

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN N° 003/2013

La Paz, 11 de enero de 2013

VISTOS:

La Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de 28 de septiembre de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP); el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 002/2013 de 09 de enero de 2013; el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N° 003/2013 de 10 de enero de 2013, todos emitidos por la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la AEMP; el Auto de Apertura de Término de Prueba de 06 de noviembre de 2012; los antecedentes, la documentación aportada dentro el procedimiento sancionador, la normativa aplicable vigente, y todo lo que ver y se tuvo presente.

CONSIDERANDO: (Antecedentes)

Que, mediante **Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012** de 28 de septiembre de 2012, la AEMP resolvió iniciar procedimiento sancionador en contra de la empresa PIL ANDINA S.A. por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas notificándole con el siguiente cargo, para que sea atendido en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos:

- Contravención al numeral 10, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519 en lo referido a la conducta anticompetitiva relativa de 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 a favor de una o varias personas cuando se trate del establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

El argumento bajo el cual, la AEMP determinó el cargo en contra de PIL ANDINA S.A. fue el siguiente:

- **Presunta infracción al numeral 10, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519**, ante la existencia de indicios de que la empresa PIL ANDINA S.A. habría realizado el establecimiento de diferentes precios a diferentes compradores en igualdad de condiciones en el territorio nacional.

Debido a la existencia de indicios sobre el presunto cobro de precios diferenciados a clientes de diferente clase, tanto para la leche ultra pasteurizada como para la leche en polvo, siendo este el mismo producto.

Que, por nota CITE: PIL-CG-N°145/12 recibida en fecha 12 de octubre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. solicitó ampliación de plazo para la presentación de descargos, solicitud concedida mediante Auto de fecha 15 de octubre de 2012 actuación notificada en fecha 16 de octubre de 2012.

Que, mediante nota CITE: PIL-CG-Nº148/12 recibida en fecha 15 de octubre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. solicitó fotocopia de los Informes Técnicos AEMP/DTDCDN/EGS Nº0113/2012 y AEMP/DTDCDN/EGS Nº0138/2012 e Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/MMM/Nº0139/2012, solicitud concedida mediante Auto de fecha 19 de octubre de 2012.

Que, por nota CITE: PIL-CG-Nº151/12 recibida en fecha 16 de octubre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. solicitó ampliación de plazo para la presentación de descargos en razón al domicilio procesal señalado, solicitud atendida mediante Auto de fecha 19 de octubre de 2012.

Que, mediante memorial recibido en fecha 17 de octubre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. reitera la solicitud de ampliación de plazo y señala nuevo domicilio procesal, solicitud concedida mediante Auto de fecha 24 de octubre de 2012.

Que, por memorial de fecha 22 de octubre de 2012 reiteró la solicitud de ampliación de plazo por razón de distancia, solicitud atendida mediante Auto de fecha 25 de octubre de 2012.

Que, mediante nota MSD/DESPACHO/Nº2019/2012 el Ministerio de Salud y Deportes remite información requerida mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/No.1038/2012 consistente en información proporcionada por el Instituto Nacional de Seguros de Salud a la citada Cartera de Estado.

Que, por memorial recibido en fecha 26 de octubre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. presentó descargos, solicitando que en base a los argumentos técnico legales expuestos se deje sin efecto los cargos formulados mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº104/2012.

Que, mediante memorial recibido en fecha 05 de noviembre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. presentó descargos adjuntando al efecto; a) escritura de Constitución, b) Acta de Acuerdo suscrito entre lecheros y PIL ANDINA S.A., c) Estrategias Comerciales y d) copia de la Ley Nº 204; solicitando se sustituya el documento presentado en fecha 26 de octubre de 2012 y que en virtud a los argumentos expuestos se dicte Resolución Administrativa desestimando cualquier sanción administrativa en contra de esa empresa.

Que, por Auto de fecha 06 de noviembre de 2012 se abrió plazo probatorio y mediante memorial recibido en fecha 04 de diciembre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. solicitó ampliación de dicho plazo, solicitud concedida mediante Auto de fecha 05 de diciembre de 2012.

Que, por memorial recibido en fecha 05 de diciembre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. presentó pruebas de descargo consistentes en: a) Detalle de la metodología utilizada para la determinación de cuota de mercado, b) Contratos recíprocos con empresas extranjeras, c) cuadro de importación de leche evaporada, d) cesión exclusiva de derechos de comercialización y e) cuadro que detalla asignación de territorios de venta otorgados por PIL ANDINA S.A. a los distribuidores horizontales; solicitando se tenga por presentada la prueba aportada y que la misma sea considerada a momento de dictarse resolución.

Que, por memorial de 19 de diciembre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A., presenta más pruebas de descargo. Asimismo, mediante memorial presentado en fecha 21 de diciembre de 2012, la empresa PIL ANDINA S.A. solicitó se tenga presente la Decisión 608 de la Comunidad Andina – CAN, solicitud atendida mediante Auto de fecha 28 de diciembre de 2012 señalando que el procedimiento sancionador iniciado en contra de PIL ANDINA S.A., fue iniciado por la AEMP en el marco del Decreto Supremo N° 29519 y demás normativa aplicable, en consecuencia el procedimiento sancionador se rige por las disposiciones contenidas en la legislación nacional, descritas en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012.

Que, mediante Auto de 27 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, dispuso la clausura del término de prueba dispuesto mediante Auto de 06 de noviembre de 2012 e instruyó la emisión de la Resolución Administrativa respectiva conforme al artículo 27 del Reglamento de Regulación de Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitida por el Ministerio de Producción y Microempresa.

CONSIDERANDO: (Descargos presentados por PIL ANDINA S.A.)

Que, en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012, PIL ANDINA S.A. **presentó memorial de 26 de octubre de 2012; sin embargo, mediante memorial de 05 de noviembre de 2012, solicitó sustituirlo** presentando los siguientes descargos: a) escritura de Constitución, b) Acta de Acuerdo suscrito entre lecheros y PIL ANDINA S.A., c) Estrategias Comerciales y d) copia de la Ley N° 204. Solicitando que en virtud a los argumentos expuestos se dicte Resolución Administrativa desestimando cualquier sanción administrativa en contra de la empresa PIL ANDINA S.A.

Que, la respuesta de PIL ANDINA S.A. descrita en el párrafo precedente, contiene diversos argumentos que serán expuestos de acuerdo a lo siguiente:

En la Resolución Administrativa se señala que PIL ANDINA S.A. habría incurrido en dos posibles infracciones:

- 1. Precio de comercialización en el mercado interno mayor al externo en leche en polvo.*
- 2. Discriminación de precios entre distintos agentes económicos que en este caso son consumidores intermedios pertenecientes a una compleja cadena de distribución.*

Dichas observaciones se basan en:

- 1. Existencia de poder de mercado.*
- 2. Inexistencia de competencia.*
- 3. Cautividad de consumidores nacionales.*
- 4. Discriminación de precios*
 - a. La discriminación se basa en la existencia de productos homogéneos, y*
 - b. La imposibilidad de realizar arbitraje.*
- 5. Que las prácticas de discriminación son a consumidores finales.*

Definiciones preliminares.

Es importante realizar ciertas precisiones terminológicas antes de analizar las supuestas contravenciones señaladas por la AEMP.

1. **EFICIENCIA ECONOMICA:** *En diversas disciplinas como son la economía, economía política o la ciencia política, se puede definir eficiencia económica como la eficiencia con la cual un sistema económico utiliza los recursos productivos a fin de satisfacer sus necesidades. De acuerdo a Todaro el concepto significa en materias de "producción, utilizar los factores de producción en combinaciones de menor coste, en consumo, asignación de gastos que maximicen la satisfacción (utilidad) del consumidor". Una definición alternativa se refiere al uso de los recursos a fin de maximizar la producción de bienes y servicios. Se dice que un sistema económico es más eficiente que otro (en términos relativos) si provee más bienes y servicios para la sociedad utilizando los mismos recursos económicos. En términos absolutos, la situación puede ser llamada económicamente eficiente si:*

- *Nadie puede mejorar su situación sin que empeore la de algún otro. (ver Eficiencia de Pareto)*
- *No producción adicional puede ser obtenida sin aumentar la cantidad de insumos. (eficiencia asignativa)*
- *El producto se obtiene al costo por unidad más bajo posible. (eficiencia técnica o productiva)*

2. **BIENESTAR O EXCEDENTE ECONOMICO:** *Se entiende como excedente económico real a la diferencia entre la producción real generada por la sociedad y su consumo efectivo corriente. Resulta, por lo tanto, idéntico al ahorro o acumulación, normalmente mediante activos (instalaciones, equipos, saldos positivos resultado del comercio exterior, atesoramiento de monedas y oro). El excedente económico es menor que la noción de plusvalía de Karl Marx. Así resulta que el excedente económico real es la parte de la plusvalía que está siendo acumulada.*

3. **EXCEDENTES DEL CONSUMIDOR:** *El excedente del consumidor es la diferencia existente entre la cantidad máxima que un consumidor está dispuesto a pagar por una cantidad determinada de un bien y lo que en la realidad paga por esa cantidad.*

4. **EXCEDENTE DEL PRODUCTOR:** *El excedente del productor es el ingreso total que reciben los productores por un bien, menos el costo variable total que les representan producir ese bien.*

5. **PODER DE MERCADO:** *El Poder de mercado es la capacidad de una o varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un periodo sostenido de tiempo.*

El poder de mercado se da cuando la empresa pone un precio superior al precio en competencia perfecta que es igual al coste marginal. El poder de mercado está en función de la elasticidad de la demanda. Cuanto más inelástica más poder de mercado tendrá la empresa. Está determinado por las posibilidades que tenga el consumidor:

- *Sustitución por el lado de la demanda: Si frente a aumentos de precio puede cambiar a otros productos.*
- *Sustitución por el lado de la oferta: si frente a aumentos en el precio puede encontrar oferentes alternativos.*

El ejercicio del poder de mercado puede ser un problema económico ya que el resultado del mismo no es eficiente, hay una pérdida de eficiencia, no está sometido a la competencia.

El poder de mercado en si mismo no representa una práctica anticompetitiva, la misma existe en la medida que se den pérdidas en la eficiencia y en el bienestar económico.

SUSTENTO LEGAL

A pesar de que existe un consenso más o menos generalizado en cuanto a que el principal objetivo del Derecho de la Competencia debe ser la maximización del bienestar del consumidor, no existe tal consenso en cuanto a la forma o los medios con los que conseguir tales objetivos. En opinión de muchos juristas y economistas, dicho bienestar del consumidor debe ser alcanzado mediante la protección del proceso competitivo y no mediante la protección del consumidor en sí. Un ejemplo típico es el de la regulación en materia de precios excesivos: durante muchos años se intentó utilizar las leyes de competencia para acusar a las empresas de fijar precios demasiado altos. El problema con la utilización del Derecho de la Competencia para asumir un control directo de los precios de las empresas es que en muchas ocasiones el regulador está en una mala posición para poder determinar cuál sería el precio en un mercado competitivo.

Sin ir más lejos, se necesitaría conocer las curvas de costes de las empresas, la demanda en el mercado y demás aspectos cuyo cálculo es altamente complicado. De hecho, al fijar un precio, el regulador puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar.

A fin de poder precisar en mayores conceptos, es necesario acotar algunos temas. Principios rectores- Reglas per se y de la razón La política de la competencia, en todos los países del mundo, nace para cumplir diversas finalidades. Por un lado, la mayor parte de las legislaciones hacen referencia a la finalidad de conseguir un mejor funcionamiento de los mercados, y de este modo obtener los objetivos económicos de mayor crecimiento, mayor progreso y mayor bienestar para los consumidores. Por otro lado, la mayor parte de las legislaciones se refieren al objetivo de alcanzar el pluralismo económico y evitar el exceso de concentración del poder económico.

Esta multiplicidad de objetivos y el diferente peso que se da a cada uno de ellos se ha traducido en sutiles pero importantes diferencias en la forma de diseñar y aplicar las normas de la competencia en todo el mundo. Cuando las leyes establecen prohibiciones per se adoptan como principio orientador de las actuaciones de las autoridades de la competencia la protección del bienestar de los consumidores a corto plazo. Cuando las leyes establecen prohibiciones bajo la regla de la razón están, en cambio, utilizando como principio orientador la protección de la eficiencia económica o del bienestar social agregado: la suma de bienestar de los consumidores a corto plazo y del bienestar de los

productores que en parte sirven para invertir en la creación de nuevos productos para los consumidores a largo plazo.

Vamos al ejemplo de los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia. La Sherman Act califica cualquier acuerdo para aumentar el precio, reducir las cantidades producidas o repartirse a los clientes como ilegal per se, sea cual sea su efecto sobre la competencia y el bienestar social. La legislación presume que una concertación de este tipo es contraria a los intereses de los consumidores porque comporta un aumento de los precios, una reducción de la producción y una reducción de las alternativas de las que disponen los consumidores a corto plazo. Los demandantes no se han de preocupar en demostrar como la práctica restringe la competencia, sino que han de presentar pruebas fehacientes de que el acuerdo se ha producido.

Esta tarea, no es tan fácil. Probar y aportar en el procedimiento las pruebas que demuestran la existencia de un acuerdo entre competidores, se ha demostrado que es más difícil de lo que parece, la regla de ilegalidad per se parece especialmente poco operativa en los mercados pequeños. En los mercados pequeños hay menos competidores activos, son mercados más concentrados por su propia naturaleza, y por tanto, son más grandes las oportunidades para concertar las acciones de forma tácita, y no explícita. En los casos de coordinación no explícita entre competidores, la regla de ilegalidad per se deja de ser operativa y no permite la aplicación de una efectiva política de la competencia.

Posiblemente por una menor dimensión de los mercados europeos las legislaciones europeas siguen la regla de la razón: prohíben aquellos acuerdos entre competidores que tienen como efecto impedir, restringir o falsear la competencia. En este caso, el elemento central es demostrar cuál es el efecto que la práctica concertada ha tenido sobre la competencia. No hay una presunción de que la concertación restrinja la competencia, sino que cabe demostrar que se ha producido un daño en la competencia. Además, los requisitos legales para demostrar que ha existido una práctica restrictiva cuando se aplica la regla de la razón son menos exigentes que los que rigen la aplicación de la ilegalidad per se.

