discriminación de precios

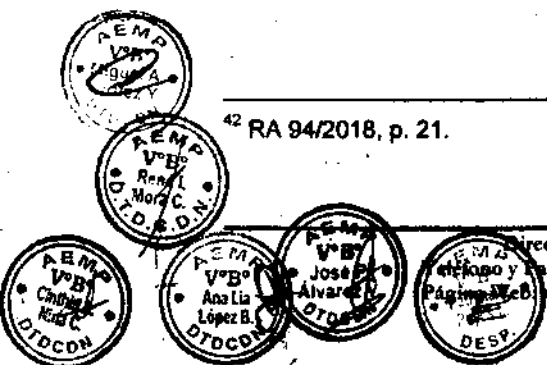
La empresa CBN, en el párrafo 157 cita el numeral 10 del artículo 11 del D.S. N° 29519 y en el párrafo 158 se refiere a la RA 94/2018 sobre discriminación de precios, seguidamente declara:

158. La Notificación de Cargos señala que existieran indicios de discriminación en la Pacea Pilsener de 1 litro, en el sentido de que dicha cerveza es vendida a un precio mayor a los distribuidores que destinan dicho producto a los departamentos de Chuquisaca o Tarija en relación al distribuidor que destina el mismo producto al Departamento de Potosí, sea en su ciudad capital o provincias respectivas.

159. Al respecto, hacemos notar que ello no es cierto. De hecho, conforme consta en el expediente, y como acreditamos en el Anexo 16, a partir del 19 de agosto y por el resto del periodo de investigación (31 de diciembre de 2016) los Distribuidores de Sucre tuvieron precios más reducidos que los de Potosí, demostrándose con ello de forma concluyente que no es intención de CBN favorecer a ningún Distribuidor frente a otro y que simplemente la diferencia de precios se debe a las condiciones de cada mercado.

⁴² RA 94/2018, p. 21.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



160. CBN no está integrada verticalmente, en tal sentido no tiene ningún tipo de interés en excluir a los Distribuidores de los mercados descendentes. Por el contrario, la exclusión del mercado de alguno de sus Distribuidores o el debilitamiento de su posición competitiva le resultaría perjudicial.

161. Lo cierto es que se trata de mercados geográficos distintos, en los cuales los precios responden a las condiciones particulares de cada mercado.

162. La diferenciación de precios que CBN aplica a diferentes mercados geográficos no es una distinción arbitraria e injustificada, es una distinción totalmente lícita que aplican todas las empresas y se basa en principios globales de mercado, los cuales se replican en todas las latitudes del planeta. La diferenciación de precios es una conducta aceptable, económica y socialmente por ser parte del desenvolvimiento de los mercados en todo el mundo.

163. Como ha determinado la AEMP, el mercado relevante en el que se habría realizado la supuesta conducta anticompetitiva comprende la venta de cerveza hacia Distribuidores a nivel de los Centros de Distribución (C+D) de Oruro, Huari-Oruro y Tarija y el departamento de Potosí (reiteramos nuestras objeciones a la definición del mercado relevante y a la determinación de mercado).

164. A partir de lo anterior, tenemos que CBN, ha vendido los mismos productos, al mismo precio, a **todos** los Distribuidores de estas regiones.

Respecto al Anexo 16 del memorial presentado por CBN el 11 de octubre de 2018 y a la afirmación realizada por este agente económico referente a que el análisis determinado de una posible conducta de discriminación de precios en la RA 94/2018 no es cierto, se tiene a bien demostrar lo contrario, toda vez que una simple declaración no es válida para descartar el análisis técnico y legal contenido en la RA 94/2018; en ese marco, los datos empleados por CBN toman en cuenta lo siguiente:

- Un periodo inferior al analizado en la RA 94/2018 (marzo – diciembre 2016); es decir, CBN analiza el periodo entre el 19 de agosto y 31 de diciembre de 2016.
- CBN sustenta sus hallazgos en precios promedios de todos sus distribuidores, cuando la AEMP se concentró en los precios aplicados en bolivianos por caja de forma individual para cada distribuidor, según origen de compra y destino de venta.