La “competencia” como el bien jurídico que apunta a proteger a los productores cuando se encuentran bajo el principio legal de la regla de la razón, ha estado y todavía es una entidad jurídica difícil de definir. Cuando se actúa bajo la regla de la razón se manifiesta a lo largo del tiempo una tendencia a favor de la pequeña empresa sin que necesariamente la misma sea la más eficiente; pero se actúa de otro, cuando se interpreta que lo que se tenía que proteger era la existencia de un número suficiente de competidores en los mercados. Éste es un sesgo todavía presente en la política de la competencia de la Unión Europea, conocido como el sesgo de la pequeña empresa, que implica una cierta prevención ante las grandes empresas a nivel europeo.

Por otro lado, la mayoría de las autoridades de la competencia que aplican las prohibiciones de prácticas restrictivas utilizando la regla de la razón han ido convergiendo hacia una interpretación de la competencia como sinónimo de la eficiencia económica o bienestar social agregado que se obtiene en un mercado de competencia perfecta, o en

un mercado en el que las empresas como mínimo se comportan de forma efectivamente competitiva. En este contexto, la eficiencia económica se define en sus tres dimensiones:

- 1. Eficiencia productiva: las empresas hacen el mejor uso de sus recursos para producir los bienes y servicios que prestan al mercado;*
- 2. Eficiencia asignativa: que los consumidores accedan a las condiciones posibles de precio y calidad de los productos.*
- 3. Eficiencia dinámica: que las empresas inviertan en la creación y mejora de productos y procesos de producción de bienes y prestación de servicios para atender a las necesidades de los consumidores a largo plazo.*

Desde este punto de vista, un acuerdo entre los competidores que, a pesar de tener un efecto contrario a los intereses de los consumidores a corto plazo (por las ineficiencias productivas y asignativa que genera), tenga un efecto positivo sobre la innovación que la industria ofrecerá a los consumidores a largo plazo (eficiencia dinámica) puede ser calificada como una práctica no restrictiva de la competencia.

La naturaleza pequeña de los mercados hace que inevitablemente, en muchos casos, sólo haya unas pocas empresas que ocupan gran parte del mercado, y que la entrada de nuevos competidores sea difícil. Por este motivo, es todavía más necesario que las autoridades de la competencia tengan como principio orientador de sus actuaciones la preservación de las conductas competitivas de las pocas o muchas empresas que haya en el mercado, y no intentar incidir en que existan más o menos competidores activos en el mercado. El criterio de evaluación de las prácticas restrictivas ha de ser la eficiencia económica definida en las tres dimensiones señaladas anteriormente.

Los mercados pequeños sufren un doble problema: no pueden aprovechar las economías de escala de las que gozan las empresas en grandes mercados, y además, las condiciones para la competencia entre las empresas rivales son más restrictivas. Es por este motivo que la persecución de las conductas poco competitivas deriva una política clave que determinará los resultados en términos de mayor productividad y bienestar social que el país obtiene de la dinámica de la rivalidad entre empresas en los mercados.

Hacer explícito los objetivos de eficiencia a largo plazo y las actuaciones en pro de la eficiencia de las autoridades de la competencia hace más difícil la utilización de la política de competencia con finalidades no económicas.

En el caso boliviano, la norma que regula la competencia en sectores no regulados, ha determinado la realización de un análisis de competencia por la regla per se, en el caso de comprobarse la ocurrencia de conductas anticompetitivas absolutas (Art. 10 D.S. 29519), y un análisis de competencia por la regla de la razón en el caso de la existencia de conductas anticompetitivas relativas (Art. 11 D.S. 29519).

El objeto del Decreto Supremo N°29519 radica en "...regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad..."

Es decir que la citada norma se centra en el consumidor como principal beneficiario de la misma.

OBJETO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La competencia en sí misma implica la realización de todos los esfuerzos necesarios por parte de los competidores, para acaparar mayores cuotas de mercado y beneficiarse de una mayor demanda, tarea que implica en muchos casos la exclusión de actores ineficientes. Sin embargo, es tarea de la autoridad de competencia, velar que estos esfuerzos, no impliquen la implementación de restricciones artificiales, que limiten la competencia a través de prácticas que suponen el abuso o imposición de poder de mercado.

Esta tarea difícil y compleja para las autoridades de competencia, ha llevado a que la ciencia económica y los estudios de la competencia en particular, desarrollen conceptos como "mercado", "poder de mercado" y "competencia efectiva". La comprensión de estos términos económicos es por tanto esencial al análisis de competencia para diferenciar los actos legítimos de los agentes económicos de las prácticas que distorsionan artificialmente el desenvolvimiento normal del mercado.

La comprensión práctica de estos conceptos dependerá, como es lógico, de la perspectiva teórica adoptada por el analista para examinar el funcionamiento de los mercados. Por ejemplo, si el analista percibe la competencia como un fenómeno "estructural" que depende del número o tamaño de las empresas en el mercado, tenderá a percibir la "competencia efectiva," "mercado" y el "poder de mercado" en los mismos términos, asignando mayor importancia a los elementos "estructurales" de dichas definiciones (por ejemplo, la cuota de mercado) que a los aspectos dinámicos (por ejemplo, estrategias corporativas). Por el contrario, si el analista considera que la competencia es un fenómeno dinámico tenderá entonces a dar una mayor relevancia a los elementos económicos que examinan dicho dinamismo, relativizando la importancia de la cuota de mercado, o asignando al mercado relevante una connotación no sólo geográfica o de producto, sino también temporal, a fin de tener en cuenta las innovaciones surgidas del proceso creador de la competencia.

En cualquier caso, antes de continuar, conviene hacer una precisión conceptual preliminar importante. Generalmente la doctrina distingue los conceptos de poder de mercado, y posición de dominio, utilizados en las legislaciones tanto de los Estados Unidos como de la Unión Europea, respectivamente, para identificar las situaciones de mercado donde no existe una competencia efectiva. El concepto de posición de dominio tendía a enfatizar la condición preeminente de su poseedor en el mercado, generalmente medida en términos de participación de mercado; en tanto que el de poder de mercado es un concepto aportado por la ciencia económica, asociado con la capacidad de una empresa para mantener rentablemente los precios por encima del nivel de competencia. Si bien es cierto que en sus orígenes la posición dominante resaltaba la situación de desventaja soportada por las pequeñas empresas frente a sus rivales en el mercado, y por tanto era asociada con los fines de equidad perseguidos bajo la legislación europea,

cada vez más la interpretación que se da a este término es semejante que aquel de "poder de mercado," el cual enfatiza los fines de eficiencia económica.

El concepto de "dominio" destaca por una parte la capacidad de quien la detenta para impedir la competencia (lo cual supone la posibilidad de excluir competidores), y por la otra, la capacidad de prescindir de las reacciones competitivas de otros competidores, en caso de optar por elevar los precios (lo cual destaca la posibilidad que el dominante tiene para manipular unilateralmente la competencia en el mercado). Ahora bien, la capacidad para prescindir de las reacciones de otros competidores no debe entenderse en términos absolutos, ya que hasta un monopolista deberá, en cierta medida, considerar las alternativas posibles de consumo de sus clientes compradores. Lo que en realidad significa que las estrategias corporativas de las empresas dominantes, especialmente la estrategia de precios, permanecen inalteradas, pese a los cambios en las estrategias de empresas competidoras. Dependiendo de las estrategias que sean consideradas, las definiciones de "dominio" podrían servir para implementar una variedad de objetivos de política, desde maximizar el bienestar del consumidor, hasta permitir un contrapeso negociador a rivales más pequeños frente al poder económico de empresas más grandes en el mercado.

DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR

Sin lugar a dudas uno de los conceptos principales detrás de la política de la competencia es la definición de Consumidor.

Una correcta definición del concepto del consumidor es, fue y será siempre tema de debate en los diversos países en los que se aplica la política de la defensa de la competencia.

En Bolivia, el D.S. 29519 en su artículo 3 lo define del siguiente modo: "Consumidor o Usuario: Persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute productos y servicios de lícito comercio, como destinatario final de los mismos, entendiéndose como tal a quien usa el bien para fines personales; familiares o de su entorno social inmediato. En consecuencia, no son consumidores quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman productos y servicios con el fin de integrarlos en procesos productivos'. Es importante destacar que esta definición es muy cercana a la empleada en casi todos los países, y recoge las mejores prácticas a nivel de jurisprudencia focalizándose en el hecho que el consumidor es el usuario final. A título de ejemplo, citaremos brevemente algunos ejemplos:

En la Unión Europea, la primera norma que se refirió al concepto fue el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (hoy en día reglamento ce 44/2001 sobre la misma materia). El artículo 13 del citado texto reza: "[...] contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada el consumidor. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional". Mejorando la anterior definición, la directiva 85/577/cee referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en su artículo 2.1 define

consumidor como “toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”.

En Latinoamérica la gran mayoría de los Estados tienen un estatuto de protección al consumidor, dentro de los cuales aparece la definición legal adoptada por cada país para los efectos del ámbito de aplicación de la norma. Algunas de esas definiciones de las legislaciones americanas se citarán a continuación.

En Argentina la Ley 24240 de 1993 de Defensa del Consumidor considera como consumidores en su artículo 1: “...consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de el/a adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”

La definición que trae esta ley en su artículo 1. 0 fue sustituida mediante Ley 26361 del 7 de abril de 2008, y frente a la anterior definición se incluye a las personas que adquieren a título gratuito; de esta manera, la legislación argentina explicita el caso en que una persona, sin ser comprador y en general sin hacer parte de la relación de consumo, utiliza el bien o servicio como destinatario final, por ejemplo a quien le regalan un televisor nuevo. Además, esta definición se refiere expresamente a la relación de consumo, expresión que se echa de menos en otras definiciones.

En la Ley Uruguaya de Relaciones de Consumo, ley 17250, artículo 2o, se define al consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

En Chile la ley 19496 de 2004 conceptúa: “Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

En México, la Ley Federal de Protección al Consumidor dice: “... consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes productos o servicios”.

En Brasil: “...consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”.

La Ley Modelo de la Organización Consumers Internacional (ci) define al consumidor como "toda persona natural o jurídica, que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza".

Debe anotarse que el elemento en común en todas estas definiciones es la calidad de destinatario final que tiene el consumidor. Sin embargo, en estas definiciones no se hace la diferencia entre si esa destinación debe hacerse a actividades personales, familiares o domésticas, a excepción de la norma argentina. En igual forma, la mayoría de legislaciones admiten la calidad de consumidor a las personas jurídicas o morales. Algunas legislaciones hacen mención del carácter oneroso del acto jurídico celebrado, como la ley chilena que limita el nacimiento de la relación de consumo a los actos de carácter oneroso; por el contrario, la ley argentina admite que los actos sean a título gratuito u oneroso.

ANÁLISIS DE LA VALORACIÓN TÉCNICA.

Si bien el documento representa una primera aproximación, como tal adolece de una serie de falencias asociadas tanto a la falta de un análisis más profundo como a un desconocimiento de la realidad comercial, no sólo de PIL ANDINA S.A., sino de prácticamente cualquier empresa comercializadora de productos masivos, ya sea en nuestro país como en el resto del mundo. En general el documento realiza afirmaciones distintas sin entrar en los motivos y orígenes de las mismas, A continuación presentamos el análisis y las observaciones a las diversas afirmaciones, hipótesis y conclusiones realizadas.

DESCRIPCIÓN DEL MERCADO

Para realizar un buen análisis, no basta con estudiar el entorno propio de las principales variables de un sector, sino que debe observarse al sector como un todo dentro de la economía en su conjunto; pero ante todo el analista debe preguntarse el porqué de los cambios observados en las distintas variables.

Por ello, al análisis realizado por la AEMP en cuanto a Descripción de mercado, deben añadirse los siguientes aspectos:

- 1. Análisis macroeconómico del sector lácteo.*
- 2. Evolución del precio de la materia prima y sus determinantes.*
- 3. Evolución del precio al consumidor de la leche UHT y sus determinantes.*
- 4. Estrategias de comercialización de los productos industrializados.*
- 5. Temas varios*

Análisis macroeconómico del sector lácteo.

Producto de una fuerte política de incentivos por parte de PIL ANDINA S.A., precios sectoriales favorables, pagos quincenales garantizados, préstamos por parte de la empresa a los ganaderos para la compra de insumes, y ante todo la garantía de que toda la leche que se produce se acopia, el sector lechero sufre un fuerte desarrollo a nivel nacional en lo que se refieren a sus cuencas productivas tradicionales y algunas no tradicionales.

Tasa de crecimiento real de la economía, sectores relevantes, y del acopio de leche cruda.

[...] el acopio creció 1.5 veces más que la economía nacional en promedio, donde es importante destacar que la lechería en PIL ANDINA S.A. creció dos veces más que el promedio de las industrias del país destacándose que fue la industria alimenticia que aumentó su volumen en mayor proporción. Resultado de esto es que la actividad lechera, no sólo creció sino que aumentó en gran medida su participación en el PIB como actividad económica relevante.

Producto de este crecimiento marcado y ante todo sostenido, es que Bolivia pasó de ser un importador neto de la leche y sus derivados a un exportador neto.

A tal punto que desde 2009, la producción de leche cruda en el país es mayor que su consumo. Esta situación, aparte de garantizar la seguridad y soberanía alimentaria, representa una fuerte mejoría en el bienestar para los productores lecheros del país, incrementando sus excedentes en gran medida.

Asumiendo el peor de los escenarios, en caso de dejar de exportar leche, y sustituir por materia prima nacional todas las importaciones, algunos productores ya no podrían vender su leche producida a las empresas industrializadoras, con lo que definitivamente su situación actual es mucho mejor que la anterior su límite ya no es el tamaño del mercado nacional, sino ya se circunscribe a todos aquellos mercados donde nuestro producto lácteo sea competitivo.

EVOLUCIÓN DEL PRECIO DE LA MATERIA PRIMA Y SUS DETERMINANTES

[...] el precio de la materia prima principal, la leche cruda, aparte de mostrar una tendencia permanente al alza, muestra una rigidez permanente sin que existan fluctuaciones a la baja en función a las condiciones económicas propias del mercado.

Las principales variaciones que se tiene [...] podrían ser explicadas en gran medida por el incremento súbito registrado en el costo de algunos insumos utilizados por los productores de leche. Dos de ellos destacan: i) el de principios de 2008; y, ii) el de principios de 2011. Es importante destacar que en ambos casos se dieron desmedidos e injustificados incrementos en el costo de la cascarilla de soya por parte de las empresas comercializadoras de dicho insumo. Este grafico presenta dos momentos distintos que son importantes desde el punto de vista del análisis de la competencia y las características fundamentales del sector:

- Desde 1996 a enero de 2011, producto de la política estatal que se define a través de los estatutos de PIL ANDINA S.A. (generados en 1996 en el momento que PIL pasa de manos estatales a privadas), el precio es fijado en reuniones conjuntas entre productores y la empresa con participaciones esporádicas por parte del gobierno. Ver Anexo 1, art. 14.*
- Los principales incrementos observados en el periodo señalado, se suscitaron producto de la presión de fuertes movilizaciones sociales ocasionadas parcialmente en grandes*

cambios en el costo de algunos insumos, que en muchos casos, dichas movilizaciones fueron apoyadas por los gobiernos de turno en el sentido de incrementar el precio de la leche cruda pagada a los productores.