De acuerdo al punteo anterior, queda claro que los resultados obtenidos por CBN no logran contrarrestar ni refutar lo indicado en la RA 94/2018: una clara discriminación de precios entre distribuidores que adquieren la cerveza de 1 litro, según centro de distribución y destino de venta, conducta que tuvo como objeto el crear ventajas exclusivas para ciertos distribuidores y el efecto de poder desplazar indebidamente a CNP.

Sobre el último efecto de la conducta identificada en la RA 94/2018 en el mercado de Distribución Secundaria, CBN confunde dicha situación, al entender que un posible desplazamiento indebido se daría hacia sus distribuidores, criterio o conclusión

“Trabajando juntos, trabajamos mejor”

diametralmente opuesta a lo dispuesto por esta Autoridad; es decir, cuyo efecto pueda ser desplazar indebidamente a CNP).

En relación a los "mercados geográficos distintos" que hace referencia CBN, se tiene que la RA 94/2018 determina de forma clara que el mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria incluye el espacio geográfico donde se encuentran ubicados los C+D de CBN localizados en Huari-Oruro, Oruro y Tarija y el departamento de Potosí, en ese marco los precios analizados corresponden a los aplicados (Bs/caja) a cada uno de los distribuidores, en las puertas del C+D, toda vez que según lo afirmado por la RA 94/2018 CBN cubre el costo del abastecimiento hasta sus C+D o plantas; y desde los C+D al resto del país y otros municipios, el agente que asume el costo de transporte es el distribuidor. En consecuencia, la diferenciación de precios que CBN afirma aplicar a diferentes "mercados geográficos" no se encuentra debidamente justificada ni mucho menos probada, por lo que una simple afirmación no invalida el análisis técnico y legal contenido en la RA 94/2018.

Respecto a la reiterada observación de CBN respecto a la definición del mercado relevante, cabe indicar que esta objeción es considerada una simple negación de CBN del resultado del alcance del producto y área geográfica definidos en la RA 94/2018, cuyo análisis se encuentra extensamente descrito entre sus páginas 9 y 31, y su conclusión expresa que el mercado relevante está definido a nivel de Distribución Secundaria por la venta de cerveza hacia Distribuidores (Canal Tradicional) desde los C+D de CBN de Huari-Oruro, Oruro y Tarija que abastecen de cerveza al departamento de Potosí.

Por otro lado, llama la atención, por ser contradictorias, las afirmaciones de CBN, toda vez que inicialmente afirma que su diferenciación de precios obedece a los diferentes mercados geográficos, pero concluye que ha vendido los mismos productos, al mismo precio, a todos los distribuidores de estas regiones, por lo que la contradicción en el argumento de CBN no desvirtúa el análisis contenido en la RA 94/2018 que considera la venta realizada por CBN a cada uno de sus distribuidores a partir de los C+D de Huari-Oruro, Oruro y Tarija. Asimismo, CBN no prueba sus aseveraciones desde el punto de vista técnico-económico, lo cual demuestra que lo señalado en la RA 94/2018 se encuentra correctamente fundamentado.

Sobre la diferenciación de precios aplicada hacia los distribuidores de CBN

CBN señala que la diferenciación de precios se debe a que los distribuidores atienden distintos mercados geográficos, respecto a ello declara lo siguiente:

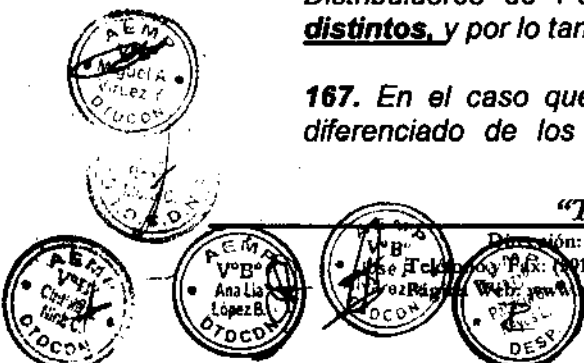
165. *La Notificación de Cargos reconoce que la diferenciación de precios se habría dado entre distribuidores que atienden mercados distintos (pp. 117 y sig.).*

166. *El que existan precios distintos para los Distribuidores del departamento de Potosí, Tarija y Chuquisaca, no resulta injustificado, ello se debe a que los Distribuidores de Potosí, Tarija y Chuquisaca atienden mercados geográficos distintos, y por lo tanto no están en igualdad de condiciones.*

167. *En el caso que nos ocupa se justifica el establecimiento de un tratamiento diferenciado de los precios basado, entre otros aspectos, en la existencia de*

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11
Teléfono: (2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia
Fax: (2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779
Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



diferentes elasticidades de demanda en diferentes grupos de consumidores ubicados en diferentes mercados geográficos.

168. *Las condiciones de competencia que se enfrentan en el departamento de Potosí no son las mismas que se enfrentan en los departamentos de Tarija o Chuquisaca, lo que justifica un tratamiento diferenciado. Se trata de mercados distintos con características que no son homogéneas (desde el factor clima, pasando por el factor estructura caminera, incluso tipo de producto y forma en que se comercializan los productos en los puntos de venta-frío). Por lo tanto, no se satisface una de las condiciones básicas para que se configure un supuesto sancionable en el marco del DS 29519, ya que no estamos ante "distintos precios...para diferentes compradores... situados en igualdad de condiciones". Estamos frente a precios distintos para compradores situados en condiciones distintas.*

La RA 94/2018 reconoce el posible establecimiento de distintos precios en la cerveza de Paceaña Pilsener de 1 Litro desde los centros de distribución de Huari-Oruro, Oruro y Tarija de CBN con destino al departamento de Potosí a Sucre y Tarija. Al respecto, CBN nuevamente al igual que en la RA 94/2018⁴³ se limita a justificar la aplicación de distintos precios para distintos mercados geográficos; sin embargo, no proporciona documento alguno idóneo o estadísticas que puedan ser analizados técnicamente por esta Autoridad y que puedan justificar la aplicación de distintos precios para distribuidores de cerveza Paceaña Pilsener de 1 Litro, en el mercado geográfico determinado en la RA 94/2018.

La valoración de lo afirmado por CBN no puede ser llevada a cabo por el simple hecho de no contar con los descargos técnicos-económicos correspondientes. En ese sentido la RA 94/2018, sobre la base de la información proporcionada por CBN en la fase de investigación preliminar, determinó que los distribuidores que adquieren la calidad de compradores se encuentran en igualdad de condiciones por presentar las siguientes características⁴⁴:

- a) Todos ostentan la calidad de distribuidores de CBN.
- b) Todos los distribuidores se aprovisionan de la cerveza Paceaña Pilsener de 1 Litro en puerta de un mismo C+D, sea este el de Huari-Oruro, Oruro o Tarija y a su vez la comercializan en los PDV del departamento de Potosí.
- c) Los productos adquiridos por todos los distribuidores reúnen las mismas características de calidad y presentación de la cerveza Paceaña Pilsener en botellas de vidrio de 1 Litro.
- d) No existe diferencias en sus costos de producción de la cerveza Paceaña Pilsener en botella de 1 Litro adquirida por los distribuidores.
- e) CBN asume el mismo costo para vender a unos u otros distribuidores el mismo producto.

⁴³ RA 94/2018, pp. 84-85.

⁴⁴ RA 94/2018, p. 83.

Las características señaladas en la RA 94/2018 son observadas por CBN con la simple afirmación respecto a que "(...) *Estamos frente a precios distintos para compradores situados en condiciones distintas*", argumento que es insuficiente para desvirtuar lo concluido por esta Autoridad. Por el contrario, queda claramente establecido, una vez más, que CBN no cuenta con los argumentos y respaldo técnico-económico necesarios para hacer frente a la exhaustividad del análisis técnico y legal realizado por la AEMP en base a documentación aportada por la propia CBN, además de la contundencia de los hallazgos y conclusiones arribados en la RA 94/2018.