- Desde enero de 2011, producto de presiones económicas y sociales masivas ocasionadas por un fuerte incremento estacional en el costo de los insumos; con la mediación del Ministerio de Producción y Economía Plural, se firma un convenio (acta) entre gobierno, productores y empresas, en el que, entre otros aspectos, se fija un incremento para la leche cruda, se establece un precio tope para varios productos industriales, y se promueve la creación de un marco legal (posteriormente promulgado como la Ley de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo - PROLECHE) que establezca mecanismos para posibles modificaciones futuras tanto para el precio de la leche cruda como para los principales productos industrializados (ANEXOS 2 Y 3). Con este convenio y la posterior Ley, el precio de la leche cruda es tomado por las empresas productivas, al mismo tiempo que el precio de los principales productos lácteos es fijado; implicando esta situación, que el sector pasa a ser regulado por el gobierno sin que exista la posibilidad de una competencia que equilibre las condiciones de mercado.
- Tal cual lo establece, el D.S. 29519 en su artículo 2, el ámbito del mismo se circunscribe a “Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por Ley...”, por lo que al ser el sector lácteo regulado desde enero de 2011 tanto por el acuerdo suscrito como posteriormente por la Ley PROLECHE, de manera automática cualquier análisis posterior a dicha fecha que haga referencia a posibles problemas de competencia en el sector lácteo, escapa a su ámbito.

Ahondando más el análisis en el precio de la leche cruda, se observa que aparte de que los productores asociados aportan con más del 70% de la leche cruda a PIL, y de que la permanente tendencia al alza en el precio, junto con la inflexibilidad de dicho precio a la baja, y tal cual lo señala la AEMP en su RA 104/2012 una convergencia en los precios nacionales de la leche cruda en todas las cuencas y departamentos; como consecuencia los precios al productor en Bolivia son uno de los más altos del continente sudamericano y que los precios al consumidor, al mismo tiempo están entre los más bajos; además, los precios de paridad (equivalentes a una nivelación por los costos de vida distintos en cada país), los precios de la leche cruda en Bolivia son los más altos entre algunos países de la región.

[...], en consonancia con la evolución de los precios internacionales, a principios de 2011 los precios de la leche cruda subieron en Bolivia; sin embargo, no bajaron desde mediados de 2011 (los precios internacionales de los principales insumos como el maíz, y la soya bajaron en gran medida), lo que deriva en que se tenga una pérdida de competitividad en el sector lácteo.

Por lo que se puede concluir que, en cuanto a la principal materia prima que es la leche cruda acopiada a los miles de productores de las cuencas del país, se tendría:

Indicios que los productores asociados podrían ejercer presiones sistemáticas para incrementar el precio, con la posible existencia de abuso de posición de dominio a través de una figura cercana al monopsonio.

2. Precios de la materia prima en Bolivia más altos que el promedio a nivel regional en nuestro continente.
3. Precios al consumidor que están entre los más bajos por litro de leche procesado.
4. Empresas lácteas somos tomadoras de precio en cuanto a la leche cruda y la leche industrializada se refiere.
5. Que desde la promulgación de Ley PROLECHE, el sector lácteo es un sector regulado, por lo que escapa al ámbito del D.S.29519.
6. La inflexibilidad en los precios se traduce en una menor competitividad de nuestros productos industrializados con relación a los de la competencia en el resto del país.

EVOLUCIÓN DEL PRECIO AL CONSUMIDOR DE LA LECHE UHT Y LEP Y SUS DETERMINANTES.

[...], en el periodo cuando la leche cruda no se encontraba regulado (ene 2006-ene 2011), existe una clara relación entre el precio de la leche cruda (insumo principal) y el precio al consumidor tanto en la leche UHT como en la LEP.

Desde el momento que se impone la regulación normada por el gobierno nacional (ene-2011), a través del acta y la posterior Ley PROLECHE, el precio de la leche UHT permanece invariable, y el precio de la LEP aumenta. Este aumento fue autorizado por el Gobierno con el fin de compensar la fijación del precio de la leche UHT y el incremento del precio pagado a los productores de leche cruda.

ESTRATEGIAS DE COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALIZADOS

Lamentablemente, a pesar de que PIL explicó su política comercial a través del Anexo 3 entregado en fecha 7 de enero de 2012 solicitado a través de RA/AEMP7DTDCDN/N 120/2011, la AEMP no contempló la misma al momento de analizar la forma en que los productos elaborados llegan al consumidor. (Anexo 4)

Tampoco se tomaron en cuenta anexos de precios por canal de distribución donde se mostraban los precios sugeridos al consumidor.

A fin de entender un poco más la forma en que los productos llegan al consumidor es importante comprender algunos conceptos adicionales asociados a lo que representa un canal de distribución.

CONCEPTO: Las rutas tomadas por la propiedad de las mercancías a medida que éstas se mueven del productor al consumidor final.

DEFINICION ACADEMICA: La fase que sigue a la de producción de bienes, a partir del momento en que están comercializados, hasta su entrega al consumidor final. Abarca las diversas actividades y operaciones que aseguran la llegada de los mismos a los compradores de productos o servicios facilitándoles su selección, adquisición y uso.

OBJETIVO: Situar el producto en aquellas zonas o establecimientos donde irán los consumidores potenciales cuando piensen en comprar este tipo de producto.

La justificación para la utilización de intermediarios viene dada por varias razones:

1. Optimizar la fuerza de ventas
2. Mayor eficacia para conseguir que los productos estén disponibles en los mercados metas o finales
3. Disminución del número de contactos para efectuar operaciones comerciales.

FUNCIONES SEGÚN MCGARRY:

1. *Función contractual: poner en contacto a compradores y vendedores.*
2. *Función de comercialización: el ajuste de las mercancías a los requisitos de mercado.*
3. *Función establecimiento de precios: fijar los precios lo suficientemente altos para hacer posible la producción y lo bastante bajos para inducir a los consumidores a aceptar las mercancías.*
4. *Función de publicidad: provocar en los compradores o en los vendedores una actitud favorable hacia el producto o la firma que lo patrocina.*
5. *Función de distribución física: transporte y almacenamiento de las mercancías.*
6. *Función de terminación: consumir el proceso comercial.*

FUNCIONES CLAVES SEGÚN KOTLER, BOWEN Y MAKENS

- 1) *Información: reúnen y distribuyen información clave obtenida a través de la investigación de mercado sobre el ambiente de mercadotecnia.*
- 2) *Promoción: desarrollan y difunden comunicaciones persuasivas sobre una oferta.*
- 3) *Contacto: buscan clientes potenciales y se comunican con ellos.*
- 4) *Adaptación: modifican y adaptan la oferta a las necesidades del consumidor.*
- 5) *Negociación: establecen acuerdos sobre precios y otros términos de la oferta.*
- 6) *Distribución física: transportan y almacenan los artículos.*
- 7) *Financiación: adquieren y utilizan los fondos para cubrir los costos de las operaciones del canal.*
- 8) *Toma de riesgos: asumen los riesgos financieros tales como la incapacidad de vender las existencias con un margen completo de ganancias.*

Un canal de distribución comprende una, varias o todas las unidades intermediarias que forman el circuito. En consecuencia los canales pueden ser largos o cortos, en función de las unidades comerciales que los componen, y directos (fabricante-consumidor final) o integrados (cuando al menos uno de los intermediarios no es un órgano individual).

De estas definiciones se llega a la conclusión de que los agentes intermediarios que permiten que el producto final llegue al consumidor son consumidores intermedios y no finales, por lo que el análisis de los mismos en el marco del DS29519 escapa tanto como a su objetivo como a su ámbito.

Tenemos circuitos verticales y horizontales:

- a) *Un circuito o canal vertical: red de distribución dirigida de modo coordinado, y diseñada para lograr unos beneficios planificados. Esto suele ocurrir cuando un componente del circuito es propietaria del resto o establece algún vínculo contractual con*

los otros miembros. Con este sistema se busca o se obtiene una mayor centralización, se trabaja para la consecución de unos beneficios planificados y conseguir el máximo impacto comercial.

Tres tipos de canal o circuito vertical:

- 1) Sistema corporativo, cuando una empresa controla varias fases de producción y distribución en una sola propiedad.
- 2) Sistema administrado, cuando una empresa debido a su poder y dimensión dentro del sistema de producción y distribución, coordina las fases de distribución, sin tener que ser la propietaria, ni por establecer relaciones contractuales con los demás miembros.
- 3) Circuito contractual, cuando un conjunto de empresas pertenecientes a las diversas fases de producción y distribución, se coordinan y programan en base a unos contratos determinados, para conseguir mejores beneficios y mejorar sus ventas.

b) Un circuito o canal horizontal: la unión de los o mas empresas para explotar un proyecto comercial en común, lo que proporciona un mayor beneficio a los participantes.

La política de distribución se realizara en base a 3 alternativas:

- 1) Distribución intensiva: objetivo dirigirse a un gran número de sectores o puntos de venta, se trata de productos muy frecuentes o de primera necesidad, poco diferenciados y de precios relativamente bajos. Requiere un gran capital, un gran esfuerzo publicitario, de personal y de organización.
- 2) Distribución selectiva: aquella que dirige sus esfuerzos hacia los sectores más rentables e interesantes del mercado. Se limitan los puntos de venta y se seleccionan los canales a utilizar.
- 3) Distribución en exclusiva: la cesión exclusiva del derecho de comercialización a un distribuidor, su objetivo es conseguir un trabajo más agresivo y un mayor control sobre el intermediario en cuanto a precios, promoción y servicio al cliente, sirve para aumentar el prestigio del producto y permitir mantener márgenes más elevados.

De la misma manera los canales de distribución pueden agruparse en 3 canales:

- venta al usuario
- venta al detallista
- venta al mayorista

Características de los canales más utilizados:

MAYORISTAS: compran los artículos para venderlos a su vez a los detallistas. Definimos tres tipos en función de la propiedad y el control: 1) Empresa mayorista propiedad del fabricante, 2) Mayoristas independientes; y, 3) Empresas mayoristas propiedad del detallista.

- Empresas mayoristas propiedad del fabricante: el fabricante es a su vez el distribuidor mayorista de sus productos, y en consecuencia controla su funcionamiento. Esto implica

un montaje de comercial de oficinas de venta y servicios a sus clientes, y a veces la existencia de almacenes reguladores de mercancía.

- *Mayoristas independientes: implica la adquisición de la mercancía que maneja, asume en consecuencia el riesgo de la compra para su posterior venta. Dentro de este grupo señalamos 2 subgrupos: comerciantes de servicio parcial y mayoristas de servicio o función completa. Los comerciantes mayoristas de servicio parcial son aquellos que asumen algunas funciones propias de la distribución y el resto quedan para el fabricante o bien es transferido al detallista. Podemos encontrar la siguiente tipología, venta ambulante en camión puerta a puerta, establecimientos de paga y lleva, cooperativas de fabricantes productores, empresas mayoristas propiedad de los minoristas, es la decisión de la empresa minorista de crecer en forma vertical.*

DETALLISTA: El comerciante detallista compra productos a los mayoristas para venderlos al consumidor final, produciendo la satisfacción de la demanda allí donde se genera. Las principales características de los detallistas radican en ahorrar tiempo al consumidor, permitir una gran cobertura de mercado al productor, normalmente ofrece una garantía de venta al productor, servir de promotores de los productos que vendes, proporcionar información al fabricante y contribuye en el elemento más caro de la cadena de distribución. Las dos funciones básicas de todo detallista consisten en primer lugar identificar su mercado-objetivo y decidir la localización del establecimiento en el lugar más conveniente para sus clientes, y en segundo lugar, decidir la combinación de los elementos de la mezcla comercial que intervienen en sus productos, estos determinan la percepción que el consumidor tendrá del establecimiento. Los tipos de venta al detalle más usuales son: establecimiento clásico independiente (tiendas de barrio), auto-servicios (Supermercados), grandes almacenes, tiendas en cadena, agrupaciones voluntarias de compras.

Dadas estas definiciones, debemos señalar que PIL utiliza los siguientes canales de distribución:

1. Distribuidores Horizontales

Un distribuidor horizontal es una entidad formalmente establecida la cual tiene las siguientes características:

- a) Toma en propiedad todos los productos que comercializa PIL ANDINA S.A. y los cuales deben distribuir a nivel de gran cantidad de puntos de venta (tiendas) dentro de territorio de ventas asignado, al cual se le desarrolla zonas y rutas de venta, con vendedores por cada ruta y camión con personal para la entrega de los productos, a cada distribuidora se le asigna objetivos mensuales por línea y producto en función al territorio asignado.*
- b) Debe tener infraestructura para el almacenamiento de los productos secos y que requieren refrigeración, mínimo para 1.800 cajas.*
- c) Debe tener vehículos propios o alquilados para atender la zona asignada mínimo 5 a 7 camiones con equipo de frío con capacidad de 2 TM.*
- d) capital de operación, boletas bancarias y/o DPF para garantías de cajas plásticas, asimismo capacidad de endeudamiento financiero con garantía hipotecaria para soportar sus compras a crédito para mantener stocks de seguridad.*

e) *Experiencia en gestión de ventas, distribución y marketing probada, a fin de que la gestión en la distribuidora sea eficiente y alineada a la forma de gestionar que tiene PIL ANDINA S.A..*

f) *Intermedian de manera indirecta, para que sus clientes las tiendas en general hagan llegar al consumidor final nuestros productos, por lo que los distribuidores son consumidores intermedios en una compleja cadena.*

2. Mayoristas

Son clientes que comercializan un portafolio específico de productos, principalmente no perecederos, estos tienen las siguientes características:

A) Tienen ubicación en lugares concentrados de consumidores, como las existentes en las calles Garzilazo de la Vega, Uyustus, en la Paz, mercado La Cancha en Cochabamba, La Ramada en Santa Cruz y otros.

B) Deben tener capital de operación y capacidad de endeudamiento necesario para cumplir con las exigencias de PIL ANDINA S.A.

C) Son puestos fijos; no hacen distribución y venden directo al consumidor final para escala mucho mayor que tiendas en zonas geográficas más dispersas.

D) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, por lo que son consumidores intermedios.