A continuación, en el memorial de 11 de octubre de 2018, el agente económico CBN continua su argumentación haciendo referencia a autores como Geradin y Petit (párrafos 169-172), que afirman, entre otros aspectos, que las condiciones de competencia en diferentes áreas no son homogéneas (Anexo 17); asimismo, cita la Resolución No 001-98-INDECOPI-CLC del 09 de enero de 1998 del Perú (Anexo 18) respecto a diferenciación de precios y cita un caso resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDFC) de Chile (Anexo 19) sobre discriminación de precios. Posteriormente argumenta lo siguiente:

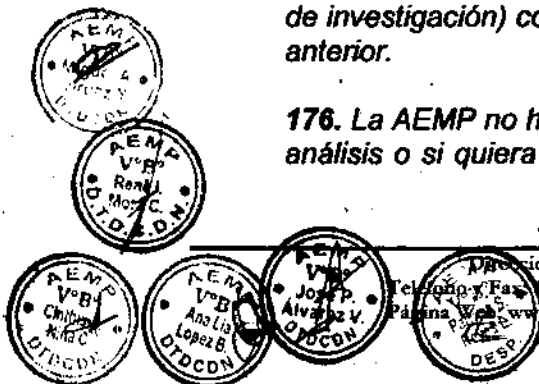
173. De lo anterior se tiene que tanto la Autoridad peruana, como la chilena, realizaron estudios serios y emitieron resoluciones basadas en la regla de la razón, en las cuales se valoraron si las conductas de las empresas investigadas habían afectado, o eran capaces de afectar, la libre competencia, resultando los casos detallados en los apartados anteriores, en esencia muy similares al presente caso, siendo que las Autoridades de la Competencia de ambos países pudieron discernir y llegar a la conclusión de que las conductas realizadas NO afectaban la libre competencia y por tanto no siendo las mismas sancionables.

174. En particular para el caso chileno, la autoridad determinó de manera clara y precisa que la discriminación de precios en mercados geográficos distintos, no afecta la libre competencia, pues dicha conducta no es capaz de distorsionar el proceso competitivo entre rivales, toda vez que no es probable (no tendría sentido) que por el solo hecho de que un producto tenga un precio menor en una localidad, los compradores se trasladen a otra localidad para adquirir el producto a dicho precio menor.

175. En el caso que nos ocupa, la AEMP debería haber razonado en similar sentido, considerando que el hecho de que los productos destinados al mercado de Potosí, únicamente en algunos meses del periodo de investigación, tenga un precio menor al precio de Chuquisaca y Tarija, no puede afectar la libre competencia en el mercado de Potosí, porque no es probable que los consumidores de Tarija y Chuquisaca se trasladen al mercado de Potosí a adquirir el producto a precios menores. Adicionalmente, la AEMP también debió haber evaluado que dichos menores precios en Potosí fueron coyunturales y no permanentes (no abarcan la totalidad del periodo de investigación) como queda demostrado en el Anexo 16 y explicado en el punto 6.3 anterior.

176. La AEMP no ha realizado el análisis anterior, y tampoco ha realizado ningún otro análisis o si quiera explicado, y menos demostrado, por qué, a su criterio, el aplicar

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



precios distintos a mercados geográficos distintos resultaría injustificado y contrario a la libre competencia.

177. Lo anterior lesiona el derecho de CBN al debido proceso en sus elementos de motivación y fundamentación de las resoluciones, pues la autoridad no ha explicado, menos demostrado por qué considera que la conducta de CBN resulta injustificada.

178. Asimismo, la falta de pruebas y elementos de cargo sobre este elemento del tipo de discriminación de precios lesionan el principio de presunción de inocencia, pues la Autoridad de Empresas asume, sin prueba alguna, que la conducta de CBN resultaría injustificada y contraria a la libre competencia.

Sobre los antecedentes doctrinales (Anexo 17) y a la jurisprudencia internacional (Anexos 18 y 19) presentados por CBN el 11 de octubre de 2018, cabe indicar su total conformidad por parte de esta Autoridad; es decir, el aplicar precios distintos a mercados geográficos diferentes no constituye una conducta contraria a lo señalado en el numeral 10, artículo 11 del D.S. 29519. Sin embargo, lo que se extraña es que CBN omite referirse al hecho de que a nivel de Distribución Secundaria de cerveza, en la RA 94/2018 (páginas 9-31) se haya definido de forma clara que el mercado relevante geográfico incluye a los Centros de Distribución de Huari-Oruro, C+D Oruro, C+D Tarija que abastecen de cerveza al departamento de Potosí.

Sobre lo anterior, CBN habría establecido distintos precios a distribuidores que compraron el producto en la puerta de los centros de distribución antes citados para su posterior comercialización en el departamento de Potosí, Tarija y Sucre, presentándose 25 casos (entre marzo y diciembre de 2016), según se resume en el siguiente cuadro:

Periodicidad de la conducta en el Mercado Relevante a nivel de Distribución Secundaria
Periodo: 2016

N° de Caso	Origen C+D	Destino distribuidor	2016														
			Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic			
1	C+D Huari Oruro	Provincias Potosí - Sucre															
2		Provincias Potosí - Sucre															
3		Provincias Potosí - Sucre															
4		Provincias Potosí - Sucre															
5		Provincias Potosí - Sucre															
6		Provincias Potosí - Sucre															
7		Provincias Potosí - Sucre			X												
8		Provincias Potosí - Sucre					X										
9		Provincias Potosí - Sucre							X								
10		Provincias Potosí - Sucre								X							
11		Provincias Potosí - Sucre									X						
12		Provincias Potosí - Sucre										X					
13		Provincias Potosí - Sucre													X		
14		Provincias Potosí - Sucre														X	
15	C+D Oruro	Provincias Potosí - Sucre															
16	C+D Oruro	Provincias Potosí - Sucre															
17	C+D Tarija	Ciu Pts.-Tarija-Sucre						X									
18		Ciu Pts.-Tarija-Sucre												X			
19		Ciu Pts.-Tarija-Sucre														X	
20																	

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

distribución secundaria, es decir por parte de la empresa CBN (fabricante-proveedor) hacia sus distribuidores mayoristas (quienes no venden de forma directa la cerveza al consumidor final, sino a los PDV).

En ese sentido, la pretensión del nombrado agente económico para que la AEMP razone en el mismo sentido que la autoridad chilena que resolvió el caso expuesto en su Anexo 19, es infundada, ya que es evidente que dichos casos corresponden a conductas advertidas en eslabones diferentes de la cadena productiva, por lo que, no pueden ni deben merecer un análisis idéntico, sino un razonamiento acorde a la etapa en la cual se presentaron las distorsiones advertidas, considerando además que cada una de dichas etapas tiene actores distintos, lo cual hace aún menos probable la existencia de un razonamiento común para ambos casos.

En conjunto, los casos de competencia que presenta CBN, no son más que referencias que no guardan relación con el análisis en cuestión y por tanto no inciden en la RA 94/2018, toda vez que ellos ni refieren a casos similares ni motivaron a CBN a presentar descargos válidos técnica y económicamente que realmente "desvirtúen" el trabajo desarrollado por esta Autoridad en el caso en concreto. Por el contrario, se demuestra una vez más que el análisis contenido en la RA 94/2018 se encuentra debidamente fundamentada toda vez que la misma CBN refiere a que "(...) los productos destinados al mercado de Potosí, únicamente en algunos meses del periodo de investigación, tenga un precio menor al precio de Chuquisaca y Tarija (...)", reconociendo de esta forma la aplicación de distintos precios que según la citada empresa fueron "coyunturales y no permanentes" pero que no demuestra debidamente por qué habría realizado dicha distinción de precios.

Ahora, considerando que a criterio de CBN el hecho de no haber actuado al igual que las autoridades peruana y chilena, y de presuntamente no haber fundamentado por qué su conducta resulta injustificada, cabe señalar que, conforme a lo referido precedentemente, los descargos presentados por CBN carecen de relación con los hechos que motivaron el establecimiento de cargos por la conducta prevista en el numeral 10 del artículo 11 del D.S. 29519, por lo que no existía necesidad alguna de fundamentar o motivar la RA 94/2018 en el sentido que se pretende.

Adicionalmente, corresponde enfatizar que no es evidente que la AEMP no haya explicado por qué el actuar de CBN, consistente en el establecimiento de distintos precios a distribuidores situados en igualdad de condiciones, es injustificado, pues en el punto 3.4.4 del Considerando de análisis técnico económico de la investigación de la RA 94/2018, se ha expuesto de manera detallada cada uno de los argumentos expuestos por CBN en cuanto a la conducta en cuestión y se ha valorado en su integridad la información presentada por dicho agente económico así como la obtenida durante las diligencias preliminares, habiéndose utilizado los datos proporcionados por la misma CBN para ejemplificar los indicios advertidos en cada centro de distribución que integra el mercado relevante de distribución secundaria, con la mención detallada de nombres de distribuidores, meses y precios de adquisición por cada uno de ellos, como se puede observar de la lectura de la RA 94/2018.