3. Autoservicios

Los autoservicios son las cadenas de supermercados establecidos a nivel nacional y tienen las siguientes características:

a) Compran el 100% del portafolio que vende PIL ANDINA S.A., tienen infraestructura adecuada para venta y para almacenamiento de los productos secos y los que requieren equipo de frío.

b) Tienen ubicación fija con espacios adecuados que venden de forma directa al consumidor final.

c) Tienen capacidad económica adecuada para cumplir las exigencias de PIL ANDINA S.A.

d) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, por lo que son consumidores intermedios.

4. Agencias

Son clientes que venden sus productos en lugares fijos con concentración de consumidores finales muy atractivo

a) Deben tener un espacio físico para la venta del 100% de los productos que comercializa PIL ANDINA S.A., tener espacio adecuado para almacenamiento de los productos, con preferencia de frío.

b) No hacen distribución, deben tener capital de operación y capacidad de endeudamiento con garantías para cajas y compras a crédito.

c) Al cumplir estas funciones son consumidores intermedios, que comercializan el producto de manera directa para llegar al consumidor.

5. Instituciones

Son empresas públicas y privadas que compran los productos como materia prima y para revender.

- a) Se firman contratos específicos para compra de productos.*
- b) Compran al contado y a crédito de acuerdo a condiciones contractuales.*
- c) Compran productos que son usados para la elaboración de productos finales, por ende son consumidores intermedios*

De esta representación, y las anteriores definiciones se concluye que los canales de distribución son CONSUMIDORES INTERMEDIOS que utilizan los bienes vendidos por parte de PIL para llegar al consumidor ya sea de manera directa o a través de otros intermediarios.

Todas las empresas que comercializan productos de consumo masivo, mediante el uso de políticas comerciales, cobran precios distintos a estos canales con el fin de llegar al consumidor final con un precio similar sin que exista la posibilidad de arbitraje.

La existencia de precios distintos se debe a que cada canal tiene características distintas, costos e inversiones distintas, en tal sentido esta diferenciación genera eficiencia económica siendo la misma una medida pro competitiva que busca que el consumidor reciba los mejores precios posibles sin importar el lugar donde lo compre.

De esto se concluye que los canales son distintos desde el punto de vista funcional, económico, y financiero.

TEMAS VARIOS

Muchas empresas, dado el elevado precio de la materia prima, en ciclos donde el precio internacional de la leche se encuentra en su etapa decreciente, optan por dejar de acopiar leche en el campo, y reconstituyen leche en polvo transformándola en fluida. Esta práctica se traduce en beneficios económicos mayores para las mismas ya que el costo por reconstituir sería probablemente menor al costo de acopiar. Sería interesante analizar la consistencia entre las cifras disponibles en aduana en cuanto a importaciones se refiere y las reconstituciones efectivamente realizadas.

CUOTAS Y MERCADO RELEVANTE

Antes de analizar las cuotas de mercado, es necesario señalar que la leche en polvo (LEP), es bueno enfatizar que se la destina para dos usos fundamentales: 1) como bien intermedio por parte empresas lácteas nacionales y extranjeras, y otras empresas que usan la LEP para la elaboración de otros alimentos y 2) como bien de consumo final, siendo para cada caso una LEP de tipo distinto.

La LEP puede clasificarse en función a diversos factores como ser:

Clasificación según tratamiento térmico:

- LH, LowHeat - utilizada esencialmente para heladería, y se caracteriza por tener tiempos de vida inferiores a 6 meses.*
- MH, Medium Heat, para consumo final*
- HH, High Heat - Industrial*

Por contenido graso:

- *Descremada: menos de 1% en grasa*
- *Semidescremada: alrededor de 18-20%*
- *Entera: aproximadamente 26% de grasa generalmente para el consumo final*
- *Modificada: Grasa vegetal en lugar de animal, se encuentra generalmente para el consumo final.*

Por facilidad de dilución (es una leche de tipo MH)

- *No aglomerada o normal: industrial*
- *Aglomerada y lecitinizada: uso industrial*
- *Instantánea lecitinizada: uso comercial (generalmente para el consumo final)*

Es importante destacar que la elevada cuota en el mercado interno se debe al cumplimiento de obligaciones legales y convencionales establecidas en las diversas normas de seguridad social de periodos anteriores y en los estatutos por adhesión que firmó PIL ANDINA S.A. en el momento de su constitución, por lo que estaríamos hablando de una cuota de mercado elevada en el mercado interno por motivos "legales". (Anexo 5)

De la misma manera los estatutos de constitución de PIL ANDINA S.A., indican la obligatoriedad de recoger toda la leche de los productores accionistas, posteriormente de los no accionistas, y en caso de ser necesario recién usar otras fuentes como la leche importada. (Cláusula DECIMO CUARTA - ANEXO 1). Esta cláusula fue impuesta por el Estado en 1996 en el momento de la constitución de PIL ANDINA S.A., por lo que el hecho de contar con una gran cantidad de productores lecheros a nivel nacional, que representan casi el 80% del total de los productores, explica en sí mismo la cuota elevada en el mercado de producción nacional que podrías tener, por lo que se puede concluir que dicha cuota tiene un origen LEGAL con un objetivo de fomento. Esto también nos lleva al hecho de que PIL ANDINA S.A. está obligada a recolectar leche ante todo.

Es importante destacar que el resto de empresas lácteas, optan por elegir entre utilizar leche cruda de origen nacional, reconstituir leche en polvo extranjera o nacional para volverla leche fluida eligiendo la opción económica más barata, sin que exista una cláusula de exclusividad en sus estatutos.

La existencia de dicha cláusula hace que PIL ANDINA S.A. enfrente costos de elaboración de lácteos potencialmente más altos que el resto de las empresas de la competencia nacional en momentos (como el actual) en que los precios internacionales de la LEP usada para reconstitución en leche fluida es más bajo. De esto se concluye que PIL opera con condiciones anticompetitivas dada la restricción legal existente en sus PROPIOS estatutos.

Por otro lado, es necesario hacer algunas puntualizaciones acerca de la existencia o no de barreras a la entrada tanto en el mercado de LEP como en el de la leche UHT.

En lo que se refiere a la LEP, en el mercado interno se manejan esencialmente variedades que son usadas para el consumidor final (instantáneas enteras o modificadas) y otras que son usadas en procesos de transformación intermedio (consumo intermedio) para helados, reconstitución de leche fluida, masas, u otros alimentos. Tal cual se puede analizar en la normativa vigente impositiva o aduanera, no existen barreras arancelarias, ni para arancelarias, ni legales para la importación para los distintos tipos de LEP, por lo que la competencia es libre focalizándose la misma en precio y competitividad.

[...], en los principales mercados del país se comercializa para el consumidor final marcas de LEP como ser: NIDO, KANNY, ANCHOR, BELLA HOLANDESA entre otras; pero el precio de todas ellas es relativamente superior al ofrecido por PIL.

Adicionalmente, varias empresas lácteas del país que reconstituyen leche en polvo para venderla como fluida, ante los problemas cambiarios en países vecinos, y el elevado precio de la leche cruda en nuestro país que encarece el costo de la LEP, optaron por comprar LEP de distintas variedades del exterior en virtud que las mismas estarían más baratas que la nacional.

Si comparamos nuestra producción de LEP con las empresas de los potenciales países competidores, encontramos que nuestra cuota de participación es inferior a la estimada sin lugar a dudas encontrándose por debajo de un 5%.

De esta situación se podría aseverar que: 1) el precio al consumidor de la LEP importada entera modificada comercializada en nuestro mercado es superior al que ofrecemos como empresa PIL ANDINA S.A., por lo que dicho precio sería el factor explicativo fundamental para la supuestamente elevada cuota de mercado; 2) al vender PIL ANDINA S.A. su LEP a precios inferiores a los ofrecidos por sus competidores extranjeros, genera una ganancia en bienestar a todos los consumidores (intermedios o finales) del país en comparación a una situación en la que PIL no produjera o vendiera dicha leche; pero al mismo tiempo se encuentra que existe libre competencia con competidores de un mercado relevante más amplio que en este caso sería el regional. En este sentido resultan varios aspectos fundamentales que no fueron tomados en cuenta en el análisis inicial de la AEMP: 1) Dada la inexistencia de barreras de ingreso legales, arancelarias, para arancelarias u otras, el mercado relevante es fundamentalmente más grande incorporando esencialmente en empresas productoras de Uruguay y Argentina, Chile, donde nuestra cuota pasaría a ser inferior al 1%, 2) en virtud que la presunta cuota se origina en el precio, también se asegura que a precios mayores, la misma tendería a reducirse en gran medida, por lo que la elasticidad precio del bien (LEP) tendería a aumentar en la medida que se observen precios mayores, con lo que 3) el mercado sería altamente desafiante sin la posibilidad de contar con poder de mercado relevante.

Se debe destacar que producto del acuerdo realizado entre PIL ANDINA S.A., los productores, y el Gobierno en febrero de 2011, si bien se congelaba el precio de algunos productos lácteos de consumo masivo, se nos permitía incrementar el precio de la LEP de manera adicional a la que se originaría en un incremento ocasionado únicamente por el alza del insumo principal (leche cruda). Este incremento fue permitido en función de compensar posibles pérdidas al congelar el precio de otros productos, por lo que desde

el punto de vista económico se estaría dando un equilibrio donde no se gana ni se pierde desde el punto de vista de una COMPENSACIÓN.

De este aspecto, nuevamente se resalta que al estarse dando un manejo regulado del precio de la LEP desde principios de 2011 para compensar posibles pérdidas en los productos de precio congelado (situación abalada por el Gobierno), el mercado de la LEP escapa al ámbito del DS 29519, por lo que el análisis de cualquier práctica anticompetitiva resulta ser innecesario y fuera de lugar:

En el caso del mercado de la leche UHT no se contemplan los siguientes hechos:

- 1. Desde que PIL ANDINA S.A. introdujo la leche UHT en 1998, casi todas las empresas del sector (Delizia, Soalpro, Ilpaz, Clarabella, ILVA, Delicruz, La francesa, La Purita entre otras) comenzaron a producir la misma, por lo que la libre entrada, al no existir restricciones legales ni económicas, ni tecnológicas y con costos hundidos menores en el tiempo, se encuentra casi demostrada.*
- 2. En el periodo de estudio 2009-2011, la libre entrada es una característica propia del mercado por tenerse, costos de transformación similares, costos de materia prima similares (salvo los que muestran las empresas que utilizan LECHE EN POLVO para reconstituir de manera total o parcial a leche fluida), inexistencia de mercados de materia prima cautivos, y ante todo reducción de costos hundidos. Con todo esto se descarta la existencia de barreras a la entrada.*

Por lo que se puede concluir que:

- 1. En el periodo 2009-2012, al existir competencia, y no tenerse barreras a la entrada, el poder de mercado se ve limitado en gran medida.*

PODER DE MERCADO.

Es necesario también puntualizar otros aspectos que debieran ser tomados en cuenta por la AEMP:

- a) Para la LECHE EN POLVO no se contempla qué incrementos de precios podrían traducirse en una competencia internacional masiva en la medida que nuestro precio supere al de venta de los productos importados, por lo que pasaríamos a ser tomadores de precio con un escenario de competencia casi perfecta. Dados todos los argumentos anteriores, se concluye que el mercado es altamente desafiante, por lo que nuestro mercado relevante pasa a ser el mercado regional, y nuestra cuota de mercado es bajísima (< 1%), y PIL ANDINA S.A. no tiene poder de mercado. Es importante destacar que este tema se origina en una reducción de nuestra competitividad ocasionada por variaciones cambiarías en nuestras principales operaciones. Lamentablemente sin contemplar este hecho, ningún test SSNIP o HH resulta completo o relevante.*

En el caso de la leche UHT no se contemplan los siguientes hechos:

- 1. Desde que PIL ANDINA S.A. introdujo la leche UHT en 1998, casi todas las empresas del sector comenzaron a producir la misma por lo que la libre entrada se encuentra casi demostrada.*
- 2. En el periodo de estudio 2009-2011, la libre entrada permanece por tenerse costos de transformación similares, costos de materia prima similares (salvo los que utilizan LECHE EN POLVO para reconstituir de manera total o parcial), inexistencia de mercados de*

materia prima cautivos, y ante todo reducción de costos hundidos. Con todo esto se descarta la existencia de barreras a la entrada.

3. Periodo 2011 adelante se tiene un precio fijado por el MPyEP, por lo que las empresas son tomadoras de precio, y se tiene un mercado regulado que escapa al ámbito del DS 29519.

4. El alto precio de los costos de materia prima nos quita competitividad, y ante el posiblemente alto poder de mercado de los productores, las empresas lácteas podríamos ser tomadoras de precio tanto en insumes como el precio al consumidor. Este argumento final IMPOSIBILITA cualquier práctica de abuso de posición de dominio a cualquier empresa que use leche acopiada en el mercado interno (no reconstituida) para producir leche UHT.

EVALUACIÓN TÉCNICA DE POSIBLES PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.

La AEMP señala en su documento técnico que el objeto de restringir la competencia es el de obtener ganancias o rentas adicionales, para lo cual argumentamos en nuestra defensa, que tal cual se demostró anteriormente, que los principales argumentos empleados en el análisis por parte de la AEMP para demostrar las posibles prácticas anticompetitivas, son inválidos:

- a. Reducción del bienestar en la economía y ante todo en los consumidores finales.
- b. La existencia de poder de mercado (que al mismo tiempo cuenta como condición necesaria y suficiente la existencia de una cuota de mercado elevada dado el mercado relevante).
- c. En cuanto a la posible práctica anticompetitiva, la existencia de productos homogéneos, la existencia de agentes económicos situados en igualdad de condiciones.
- d. Que las posibles prácticas anticompetitivas afectan al consumidor final.

DISCRIMINACIÓN ENTRE CONSUMIDORES NACIONALES Y EXTRANJEROS

Se indica que para hacernos competitivos estaríamos trasladando costos de exportación a precios en el mercado interno.

Esta afirmación también la rechazamos en razón de las siguientes consideraciones:

1. El mercado relevante es mucho mayor, y nuestra cuota de mercado es baja. Nuestro negocio de exportación no es un fin en si mismo; es resultado de los excedentes de la leche cruda acopiada a 10 mil productores que no puede ser absorbida por el mercado interno.
2. No tenemos poder de mercado, por lo que en función a lo establecido en el numeral primero del artículo 11 de la Resolución Ministerial 190/2008 del MPyEP que Reglamenta al D.S. 29519, no hemos realizado ninguna práctica anticompetitiva.
3. El consumidor nacional es final; el extranjero es INTERMEDIO. Es más, una parte de la LECHE EN POLVO es exportada para un proceso de "maquila" para importar leche evaporada con la marca PIL; en tal sentido ni son agentes económicos similares ni son consumidores finales, ni son productos semejantes. Por lo que la posible práctica escapa al objetivo del DS 29519 que, como ya se tiene dicho, se centra en CONSUMIDORES FINALES.