Sobre la base de ello, la RA 94/2018 contiene además un análisis que preliminarmente subsume los hechos advertidos en el artículo 11, numeral 10, del D.S. 29519 a efectos de

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

verificar que el actuar de CBN se adecuaba presuntamente a los presupuestos que dicho precepto legal establece para considerar un acto o hecho como conducta anticompetitiva, lo cual puede verificarse de la lectura del punto c.3 del Considerando de Valoración jurídica de la investigación, páginas 115 a 120 de la citada resolución de cargos.

En ese contexto, las alegaciones realizadas en los párrafos 177 y 178 del memorial de descargos de CBN, referentes a una presunta vulneración al debido proceso en sus elementos de motivación y fundamentación, así como del principio de presunción de inocencia carecen de sustento, y reflejan solamente la ligera revisión que dicho agente económico hizo del contenido de la RA 94/2018.

Por otro lado, la valoración tanto del Anexo 16 como del punto 6.3 señaladas por CBN fue realizada en los acápites correspondientes al **parágrafo 159**.

En síntesis, la RA 94/2018 contiene un análisis sustentado en el D.S. 29519 y RM 190, ambas concordantes con la regla de la razón, además, desarrolló de forma detallada la conducta de discriminación de precios, durante la gestión 2016, en los que CBN habría aplicado distintos precios a distribuidores que se encontraban en igualdad de condiciones y que recogieron un mismo producto (cerveza Paceaña Pilsener de 1 L) de un mismo C+D, este último localizado en Huari-Oruro, Oruro y Tarija; en ese marco, queda demostrada por la RA 94/2018 la conducta de CBN en el mercado relevante determinado, tal es así que la empresa no ha logrado desvirtuar ni mucho menos demostrar lo contrario a través de argumentos técnicos y económicos acordes con el caso en cuestión.

Sobre la igualdad de condiciones de los distribuidores

CBN afirma que los distribuidores no están en igualdad de condiciones, argumentando lo siguiente:

179. Conforme se explicó en el punto que antecede, no existe una conducta de discriminación de precios, pues los Distribuidores de Potosí, los Distribuidores de Tarija, y los Distribuidores de Chuquisaca no se encuentran en igualdad de condiciones, ya que ellos atienden mercados distintos.

En el **párrafo 180** la indicada empresa, hace referencia a la página 83 de la RA 94/2018 sobre la igualdad de condiciones: "(...) b) Todos los distribuidores se aprovisionan de la cerveza Paceaña Pilsener de 1 Litro en puerta de un mismo C+D, sea este el de Huari-Oruro, Oruro o Tarija y a su vez la comercializan en los PDV del departamento de Potosí". En seguida sostiene:

181. El punto b) No se cumple, en efecto conforme se explicó en el punto 6.3.1. los Distribuidores que se aprovisionan en los CDs de Huari-Oruro, Oruro o Tarija comercializan producto en los departamentos de Potosí, Tarija y Chuquisaca y no exclusivamente en el departamento de Potosí, como equivocadamente afirma la notificación de Cargos.

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

Dirección: Calle Batallón Colorados N° 24 - Edificio "El Cóndor" Piso 11

Teléfono y Fax: (591 - 2) 2150000 - 2152118 - 2152119 - 2110779 Casilla: 2228 La Paz - Bolivia

Página Web: www.autoridadempresas.gob.bo E-mail: aemp@autoridadempresas.gob.bo



182. Asimismo, todos los Distribuidores (léase Puntos de Venta o Distribuidores) que comercializan cerveza en la ciudad o departamento de Potosí reciben el mismo trato, por lo que no existe ninguna discriminación.

183. En consecuencia, dado que las premisas que utiliza la AEMP para alegar que existe igualdad de condiciones no han sido comprobadas, no se puede afirmar de ninguna manera que existe igualdad de condiciones, por lo tanto, no se confirma otro de los elementos del *siné qua non* para que se configure la conducta de discriminación de precios.

La RA 94/2018 ha determinado a través del análisis desarrollado que existe igualdad de condiciones citando cinco aspectos claves, entre ellos el inciso b) que refiere que todos los distribuidores se aprovisionan de la cerveza Pacea Pilsener de 1 Litro en puerta de un mismo C+D, sea este el de Huari-Oruro, Oruro o Tarija y a su vez la comercializan en los PDV del departamento de Potosí, en el texto no se advierte la presencia del término "exclusivamente" como erróneamente lo señala CBN en el intento de diluir su responsabilidad.

Sumado al párrafo anterior, la RA 94/2018 contiene una comprensión integral de quienes son los distribuidores (nombre y apellido) que se aprovisionan en cada uno de los C+D, tal es así que el análisis detalla los distintos precios (Bs/caja) aplicados a distintos distribuidores en la puerta de los C+D, con destino a la ciudad y provincias de Potosí, Sucre, y Tarija, en consecuencia el inciso b) de criterios para acreditar la igualdad de condiciones (RA 94/2018 página 83), se cumple.

Respecto a distribuidores que comercializan cerveza en la ciudad o departamento de Potosí la RA 94/2018 no describe ningún análisis al respecto, puesto que concentra solo una parte del alcance del mercado relevante de Distribución Secundaria de cerveza, por lo que no corresponde pronunciarse al respecto.

En conclusión, la RA 94/2018 identifica ejemplos o casos durante la gestión 2016, de los cuales se advierten indicios de una posible conducta de CBN de establecimiento de distintos precios para distribuidores que se encontraban en igualdad de condiciones en el mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria de cerveza. Por tanto, queda demostrado que los ejemplos o casos identificados por la RA 94/2018 no han sido desvirtuados por CBN.

Sobre los efectos contrarios a la libre competencia

CBN indica en su memorial de descargos que no existe ningún efecto contrario a la libre competencia (párrafos 184-185) citando extractos sobre la creación de ventajas exclusivas y el desplazamiento indebido de CNP contenidos en la RA 94/2018 (páginas 96 y 120). A continuación, CBN puntualiza aspectos relacionados a la "supuesta creación de ventajas exclusivas" en los siguientes términos:

186. Conforme se indicó en el punto IV, para que exista una sanción por supuesta discriminación de precios se debe demostrar que ha habido un daño a la competencia. Dicho daño se debe manifestar en la generación de desventajas

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"

competitivas entre los clientes supuestamente afectados por parte del presunto discriminador.

En los párrafos 187 y 188 el agente económico CBN hace referencia a un caso resuelto por la Corte de Justicia de la Unión Europea, Nils Wahl asunto C-525/16 (Anexo 20 del memorial de CBN recibido el 11 de octubre de 2018) y el de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América sobre Volvo Trucks North América, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc. (Anexo 21 del memorial de CBN recibido el 11 de octubre de 2018), ambos sobre conductas anticompetitivas relacionadas a la discriminación de precios. A continuación, CBN explica:

189. En el caso que nos compete, los Distribuidores de Potosí, no compiten con los Distribuidores de Tarija, ni tampoco con los distribuidores de Chuquisaca. Al ser ello así, el otorgamiento de un trato diferenciado según mercado destino de la cerveza no tiene en realidad un efecto excluyente a nivel de los distribuidores de CBN y tampoco es capaz de afectar o distorsionar la competencia entre éstos. Se trata de mercados diferentes con condiciones diferentes.

190. Lo señalado se demuestra en los hechos del procedimiento, donde la AEMP únicamente señala en teoría y sin brindar prueba o argumento alguno, que los afectados por la diferenciación de precios serían los distribuidores de Chuquisaca y Tarija, sin establecer concretamente cual sería la afectación a la libre competencia, y sin valorar que desde el 19 de agosto y hasta diciembre de 2016, los distribuidores de Chuquisaca tenían precios menores con respecto a los Distribuidores de Tarija y Potosí, debido a las condiciones de cada uno de los mercados en el momento dado.