4. *No se tiene homogeneidad de productos puesto que en el mercado interno se vende al consumidor final LECHE EN POLVO entera instantánea, mientras que se exporta leche para consumo intermedio con diversas características como ser la MH, HH, por lo que se escapa al ámbito de la posible práctica anticompetitiva establecida en el numeral 10 del artículo 11 del D.S. 29519*
5. *La leche exportada posee tiempo de vida útil residual menor a la comercializada en el mercado interno, aspecto que ratifica la diferenciación entre productos comercializados en el mercado interno y externo.*
6. *La calidad de la materia prima boliviana no nos permite elaborar productos que sean comparables con los segmentos Premium y medio del Mercado Internacional y de momento tenemos que compararnos siempre con los competidores internacionales que ubican sus precios en el primer tercil. Es decir con aquellos de más baja calidad.*
7. *Nuestra tecnología de envasado para productos de exportación no nos permite eliminar el oxígeno residual en nuestros productos en márgenes inferiores al 0,5%; por lo que nuestra producción en LECHE EN POLVO no puede tener una vida útil en promedio superior a los 12 meses, mientras que en el mercado internacional puede existir productos que llegan hasta 36 meses de vida útil en envases finales. Esto nos obliga a colocar nuestros excedentes del mercado internacional en un plazo máximo de 5 meses para que el producto pueda llegar a destino como máximo con un 50% de vida útil residual. Por encima de esta vida útil, nos vemos forzados a conceder descuentos adicionales.*
8. *Tipo de envase. En el mercado interno se comercializa en latas y trilaminado; en el externo, a granel en envases de papelkraft con bolsa polietileno interna.*
9. *Desde el punto de vista impositivo el precio de exportación refleja la exoneración de impuestos, por lo que, por definición, el precio del producto exportado es menor que el comercializado en el mercado interno, incluso si hablamos de productos homogéneos que no es el caso.*
10. *Al ser el comprador en el exterior, un consumidor intermedio, y al tener el mismo costo de logísticos comercialización e industrialización, y plusvalía que debe agregar al consumidor, por lo que el precio es distinto.*

DISCRIMINACIÓN DE CONSUMIDORES NACIONALES.

La Resolución Administrativa de la AEMP sostiene que cobramos precios distintos por tipo de agente económico. Esta hipótesis depende de que a) los citados agentes sean consumidores finales, b) se traten de agentes situados en igualdad de condiciones. Ninguno de los dos argumentos es sustentable porque ninguno de los agentes es un consumidor final, sino solamente son consumidores intermedios, donde PIL ANDINA S.A., para canalizar al consumidor final, utiliza a estos "consumidores intermedios" con el objetivo de que el consumidor final reciba un precio similar, por lo que "la supuesta discriminación" en realidad es una medida PROCOMPETITIVA que consigue que los consumidores finales no sean discriminados sin importar el canal donde obtengan el producto en el sentido de que reciben un precio SIMILAR sin importar donde adquieran el bien, reduciendo sus costos de transacción, menú y otros aspectos que maximizan su bienestar económico total. En este sentido esta posible práctica no puede ser tipificada como tal porque escapa al objetivo del D.S. 29519.

Según la legislación boliviana (y dicho sea de paso, según bajo ninguna legislación de la región o de Europa) ninguno de los supuestos grupos discriminados es un consumidor final.

Es más, realizando una comparación entre sus actividades, inversiones y otros, se encuentra que no son agentes económicos situados en igualdad de condiciones, por lo que esta posible práctica no puede tipificarse en el marco del numeral 10 del artículo 11 del D.S. 29519.

CONCLUSIONES E IMPLICACIONES EN EL BIENESTAR

Si bien la RA 104/2012 de 28 de septiembre de 2012, representa una aproximación a la realidad del sector lácteo, la misma es incompleta por no contemplar factores estructurales y propios del sector:

En este sentido, se considera necesario complementar casi TODOS los aspectos con análisis, pruebas y otros que en muchos casos llegan a refutar las afirmaciones e hipótesis elaboradas en la resolución citada.

Analizando la descripción del mercado encontramos algunas omisiones dignas de destacar:

- *Producto de las políticas de fomento realizadas por PIL ANDINA S.A., los precios de las materias primas favorables y otros, la cantidad producida de leche cruda en el país es mayor que la que se consume, en este sentido se tiene una ganancia muy significativa en el bienestar ya que los productores producen más allá que lo que el tamaño del mercado les permite.*
- *Asumiendo el peor de los escenarios, en caso de dejar de exportar y sustituyendo por materia prima nacional todas las importaciones, algunos productores ya no podrían vender su leche producida a las empresas industrializadoras, con lo que definitivamente su situación actual es mucho mejor que la anterior, su límite ya no es el tamaño del mercado nacional, sino ya se circunscribe a todos aquellos mercados donde nuestro producto lácteo sea competitivo.*
- *Es importante destacar la existencia de dos momentos en la evolución de la leche cruda:*
 - 1) *Hasta enero de 2011, donde el precio de la leche cruda se determina a través de reuniones entre PIL ANDINA S.A. y los productores (Estatutos de PIL).*
 - 2) *Desde enero 2011, que se cuenta con un marco legal en el cual el Gobierno es el órgano que fija el precio de la leche cruda (Acta y Ley Proleche). Es en virtud de esta norma que las empresas del sector lácteo se convierten en tomadoras de precio en la leche cruda. Al tratarse de un sector regulado, cualquier posible práctica ya no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del D.S. 29519.*
- *A lo largo del tiempo se observa un rigidez permanente al alza en el precio de la leche cruda pagada al productor, situación que a diferencia de otros países donde el precio es flexible, hace que los precios al consumidor pudiesen ser más altos que los de equilibrio debido al costo de la leche cruda, representando esta rigidez una pérdida de bienestar para el consumidor. Si observamos que dicha rigidez se observa en un posible abuso de*

poder de venta por parte de los productores, estaríamos hablando de la posible presencia de un monopsonio con abuso de posición de dominio.

- Producto de la mencionada rigidez, los precios de la leche cruda en Bolivia están entre los más altos de la región a pesar de tener una de las economías con menores costos de producción tanto en insumos como en mano de obra.
- Ahora bien, analizando la evolución de los precios de la leche UHT y LEP al consumidor final, encontramos que en el periodo cuando la leche cruda no se encontraba regulado (ene 2006-ene 2011), existe una clara relación entre el precio de la leche cruda (insumo principal) y el precio al consumidor tanto en la leche UHT como en la LEP.
- Desde el momento que el mercado de la leche se convierte en un sector regulado (ene-2011), en virtud de la ya citada Acta y la posterior promulgación de la Ley No. 204 de 15 de diciembre de 2011, el precio de la leche UHT permanece invariable, y el precio de la LEP aumenta. Este incremento fue autorizado por el Gobierno, a través del Ministerio de Producción y Economía Plural, con el fin de compensar la fijación del precio de la leche UHT y el incremento del precio pagado a los productores de la leche cruda. Este aspecto hace que cualquier posible práctica anticompetitiva no se encuentre dentro del ámbito de aplicación del D.S. 29519.

En el periodo en el que los precios de la leche cruda y de la leche UHT y LEP al consumidor no estaban regulados (es decir, antes de enero de 2011), se encuentra que desde el punto de vista estadístico, variaciones en el precio de la leche cruda estarían explicando casi la totalidad de las variaciones del precio final al consumidor en los productos citados.

- Tomando en cuenta que los precios de la leche cruda (principal materia prima) son rígidos, fijados por presiones de los productores, y/o determinados por el gobierno, y que de manera conjunta, los variaciones de precios al consumidor final en UHT y LEP se originan por las variaciones en el precio de la leche cruda, se podría afirmar que PIL ANDINA S.A. en ningún momento ha abusado de su posición de dominio, y los cambios en precio obedecen plenamente a cambios en el costos de sus insumos y no así en sus márgenes de explotación.
- Una de las principales omisiones en la RA 104/2012 de 28 de septiembre de 2012 de la AEMP fue el no tomar en cuenta la forma de operar de nuestra política comercial, donde se menciona claramente que usamos canales intermedios de distribución para llegar al consumidor final. Estos canales pueden ser supermercados, distribuidores, mayoristas y otros, donde NINGUNO de ellos es un consumidor final, por el que el análisis de cualquier práctica anticompetitiva asociada a ellos escapa no solo del AMBITO SINO DEL OBJETIVO del D.S. 29519, destacando que claramente NINGUNO de los canales de distribución puede ser caracterizado como consumidor final en el marco de lo definido por el DS29519.
- Por otro lado, estos canales de distribución, presentan estructuras de costos, almacenamiento y distribución que hacen que sean TOTALMENTE DISTINTOS ENTRE ELLOS.
- Si bien se cobra un precio distinto a cada canal, esto se debe a que el objetivo de dicha política ES LLEGAR AL CONSUMIDOR CON UN PRECIO SIMILAR SIN IMPORTAR EL

LUGAR DONDE ADQUIERA EL PRODUCTO, por lo que esta práctica en si es una medida PROCOMPETITIVA que representa una mejora desde el punto de vista de bienestar económico y eficiencia asignativa.

- *Todas las empresas comercializadoras de productos de consumo masivo del país, y por qué no decir del mundo, realizan esta discriminación positiva con el fin de beneficiar al consumidor final.*

En cuanto a la cuota de mercado, los análisis de participación, test SSNIP y HH, la AEMP omitió tomar en cuenta información fundamental en torno a la realidad del mercado tanto en UHT como en LEP.

- *No se toma en cuenta que la gran disponibilidad de leche cruda se debe a que por una imposición legal, los estatutos de PIL ANDINA S.A. obligan a la empresa a recoger la leche del mercado, sea Ésta de sus productores accionistas o no. Este aspecto marca diferencia, ya que el resto de las empresas del sector, optan por importar LEP para reconstituirla en leche fluida, o recolectar dependiendo de cual alternativa es la más barata, de la misma manera, dichas empresas no recogen leche cruda cuando no lo necesitan.*

La LEP posee una gran cantidad de variedades destinadas a usos muy distintos dadas sus características, por lo que no podemos hablar de un producto homogéneo. Mientras que los consumidores finales en el país reciben leche entera instantánea, los consumidores intermedios en el país (instituciones) y afuera (exportaciones) reciben LEP de otras características.

- *En el mercado local sí existe competencia de productos importados de mercados que pueden ser más competitivos que el nuestro, como ser el argentino y el uruguayo, por lo que el MERCADO RELEVANTE ES SUBSTANCIALMENTE MENOR TENIENDO PIL ANDINA S.A. UNA CUOTA DE MERCADO RADICALMENTE INFERIOR.*
- *La elevada cuota dentro del mercado interno se debe a que el precio del producto comercializado (LEP) por PIL ANDINA S.A. tiene precios menores a los importados, situación que se traduce en una ganancia de bienestar al consumidor, esto a pesar de que el precio de nuestra leche cruda (en Bolivia) es uno de los más altos.*
- *Cualquier precio de la LEP vendida por PIL ANDINA S.A. por encima del precio de los productos importados se traduciría inmediatamente en una gran reducción de la cuota de mercado, aspecto por el cual se puede concluir que NO SE TIENE PODER DE MERCADO.*
- *NO EXISTEN BARRERAS A LA ENTRADA NI EN UHT NI EN LEP, a tal punto desde el año 1998 donde PIL introdujo la leche UHT, todos los competidores la comercializan; tampoco existen barreras arancelarias, ni paraarancelarias para la importación de LEP por lo que el mercado es DESAFIABLE limitando en gran medida el posible poder de mercado por parte de PIL ANDINA S.A.*

Todo lo anterior se traduce en que por el lado del poder de mercado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1) En el periodo anterior a enero de 2011, respecto a la leche UHT, ante la rigidez del precio de la principal materia prima (la leche cruda), y en virtud que los cambios en el precio al consumidor final habrían sido explicados por variaciones en el precio de la leche cruda, la posibilidad de ejercer poder de mercado se reduce en gran medida. De la misma manera la inexistencia de barreras a la entrada relevantes, se traduce en la imposibilidad de realizar prácticas de abuso de posición de dominio.

2) En cuanto a la LEP al tratarse de un producto muy sensible a incrementos en su precio (precios mayores al precio de productos importados), NO SE TIENE PODER DE MERCADO.

3) En el periodo de enero 2011 en adelante, por definición no se tiene ni se podía tener poder de mercado porque los precios son regulados tanto en lo que concierne al consumidor final como los relativos a la materia prima. Usando todos estos argumentos en cuanto a las posibles prácticas anticompetitivas cometidas por PIL ANDINA S.A., se puede concluir lo siguiente:

1) POTENCIAL PRÁCTICA DE DISCRIMINACIÓN DEL PRECIO DE LA LEP ENTRE CONSUMIDORES NACIONALES Y EXTRANJEROS.

El mercado relevante es mucho mayor, y nuestra cuota de mercado es baja. Nuestro negocio de exportación no es un fin en si mismo es resultado de los excedentes de la leche cruda acopiada a 10 mil productores que no puede ser absorbida por el mercado interno.

- No tenemos poder de mercado, por lo que en función a lo establecido en el numeral primero del artículo 11 de la Resolución Ministerial 190/2008 del MPyEP que Reglamenta al DS29519, no se nos puede acusar de posibles prácticas anticompetitivas.
- El consumidor nacional es final, el extranjero es INTERMEDIO, es más parte de la LECHE EN POLVO es exportada para un proceso de "maquila" para importar leche evaporada con la marca PIL, en tal sentido ni son agentes económicos similares ni son consumidores finales, ni son productos semejantes. Por lo que la posible práctica escapa al OBJETIVO del D.S. 29519 que se focaliza en CONSUMIDORES FINALES.
- No se tiene homogeneidad de productos puesto que en el mercado interno se vende al consumidor final LECHE EN POLVO entera instantánea, mientras que se exporta leche para consumo intermedio con diversas características como ser la MH, HH, por lo que se escapa al ámbito de la posible práctica anticompetitiva establecida en el numeral 10 del artículo 11 del DS29519
- La leche exportada posee tiempo de vida útil residual menor a la comercializada en el mercado interno, aspecto que ratifica la diferenciación entre productos comercializados en el mercado interno y externo.
- La calidad de la materia prima boliviana no nos permite elaborar productos que sean comparables con los segmentos Premium y medio del Mercado Internacional y de momento tenemos que compararnos siempre con los competidores internacionales que ubican sus precios en el primer tercil. Es decir con aquellos de más baja calidad.

- Nuestra tecnología de envasado para productos de exportación no nos permite eliminar el oxígeno residual en nuestros productos en márgenes inferiores al 0,5% por lo que nuestra producción en LECHE EN POLVO no puede tener una vida útil en promedio superior a los 12 meses, mientras que en el mercado internacional puede existir productos que llegan hasta 36 meses de vida útil en envases finales. Esto nos obliga a colocar nuestros excedentes del mercado internacional en un plazo máximo de 5 meses para que el producto pueda llegar a destino como máximo con un 50% de vida útil residual. Por encima de esta vida útil, nos vemos forzados a conceder descuentos adicionales.
- Tipo de envase: En el mercado interno se comercializa en latas y trilaminado, en el externo a granel en envases de papel kraft con bolsa polietileno interna.
- Desde el punto de vista impositivo el precio de exportación refleja la exoneración de impuestos, por lo que POR DEFINICIÓN el precio del producto exportado es menor que el comercializado en el mercado interno, incluso si hablamos de productos homogéneos que no es el caso.

Al ser el comprador en el exterior, un consumidor intermedio, y el mismo tiene costos de logísticos comercialización e industrialización, y plusvalía que debe agregar al consumidor, por lo que el precio es distinto.

2) MUESTRAN QUE COBRAMOS PRECIOS DISTINTOS POR TIPO DE AGENTE ECONÓMICO. ESTE HECHO DEPENDE DE QUE A) LOS CITADOS AGENTES SEAN CONSUMIDORES FINALES, B) SE TRATEN DE AGENTES SITUADOS EN IGUALDAD DE CONDICIONES.

- Ninguno de los dos argumentos son sostenibles porque ninguno de los agentes tipificados es un consumidor final, sino con consumidores intermedios, donde PIL ANDINA S.A., para canalizar al consumidor final, utiliza a estos "consumidores intermedios" con el objetivo de que el consumidor final reciba un precio similar, por lo que "la supuesta discriminación": en realidad es una medida PROCOMPETITIVA que consigue que los consumidores finales no sean discriminados sin importar el canal donde obtengan el producto en el sentido de que reciben un precio SIMILAR sin importar donde adquieran el bien, reduciendo sus costos de transacción, menú y otros aspectos que maximizan su bienestar económico total. En este sentido esta posible práctica no puede ser tipificada como tal porque no corresponde al ámbito de aplicación ni al objetivo del D.S. 29519
- Comparando con legislaciones nacionales e internacionales, ninguno de los supuestos grupos discriminados es un consumidor final.
- Es más realizando una comparación entre sus actividades, inversiones y otros, se encuentra que NO SON AGENTES ECONOMICOS SITUADOS EN IGUALDAD DE CONDICIONES, por lo que esta posible práctica no puede tipificarse en el marco del numeral 10 del artículo 11 del DS29519.

Por todo lo expuesto de su autoridad, pedimos:

a) Se tenga por sustituido el escrito presentado en fecha 26 de octubre de 2012 con la suma "presenta descargos".

b) En virtud a la sustitución expresada en el punto anterior, se tenga por presentados los descargos y se consideren las alegaciones, documentos e informaciones.

c) Luego de los trámites de ley dicte Resolución Administrativa DESESTIMANDO cualquier sanción administrativa en contra de PIL ANDINA S.A., toda vez que no ha incurrido en ninguna contravención al numeral 10 del artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, en lo referido a la conducta anticompetitiva relativa de actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto haya sido desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas cuando se trate del establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

CONSIDERANDO: (Análisis Económico)

Que, de acuerdo al análisis técnico económico efectuado a los antecedentes y argumentos del Procedimiento Sancionador iniciado por la AEMP contra la empresa PIL ANDINA S.A., se emitió el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 002/2013 de 09 de enero de 2013, que establece lo siguiente:

Análisis Económico de los descargos de PIL ANDINA S.A.

3. LA SUPUESTA INEXISTENCIA DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS POR PARTE DE PIL ANDINA S.A.

Según el memorial de descargos presentado por PIL ANDINA S.A. existen cinco (5) puntos que deberían haberse considerado en la RA N° 104/2012, los cuales son:

- “1. Análisis macroeconómico del sector lácteo.
2. Evolución del precio de la materia prima y sus determinantes.
3. Evolución del precio al consumidor de la leche UHT y sus determinantes.
4. Estrategias de comercialización de los productos industrializados.
5. Temas varios”

Como paso previo al análisis de los descargos presentados por la empresa PIL ANDINA S.A., es preciso establecer de manera clara los cargos formulados por la AEMP en la RA N° 104/2012, ello para evitar realizar análisis sobre aspectos que si bien pueden ser complementarios, no sean relevantes ni representen un justificativo a la posible práctica anticompetitiva determinada en la mencionada Resolución.

3.1. Cargos formulados por la AEMP

Los cargos formulados por la AEMP en contra de la empresa PIL ANDINA S.A. se basaron en indicios de prácticas de *Discriminación de Precios*, realizadas por PIL ANDINA S.A. entre:

- Sus consumidores nacionales y extranjeros (Leche en Polvo-LEP)
- Sus consumidores nacionales (LEP y leche UHT)

Según el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519: “Se consideran conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea ó pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas”.

El numeral 10 del artículo 11 del Decreto supremo N° 29519 señala que se considera como práctica anticompetitiva: “El establecimiento de **distintos precios**, condiciones de venta o compra para **diferentes compradores** y/o **vendedores** situados en igualdad de condiciones”.

De acuerdo a PIL ANDINA S.A., la AEMP habría señalado que la comisión de “las prácticas de discriminación son a consumidores finales”¹. Al respecto es preciso aclarar que la AEMP en la RA N 104/2012, no basó su análisis en una discriminación a consumidores finales, por lo cual a continuación se procede a explicar dicha situación.

3.1.1. Respeto a los Consumidores intermedios y finales

De acuerdo al Manual de Prácticas Anticompetitivas (2010), “la sanción de las prácticas dirigidas a imponer condiciones discriminatorias sobre los diferentes **clientes o proveedores** de una empresa o de un grupo de ellas constituye uno de los elementos característicos de las principales legislaciones regulatorias de la competencia”².

Por lo tanto, la discriminación de precios enunciada en el artículo 11 numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519 (sobre la que la AEMP formuló los cargos en contra de PIL ANDINA S.A.) y analizada en el Manual de Prácticas Anticompetitivas, es una práctica que se presenta entre los **compradores** y/o **vendedores** (es decir clientes y/o proveedores); entendiéndose por **compradores o clientes** no solamente a los consumidores finales, sino también a los **consumidores intermedios** que son los agentes económicos que permiten que el producto llegue hasta los consumidores finales.

Es relevante analizar este punto, pues posee especial importancia a efectos de entender el funcionamiento del mercado de la Leche en Polvo y de la Leche UHT, toda vez que, los consumidores intermedios no demandan LEP ni leche UHT para consumirla ellos mismos, sino que los **consumidores intermedios** tienen como objetivo comercializar dicho producto a los consumidores finales, quienes sí utilizan estos bienes para su consumo.

Es decir, que los consumidores intermedios **sólo demandarán** LEP y leche UHT **en tanto lo hagan los consumidores finales**, de otro modo los primeros no tendrían a quién venderle los productos que compran.

Es preciso considerar que la discriminación de precios entre distintos clientes permite que empresas con poder de mercado “...eleven sus utilidades, sin razones legítimas que las justifiquen”³, en detrimento de la competencia y del bienestar de los consumidores.

¹ Memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, pag 3

² Manual de Prácticas Anticompetitivas, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, 2010 (pag. 30)

³ Manual de Prácticas Anticompetitivas, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, 2010 (pag. 30)

Establecidos los cargos formulados por la AEMP en la RA N° 104/2012, cuyo fondo es la infracción en la venta a precios diferenciados entre compradores, se procede a continuación a valorar los descargos presentados por la empresa PIL ANDINA S.A.

3.2. Análisis macroeconómico del sector

En lo que se refiere al análisis macroeconómico del sector lechero, PIL ANDINA S.A. presenta:

- Un cuadro titulado “*Tasa de crecimiento real de la economía, sectores relevantes, y del acopio de leche cruda*”.
- Un gráfico titulado “*Balance físico de la leche*”.

Tanto el cuadro que hace referencia al crecimiento del acopio de la leche cruda respecto a otros sectores (Agropecuaria, productos pecuarios, industria y alimentos), como el gráfico que muestra la evolución de los volúmenes de leche sin mantequilla que son producidos, importados, exportados y consumidos, permiten observar el crecimiento que se presentó en el sector lechero boliviano, pero **no representan un descargo** a la discriminación de precios identificada por la AEMP en la RA N° 104/2012, mediante la cual PIL ANDINA S.A. exporta LEP a precios menores a los precios en que vende dicho producto en el mercado interno, ni a la discriminación de precios que realiza entre los distintos clientes nacionales (ej. Instituciones, agencias, mayoristas, autoservicio, etc.).

3.3. Evolución del precio de la materia prima y sus determinantes.

En lo que se refiere a la evolución del precio de la materia prima y de sus determinantes, PIL ANDINA S.A. presenta:

- Un gráfico titulado “*precio promedio de leche cruda a nivel nacional*”.
- Un cuadro titulado “*comparación de precio al consumidor de ciertos productos lácteos, leche cruda, y leche cruda a paridad de poder de compra*”.
- Un gráfico titulado “*precio de la leche cruda en algunos países de la región*”.

3.3.1. Precio Promedio de leche cruda a nivel nacional.

El gráfico que muestra la evolución de precio promedio de la leche cruda a nivel nacional, permite observar los incrementos de precios que se presentaron de dicho insumo en el sector lechero boliviano, sin embargo **no justifican** la discriminación de precios identificada por la AEMP en la RA N° 104/2012, sobre todo si consideramos que **el precio de la leche cruda es único**, ya sea que esta leche cruda sea destinada a la elaboración de LEP que será comercializada en el mercado interno o que será destinada para la exportación.

No existe un precio diferenciado por leche cruda destinada a la elaboración de LEP que será comercializada en el mercado interno y otro precio (menor) por leche cruda que será destinada a la elaboración de LEP que será comercializada internacionalmente, por lo cual los precios de venta tanto nacional como internacionalmente **deberían ser los mismos**, es

más, los precios de exportación deberían superar los precios internos, toda vez que en estos productos se incurrió en costos adicionales como ser fletes, seguros, almacenamiento, etc.

Al margen de que el gráfico presentado por PIL ANDINA S.A. no justifica la discriminación de precios identificada por la AEMP, corresponde ahondar en el argumento vertido por PIL ANDINA S.A., el cual señala que desde enero del 2011 “...*el precio de la leche cruda es **tomado** por las empresas productivas, al mismo tiempo que el precio de los principales productos lácteos es fijado; implicando esta situación, que el sector pasa a ser regulado por el gobierno sin que exista la posibilidad de una competencia que equilibre las condiciones de mercado*”(las negrillas son nuestras).

3.3.1.1. De la supuesta toma de precios de la leche cruda

Cabe señalar que el precio de la leche cruda presenta un banda de precios a pagarse al productor de leche cruda por parte de la empresas industrializadoras de leche, es decir que “...*se constituye en un parámetro para el establecimiento del **precio justo** a ser pagado por las empresas de la industria láctea a los productores primarios por la compra de leche cruda...*”, además la banda de precios se estableció “...*de acuerdo a las **negociaciones** desarrolladas por el ministerio de Desarrollo Productivo y Economía plural, con las **empresas transformadoras** y representantes de los productores de Leche*”, por lo cual no es un precio impuesto que debe ser “tomado” por las empresas industrializadoras sino que fue determinado conjuntamente con dichas empresas.

La utilización de un rango de precios por parte de la empresa PIL ANDINA S.A. no es un procedimiento nuevo que debe ser “tomado” por la empresa, todo lo contrario, desde el **año 1996**, se establece en los Estatutos de la mencionada empresa que una Comisión Técnica Mixta integrada por representantes designados por el Directorio y por Productores lecheros de La Paz y Cochabamba, “...*elaborará una vez por año, un informe con la recomendación del **rango de precios** para la leche cruda puesta en centros de acopio...*” (las negrillas son nuestras).

La única diferencia entre la banda de precios establecida en la Resolución Bi-ministerial N° 005.2012 y la establecida por PIL ANDINA S.A. anteriormente, es que para la determinación de esta banda participaron en las **negociaciones** servidores del Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras y del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural (al igual que la banda de precios para cuatro productos lácteos).

Cuadro N° 1
Banda de precios de leche cruda 2012 (en bolivianos)

Precio Mínimo	2,80
Precio Máximo	3,22

Fuente: Resolución Bi-Ministerial N° 005.2012 de 28 de mayo del 2012

Como se puede observar en el cuadro N° 1, la banda de precios (de 42 centavos) en el cual se pueden mover las empresas industrializadoras de leche para la compra de leche cruda, permitirá a las empresas industrializadoras el pago a los productores de leche cruda con un precio justo, sin que exista un posible abuso por parte de empresas con poder de mercado.

La banda de precios de la leche cruda negociada entre productores, transformadoras y ministerios, evita posibles abusos que una empresa monopsónica⁴ pudiese realizar en contra de los productores de leche cruda que derivarían en menores precios pagaderos para los productores. Una empresa monopsónica podría realizar este abuso debido a la falta de alternativas que tienen los productores para acomodar su producto a un precio competitivo.

Este riesgo se vuelve real en el caso de PIL ANDINA S.A. si es que se considera que dentro de los Estatutos de dicha empresa, se establece que “...los Productores lecheros accionistas de PIL ANDINA S.A. están en la **obligación** de proveer leche cruda fluida a requerimiento de las plantas de Cochabamba o La Paz”⁵, (las negrillas son nuestras) es decir que los accionistas podrían convertirse en “tomadores” de precios (fijados por PIL ANDINA S.A.) al verse **obligados** a proveer de leche a dicha empresa generándose una posible figura monopsónica que vaya en detrimento de los productores.

La obligatoriedad por parte de los productores accionistas de entregar su producción de leche cruda se vuelve un aspecto crítico si consideramos que “...los productores asociados aportan con más del 70% de la leche cruda a PIL”⁶, es decir que un **70% de los productores que entregan leche cruda a PIL ANDINA S.A. están obligados a hacerlo**, situación que podría representar un cierre al mercado de insumos para la competencia.