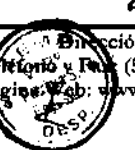
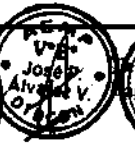
191. En este caso dicha "ventaja" no es objeto de las normas de competencia, en tanto precisamente no es capaz de alterar la competencia entre los distribuidores de diferentes mercados. No podemos hablar de una ventaja competitiva entre Distribuidores o Puntos de Venta que no compiten entre sí, y la ventaja competitiva es la única que interesa en materia de competencia y a efectos de este procedimiento.

192. Los Distribuidores que están bajo la misma condición reciben un mismo tratamiento. Por lo demás, ninguno de ellos se ha quejado o ha presentado una denuncia por un supuesto tratamiento diferenciado, ya que la supuesta conducta ilegalmente sancionada por la AEMP, no ha existido.

Inicialmente, el artículo 11 del D.S. 29519 señala que "Se consideran conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas (...)", enumerando 11 casos, entre los cuales se encuentra el numeral 10 relativo a "El establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones".

Sumado a lo anterior, el artículo 11 de la RM 190 identifica dos condiciones para establecer si las prácticas anticompetitivas relativas deban ser sancionadas: i) Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y ii) Que se realicen respecto

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"



de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate. Respecto a lo señalado en la RA 94/2018, esta resolución corresponde a la etapa de formulación de cargos, que contiene criterios que establecen la posibilidad de existencia de conductas anticompetitivas.

No obstante lo anterior, CBN hace referencia a que la condición para que una conducta anticompetitiva sea sancionada se establezca un daño a la competencia, además de precisar que este responda a la generación de desventajas competitivas entre los clientes supuestamente afectados. Al respecto, CBN en claro desconocimiento del procedimiento administrativo acusa a la AEMP de no haber incluido criterios suficientes para sancionar la conducta (párrafo 192), siendo que el objeto de la RA 94/2018 es establecer cargos en contra de CBN y no así la determinación de una sanción que podría corresponder a una etapa posterior; por tanto consideramos impertinente exigir que la RA 94/2018 de cargos, contenga el análisis de criterios para la sanción de una conducta.

En particular, el análisis técnico y legal contenido en la RA 94/2018 en la etapa de formulación de cargos, cumplió con estos aspectos al definir el mercado relevante (Distribución secundaria de cerveza), establecer el poder sustancial de mercado de CBN en el mercado relevante y definir la existencia de posibles conductas anticompetitivas relativas al establecimiento de distintos precios a distribuidores de cerveza ubicados en igualdad de condiciones al adquirir el producto de los C+D de Huari-Oruro, Oruro y Tarija. Por tanto, la apreciación de CBN sobre los criterios que deben ser tomados en cuenta por esta Autoridad al momento de aplicar el procedimiento administrativo sancionador es incorrecta.

Por otra parte, CBN guiada por la normativa de la Unión Europea en temas de competencia y concretamente por el asunto C-525/16 de la Corte de Justicia respecto al caso de GDA sociedad cooperativa de gestión colectiva de derechos de artistas e intérpretes y MEO proveedor y cliente de GDA, señala que para demostrar la existencia de una discriminación de precios se debe manifestar la generación de "desventajas competitivas" entre los clientes supuestamente afectados por el presunto discriminador, omitiendo lo dispuesto en el D.S. 29519 y RM 190 sobre la cual el análisis técnico y jurídico contenido en la RA 94/2018 sustentó sus conclusiones, señalándose de forma clara, que se consideran conductas anticompetitivas relativas:

(...) los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, entre otros, "establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas" cuestión que fue debidamente demostrada toda vez que como resultado del análisis detallado caso por caso, se estableció ventajas exclusivas para ciertos distribuidores en el mercado relevante a nivel de Distribución Secundaria (objeto).

De acuerdo a lo anterior, específicamente CBN, al vender el producto (cerveza Paceña Pilsener de 1 litro) a aquellos distribuidores que destinaban el producto a la ciudad de Potosí como a provincias del departamento de Potosí a un precio menor en comparación del cobrado a los distribuidores que destinaban el mismo producto a otros destinos como Sucre y Tarija, pese a que tanto los distribuidores que comercializan el producto a la ciudad de Potosí y a su provincias como aquellos que destinaban el producto a otras ciudades lo

"Trabajando juntos, trabajamos mejor"