*Es por ello que no es de extrañarse que la doctrina relacionada con prácticas monopsónicas señale que: “...durante años han existido quejas de pequeños granjeros y rancheros de que ellos son víctimas de poder monopsónico. En efecto, pequeños vendedores que enfrentan un solo comprador o un limitado número de compradores poseen poco poder de negociación. Por ejemplo, en un estudio sobre el mercado de pez gato, se encontró que 225 granjeros en Alabama del oeste que vendían a un solo comprador recibían 13.6% menos que el promedio nacional”.*⁷

En consecuencia no puede hablarse de que PIL ANDINA S.A. “toma” el precio fijado por el Gobierno, sino que es un precio justo determinado en base a negociaciones de los distintos actores interesados.

3.3.2. Comparación de precio al *consumidor* de ciertos productos lácteos, y leche cruda a paridad de poder de compra

El cuadro presentado por PIL ANDINA S.A. que compara el precio al *consumidor* de ciertos productos lácteos y el precio de la leche cruda a paridad de poder de compra, permite observar los precios de distintos productos lácteos (leche Natural, yogurt bebible y mantequilla) y de la leche cruda en distintos países, sin embargo esta comparación de

⁴ El monoposonio se presenta cuando una empresa es la única compradora de un insumo o producto. The Blackwell Encyclopedia of Management Managerial Economics, Robert E. McAuliffe, 2005 (pag. 166)

⁵ Testimonio 90/1996, artículo 73

⁶ Memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, pag. 15

⁷ Traducción del texto original: *For years, there have been complaints by small farmers and ranchers that they are the victims of monopsony power. In effect, small sellers facing a single buyer or a limited number of buyers have little bargaining power. For example, in one study of the catfish market, it was found that 225 farmers in Western Alabama were selling to a single buyer and were receiving 13.6% less than the national average.* Monopsony in Law and Economics, R.D. Blair & J. L. Harrison, 2010 (pag. 11)

precios resulta irrelevante y **no justifica** la discriminación de precios identificada por la AEMP en la RA N° 104/2012, toda vez que la discriminación de precios analizada por la AEMP a nivel internacional es **respecto a la leche en polvo**, producto que no es analizado ni referido por PIL ANDINA S.A..

3.3.3. Precio de la leche cruda en algunos países de la región

El gráfico presentado por PIL ANDINA S.A. que muestra la evolución de los precios de venta de la leche cruda en distintos países sudamericanos, permite observar la estabilidad de precios de leche cruda que se da en Bolivia respecto a otros países, sin embargo esta comparación de precios **no justifica** la discriminación de precios identificada por la AEMP en la RA N° 104/2012, pues como se vio previamente (ver punto 3.3.1.), **el precio de la leche cruda es único en el mercado boliviano**, ya sea que esta leche cruda sea destinada a la elaboración de LEP que será comercializada en el mercado interno o que será destinada para la exportación.

Finalmente, respecto a la leche cruda, PIL ANDINA S.A. concluye que tendría:

- “1. Indicios que los productores asociados podrían ejercer presiones sistemáticas para incrementar el precio, con la posible existencia de abuso de posición de dominio a través de una figura cercana al monopsonio.*
- 2. Precios de la materia prima en Bolivia más altos que el promedio a nivel regional en nuestro continente.*
- 3. Precios al consumidor que están entre los más bajos por litro de leche procesado.*
- 4. Empresas lácteas somos tomadoras de precio en cuanto a la leche cruda y la leche industrializada se refiere.*
- 5. Que desde la promulgación de Ley PROLECHE, el sector lácteo es un sector regulado, por lo que escapa al ámbito del DS 29519.*
- 6. La inflexibilidad en los precios se traduce en una menor competitividad de nuestros productos industrializados con relación a los de la competencia en el resto del país.”*

Al respecto, cabe señalar que ninguna de las conclusiones de PIL ANDINA S.A. justifican de alguna manera la discriminación de precios analizada por la AEMP en la RA N° 104/2012, debido a que:

1. Además de que hace referencia a precios de leche cruda que no guarda relación con la discriminación de los precios de la LEP o a la leche UHT identificada por la AEMP, utiliza erróneamente el término de monopsonio, ya que **un vendedor no puede ser monopsonista**, únicamente un comprador puede serlo.
2. Hacen referencia a precios de leche cruda y no guarda relación con la discriminación de los precios de la LEP o a la leche UHT identificada por la AEMP.
3. Hacen referencia a los precios de la leche UHT a nivel internacional, pero no a la discriminación de precios de la LEP para el mercado interno y para la exportación identificada por la AEMP.
4. PIL ANDINA S.A. no es tomadora de precios de la leche cruda (ver punto 3.3.1.1.), y aunque así fuera, ello no explica la discriminación de precios identificada por la AEMP.
5. No es un aspecto de contenido económico y será analizado por el área legal.

6. Al margen de que la supuesta menor competitividad para PIL ANDINA S.A. respecto a la competencia no es factible, puesto que la estabilidad de precios se presenta para todas las empresas industrializadoras de leche, por lo cual todas se encuentran en condiciones homogéneas; este punto no guarda relación con la discriminación de precios identificada por la AEMP.

3.4. Evolución del precio al *consumidor* de la leche UHT y sus determinantes.

En lo que se refiere a la evolución del precio al *consumidor* de la leche UHT y sus determinantes, PIL ANDINA S.A. presenta:

- Un gráfico titulado “*evolución del precio de la leche UHT, LEP, Cruda*”.
- Dos cuadros estadísticos, el primero relativo al *test de causalidad de Pairwise Granger* y el segundo a *Mínimos Cuadrados*.

3.4.1. evolución del precio de la leche UHT, LEP y leche Cruda

En lo que se refiere al gráfico que muestra la evolución del precio de la leche UHT, LEP y leche Cruda, PIL ANDINA S.A. señala que: “*existe una clara relación entre el precio de la leche cruda (insumo principal) y el precio al consumidor tanto en la leche UHT como en la LEP*”; esta relación permitiría inferir que incrementos en los precios de venta de la materia prima generarían incrementos de precios de venta de la Leche UHT y LEP.

El hecho que exista una correlación entre el precio de la leche cruda con la LEP y la leche UHT, este es un aspecto que no explica la discriminación de precios identificada por la AEMP en la RA N° 104/2012, puesto que el incremento de precios de la leche cruda **no es una variable que de manera causal genere** el que se venda **un mismo producto (LEP) a precios discriminados** entre el mercado interno y en el mercado internacional, o que se venda un mismo producto a distintos agentes económicos que compiten en el mercado interno en igualdad de condiciones un mismo producto a precios discriminados.

Posteriormente PIL ANDINA S.A. señala que: “*Desde el momento que se impone la regulación normada por el gobierno nacional (ene-2011), a través del acta y la posterior Ley PROLECHE, el precio de la leche UHT permanece invariable, y el precio de la LEP aumenta. Este aumento fue autorizado por el Gobierno con el fin de compensar la fijación del precio de la leche UHT y el incremento del precio pagado a los productores de leche cruda*”.

De una lectura tanto del **Acta de Acuerdo** de fecha 8 de febrero aportada por PIL ANDINA S.A. en su Anexo 2 de memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, como de la Ley 204 de **Creación del Fondo de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo (PROLECHE)**, se pudo determinar que **no existió una imposición** por parte del gobierno nacional, sino que se **acordó** entre productores de leche, industrializadores y el gobierno el mantener el precio “...de leche fresca y leche natural, yogumon, chicolac y pilfrut...”, pero no se señala o se “autoriza” un incremento de la LEP.

Aunque se presentase en el acuerdo y en la Ley N° 204 una “autorización” para incrementar los precios de la LEP como lo señala PIL ANDINA S.A. (hecho que no se presenta), este aspecto no representa un justificativo a la discriminación de precios identificada por la AEMP,

puesto que la capacidad que pudiese tener PIL ANDINA S.A. para incrementar el precio de la LEP debería ejecutarse de manera idéntica entre aquella comercializada en el mercado interno, como aquella comercializada en el mercado internacional.

3.4.2. Cuadros estadísticos

PIL ANDINA S.A. señala que: “En el periodo que no se regulaba el precio de la leche 2009-ene/2011, tal cual se evidencia en el siguiente test de hipótesis de causalidad en el sentido de Granger, las variaciones en el precio al consumidor podrían ser causadas por variaciones en el precio al productor”.

PIL ANDINA S.A. no realiza una explicación del porque los resultados del test de Granger permiten interpretar que “las variaciones en el precio del consumidor podrían ser causadas por las variaciones en el precio al producto”, por lo cual corresponde analizar detalladamente los resultados presentados por la empresa PIL ANDINA S.A. y determinar la veracidad de su afirmación.

PairwiseGrangerCausalityTests
Date: 10/26/12 Time: 07:55
Sample: 2006M01 2010M12
Lags: 2

NullHypothesis:	Obs	F-Statistic	Probability
LEP does not Granger Cause LC	58	1.48833	0.23503
LC does not Granger Cause LEP		0.53147	0.59084
UHT does not Granger Cause LC	58	0.12553	0.88229
LC does not Granger Cause UHT		7.10851	0.00184
UHT does not Granger Cause LEP	58	0.22528	0.79905
LEP does not Granger Cause UHT		4.55027	0.01501

Fuente: PIL ANDINA S.A., memorial de fecha 5 de noviembre del 2012

La causalidad en el sentido de Granger es utilizada para pronosticar una variable. Si la probabilidad asociada (Probability) a cada prueba es mayor a 0.05 (utilizando un nivel de significancia de 5%), entonces se aceptaría la hipótesis nula (la variable independiente no causa a la variable dependiente).

Por ejemplo, de las seis pruebas de causalidad del Cuadro presentado por la empresa PIL ANDINA S.A., la primera tiene como hipótesis nula que la Leche en Polvo (LEP) no causa en el sentido de Granger a la Leche Cruda (LC). Como la probabilidad asociada es de 0.23503 (mayor a 0.05), entonces se puede aceptar la hipótesis nula y afirmar que la LEP no causa a la LC, esto es, que las variaciones en la LEP no anteceden a las variaciones en la LC. El resultado es similar en la segunda prueba, donde se plantea como hipótesis nula que la LC

no causa en el sentido de Granger a la LEP. Como la probabilidad asociada en este caso es de 0.59084 (mayor a 0.05), entonces se acepta la hipótesis nula. De esta manera, la causalidad estricta no corre en ninguno de los casos. Es decir que **no existe causalidad** entre Leche Cruda ni Leche en Polvo.

La tercera prueba de causalidad tiene como hipótesis nula que la Leche UHT (LUHT) no causa en el sentido de Granger a la Leche Cruda (LC). Como la probabilidad asociada es de 0.88229 (mayor a 0.05), entonces se puede aceptar la hipótesis nula y afirmar que la LUHT no causa a la LC, esto es, que las variaciones en la LUHT no anteceden a las variaciones en la LC. El resultado es **contrario** en la cuarta prueba, donde se plantea como hipótesis nula que la LC no causa en el sentido de Granger a la LUHT. Como la probabilidad asociada en este caso es de 0.000184 (menor a 0.05), entonces se rechaza la hipótesis nula. De esta manera, la causalidad estricta corre en un solo sentido, las variaciones en la LC causan variaciones en la LUHT. Es decir que existe una causalidad entre la Leche cruda y la Leche UHT.

La quinta y sexta prueba de causalidad presenta resultados similares a los anteriores, lo que nos llevaría a determinar en última instancia que existe una causalidad entre la Leche en Polvo y la Leche UHT.

En resumen del cuadro anterior se pudo determinar qué:

- No existe causalidad entre la Leche Cruda y Leche en Polvo.
- Existe una causalidad entre la Leche Cruda y la Leche UHT.
- Existe una Causalidad entre la Leche en Polvo y la Leche UHT.

Por lo tanto se estableció que:

- Las variaciones en el precio al comprador de la Leche en Polvo **no podrían ser causadas** por variaciones en el precio al productor (no existe causalidad entre Leche Cruda y Leche en Polvo) como lo aseveró PIL ANDINA S.A.
- Las variaciones en el precio al comprador de la Leche UHT podrían ser causadas por variaciones en el precio al productor (existe una causalidad entre la Leche Cruda y la Leche UHT) como lo aseveró PIL ANDINA S.A.
- Las variaciones en el precio al comprador de la leche UHT podrían ser causadas por variaciones en el precio del industrializador (existe una causalidad entre Leche en Polvo y Leche UHT), aspecto que no fue analizado por PIL ANDINA S.A. y que determina otra fuente de variación del precio de la leche UHT.

El análisis de los resultados presentados por PIL ANDINA S.A. en lo referente a la causalidad entre Leche Cruda, Leche en Polvo y Leche UHT, permite determinar que estos no son coherentes con las afirmaciones realizadas por dicha empresa en memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, ya que tanto la LC (productor) como la LEP (industrializador)

generan causalidad sobre la leche UHT (industrializador), mientras que la LC no genera causalidad sobre la LEP. Obviando estas falencias y asumiendo que existiese una causalidad de la Leche Cruda sobre la Leche en Polvo y sobre la leche UHT, esta causalidad no justifica la discriminación de precios determinada por la AEMP respecto a los precios de venta de la Leche en Polvo en el mercado interno y los precios de exportación de la Leche en Polvo.

En ese sentido, el que exista (como lo señala PIL ANDINA S.A.) “...una relación estable en el mediano y largo plazo entre el precio de la leche UHT que depende la leche cruda”, tampoco justifica la discriminación de precios determinada por la AEMP puesto que la dependencia o no de la leche UHT respecto a la Leche Cruda no genera que se venda la primera a precios discriminados entre distintos agentes económicos (consumidores intermedios).

3.5. Estrategias de comercialización de los productos industrializados.

3.5.1. La supuesta no valoración por parte de la AEMP de la política de comercialización de PIL ANDINA S.A.

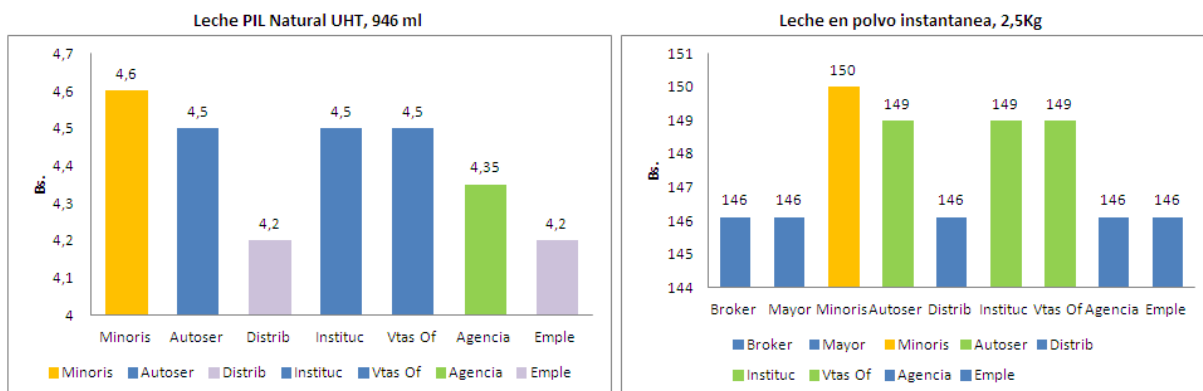
La empresa PIL ANDINA S.A. señala que: “... a pesar de que PIL explicó su política comercial a través del Anexo 3 entregado en fecha 7 de enero de 2012 solicitado a través de RA/AEMP/DTDCDN/N 120/2011, la AEMP no contempló la misma al momento de analizar la forma en que los productos elaborados llegan al consumidor”.

Al respecto cabe señalar que la AEMP valoró la política de comercialización explicada por PIL ANDINA S.A., es por ello que logró identificar la discriminación de precios que realiza dicha empresa entre los distintos compradores (canales de distribución) en la RA N° 104/2012, sin embargo en dicha valoración no se encontraron causas que desvirtúen la discriminación de precios.

PIL ANDINA S.A. en el Anexo 3 mencionado anteriormente señaló que: “PIL ANDINA S.A. establece un precio al consumidor final basando su oferta en otorgar a los canales de distribución un margen razonable que sostenga las inversiones realizadas en infraestructura y costos de operación. **Estos márgenes difieren por canal, línea de productos y condición de pago, los mismos pueden ser determinados en base a la lista de precios que se adjunta en informe (ver lista de precios)**”.

Del análisis que realizó la AEMP sobre la *Lista de Precios* que genera que los márgenes por canal de distribución difieran, **se puso en evidencia la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A.** con una serie de agentes económicos que se encuentran en **igualdad de condiciones comprando** producto a la mencionada empresa industrializadora para su reventa. Este análisis fue presentado en la RA N° 104/2012 y se lo plasma nuevamente a continuación.

Gráfico N° 1 Gráficos comparativos de precios de venta a distintos agentes, expresado en bolivianos (6/04/2011)



Fuente: Elaboración propia en base a datos PIL ANDINA S.A.

Por lo tanto resulta infundado el argumento de PIL ANDINA S.A. según el cual la AEMP no habría valorado la política de comercialización de dicha empresa y por el contrario se hace evidente la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. para con agentes económicos que compran leche UHT y Leche en polvo.

Como lo señaló la AEMP en la RA N° 104/2012: **“La discriminación de precios es la práctica de cobrar precios menores a clientes grandes o más poderosos, que a los clientes pequeños o más débiles.”**⁸ Este tipo de práctica, puede considerarse un método injusto de comercio, incompatible con un mercado abierto y competitivo⁹.

La AEMP también señaló que: **“La normativa de defensa de la competencia, busca evitar que por medio de la discriminación de precios se afecte la competencia, por ejemplo, que se saquen del mercado a pequeñas tiendas a quienes se les cobra precios elevados, favoreciendo a las grandes cadenas de supermercados¹⁰, a quienes se les cobra precios menores”**.

3.5.2. Los agentes económicos intermedios analizados por la AEMP

De acuerdo a lo expresado por PIL ANDINA S.A. en memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, **“...los agentes intermediarios que permiten que el producto final llegue al consumidor son consumidores intermedios y no finales, por lo que el análisis de los mismos en el marco del DS29519 escapa tanto como a su objetivo como a su ámbito”**.

⁸ U.S. Antitrust Law and Enforcement A Practice Introduction, Douglas Broder, 2010 (pag. 7)

⁹ U.S. Antitrust Law and Enforcement A Practice Introduction, Douglas Broder, 2010 (pag. 2)

¹⁰ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 1, pag. 5)

Como se pudo observar en el punto 3.1.1. del presente documento la discriminación de precios enunciada en el artículo 11 numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519 es una práctica que se presenta entre los **compradores** y/o **vendedores**; entendiéndose por **compradores o clientes** no solamente a los consumidores finales, sino también a los **consumidores intermedios** que son los agentes económicos que permiten que el producto llegue hasta los consumidores finales.

Por lo tanto el análisis de los precios de los productos comercializados con los agentes económicos intermedios (compradores), no escapa al objetivo ni al ámbito de las investigaciones realizadas por la AEMP en el mercado del Decreto Supremo N° 29519.

Comprender que los consumidores intermedios **sólo demandarán** productos **en tanto lo hagan los consumidores finales**, ya que de otro modo los primeros no tendrían a quién venderle los productos que compran, esta situación permite comprender el por qué el Decreto Supremo N° 29519, habla de **compradores** de manera general y no lo reduce únicamente a consumidores finales.

El hecho que PIL ANDINA S.A. como empresa con **poder de mercado** discrimine precios entre los compradores de productos, le permite a dicha empresa maximizar sus beneficios utilizando sin tener que incrementar sus costos.

3.5.2.1. Canales de distribución utilizados por PIL ANDINA S.A.

PIL ANDINA S.A. identifica los distintos canales de distribución utilizados por dicha empresa para comercializar sus productos y realiza una descripción de los mismos, según:

- Circuitos verticales u horizontales.
- Política de distribución.
- Características de los canales más utilizados.

La descripción realizada por parte de PIL ANDINA S.A. respecto a los canales de comercialización de productos utilizados por dicha empresa, indica los clientes a los que el agente económico intermediario revenderá sus productos (tiendas minoristas o consumidores finales), el tipo de infraestructura con la que deberán contar (ej. Almacenes, refrigeración), y otras características (ej. Capacidad de endeudamiento, capital de operaciones).

Posteriormente PIL ANDINA S.A. concluye que *“los canales de distribución son CONSUMIDORES INTERMEDIOS que utilizan los bienes vendidos por parte de PIL para llegar al consumidor ya sea de manera directa o a través de otros intermediarios”*. El que PIL ANDINA S.A. resalte en letras capitales que los canales de distribución son *consumidores intermedios*, no tiene otro fin que el intentar reforzar un argumento previamente utilizado por dicha empresa según el cual los consumidores intermedios “escapan” al objetivo y ámbito del Decreto Supremo N° 29519, aspecto que ya se desvirtuó en el punto 3.5.2.

Seguidamente al argumento anterior PIL ANDINA S.A., hace referencia a la discriminación de precios que realiza entre los distintos canales de distribución con los que trabaja, señalando que: “...**cobran precios distintos a estos canales con el fin de llegar al consumidor final con un precio similar sin que exista la posibilidad de arbitraje. La existencia de precios distintos se debe a que cada canal tiene características distintas, costos e inversiones distintas, en tal sentido esta diferenciación genera eficiencia económica siendo la misma una medida pro competitiva que busca que el consumidor reciba los mejores precios posibles sin importar el lugar donde lo compre**”. Previamente al análisis de este argumento corresponde presentar la definición del término *arbitraje*.

3.5.2.1.1. Arbitraje

De acuerdo al tratadista Robert E. McAuliffe (2005) “*arbitraje es el proceso de comprar bienes o activos en un mercado donde el precio es menor y venderlo en mercados donde el precio es mayor para lograr ganancias sin riesgo. Para poder practicar de manera exitosa la discriminación de precios las empresas deben prevenir que ocurra el arbitraje entre los mercados en los cuales estas venden el producto a precios diferentes*”¹¹.

Es decir que una empresa que desea practicar exitosamente una discriminación de precios, evitará o impedirá la posibilidad de que se lleve a cabo el *arbitraje* y que compradores puedan revender los bienes entre sí o que lo hagan en distintos territorios. Por ejemplo una empresa con poder de mercado no sería capaz de apropiarse del *excedente del consumidor*¹² si el Sr. A (a quien se le vende un producto a un precio más bajo que al Sr. B) pudiese comprar no solamente el bien para sí, sino que también pudiese comprarlo para revenderlo al Sr. B.¹³, por lo cual la empresa con poder de mercado buscaría eliminar el arbitraje y así poder apropiarse del excedente del consumidor.

De acuerdo a Massimo Motta (2003) una empresa que desea evitar el arbitraje, podría crear obstáculos como el requerir a un distribuidor exclusivo **no vender el producto más allá de un territorio en particular ni a distribuidores no autorizados**¹⁴. Los obstáculos generados por una empresa que logra evitar el arbitraje, **denotarían la intencionalidad** por parte de esta empresa de llevar a cabo una práctica de discriminación de precios.

La generación de obstáculos que impiden el arbitraje resulta relevante toda vez que PIL ANDINA S.A. incorpora en sus contratos de distribución cláusulas que generan obstáculos al arbitraje. Entre los obstáculos identificados en los mencionados contratos tenemos el Artículo Cuarto (bases y condiciones), Distribución-Zonificación, el cual señala: “*el DISTRIBUIDOR está en la **obligación** de abastecer de productos a todos los PDV, tiendas de barrio, instituciones públicas y/o privadas, etc. que se encuentren dentro de los límites de la zona*

¹¹ Traducción del texto original: *Arbitrage is the process of buying goods or assets in one market where the price is lower and selling them in markets where the price is higher for riskless profits. To successfully practice price discrimination firms must prevent arbitrage from occurring between the markets in which they sell the product at different prices.* The Blackwell Encyclopedia of Management Managerial Economics, Robert E. McAuliffe, 2005 (pag.9)

¹² La diferencia entre el precio máximo que un consumidor esta dispuesto a pagar para comprar un product (tambien conocido como precio de reserve) y el precio que realmente paga es conocido como and the price actually paid is called the consumer's surplus.

¹³ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 7, pag. 77)

¹⁴ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 7, pag. 78)

asignada, sin realizar incursión a otras zonas, caso contrario se realizará la suspensión definitiva de “EL DISTRIBUIDOR”.

De una lectura del párrafo se evidencia que PIL ANDINA S.A. ha creado obstáculos para que se lleve a cabo el arbitraje al **prohibir de manera expresa la venta más allá de un territorio determinado**, aspecto que de incumplirse conlleva **la suspensión definitiva** del distribuidor. El obstáculo al arbitraje generado por PIL ANDINA S.A. cumplirá su objetivo, considerando que un distribuidor cuyo giro de su negocio es la comercialización de productos lácteos de la empresa PIL ANDINA S.A., estará muy motivado a cumplir con la cláusula de prohibición territorial, para no ser suspendido y ser desplazado del mercado.

Por lo tanto el hecho de que PIL ANDINA S.A. haya **creado obstáculos que evitan el arbitraje** denota la intencionalidad de dicha empresa de realizar una **práctica de discriminación de precios**, situación que es ratificada por el propio argumento de la empresa PIL ANDINA S.A. que analizamos a continuación.

3.5.2.1.2. Discriminación de precios buscando un precio similar de venta

Según PIL ANDINA S.A. se *“...cobran precios distintos a estos canales con el fin de llegar al consumidor final con un precio similar sin que exista la posibilidad de arbitraje”*. En este argumento PIL ANDINA S.A. **acepta que realiza la discriminación de precios** entre los distintos canales de distribución que compran sus productos para la reventa y acepta que **evita que se pueda llevar a cabo arbitraje**, bajo el justificativo de que ello permitirá llegar al consumidor final con un precio similar.

El argumento presentado por PIL ANDINA S.A. no representa un descargo a la discriminación de precios identificada por la AEMP, sino que por el contrario representa una **plena aceptación** de la discriminación de precios llevada a cabo entre los distintos compradores, **reforzada** por la imposibilidad de arbitraje (debido a los obstáculos generados por PIL ANDINA S.A.).

El objetivo señalado por PIL ANDINA S.A. de que una discriminación de precios sin la posibilidad de arbitraje permite llegar al consumidor final con productos a **un precio similar**, es indicio de una posible eliminación de competencia interna en el mercado de distribución (vía precios de venta menores) debido a una práctica anticompetitiva de fijación de precios y **no puede ser** considerado desde ningún punto de vista un descargo para que se lleve a cabo una práctica de discriminación de precios.

Este indicio se ve reforzado por el hecho de que PIL ANDINA S.A. en sus contratos con distribuidores estipula que: *““EL DISTRIBUIDOR” hasta llegar al punto de venta tiene un precio referencial de venta de los productos, fijado por PIL ANDINA S.A., con el objetivo de evitar el manejo de sub-precios o sobre precios”*.

En un mercado competitivo, los distribuidores tratarían de incrementar su participación en el mercado (es decir incrementar su volumen de ventas), ofertando productos a **precios menores** a los de su competencia que atrajesen a los clientes u ofreciendo un mejor servicio de atención al cliente.

Si bien la fijación de un precio máximo “sugerido” puede ir en beneficio de los consumidores, la fijación de un **precio mínimo** de venta es una práctica anticompetitiva que **no genera eficiencias** y por el contrario elimina la competencia intra-marca (vía precios), facilitando con ello la colusión entre distribuidores¹⁵.

3.5.2.1.3. Discriminación de precios debido a características de los canales de distribución

*PIL ANDINA S.A. también señala que: “La existencia de **precios distintos** se debe a que cada canal tiene **características distintas, costos e inversiones distintas**, en tal sentido esta diferenciación **genera eficiencia económica** siendo la misma una medida pro competitiva que busca que el consumidor reciba los mejores precios posibles sin importar el lugar donde lo compre”.*

Del argumento anterior se puede determinar que la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A. con los compradores se debe a **las características distintas de estos agentes económicos**, es decir que sean clientes grandes o más poderosos (con mayores inversiones) o que sean clientes pequeños o más débiles (con menores inversiones). El que los compradores sean grandes o pequeños es una característica propia de los agentes económicos y no significa que no se encuentren en **igualdad de condiciones al momento de realizar la compra de los productos de PIL ANDINA S.A. que representa realizar una operación equivalente**¹⁶.

Como se determinó en la RA N° 104/2012 “La discriminación de precios es la práctica de cobrar precios menores a clientes grandes o más poderosos, que a los clientes pequeños o más débiles”¹⁷, colocando a los agentes económicos más pequeños e una desventaja competitiva respecto a los grandes, pese a que ambos realizan una operación equivalente.

De acuerdo a la descripción realizada por PIL ANDINA S.A. en su memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, se puede decir que los clientes más grandes son los Distribuidores, Mayoristas, Autoservicio, Agencias e Instituciones, mientras que los minoristas (ej. Tiendas de barrio) son los clientes más pequeños.

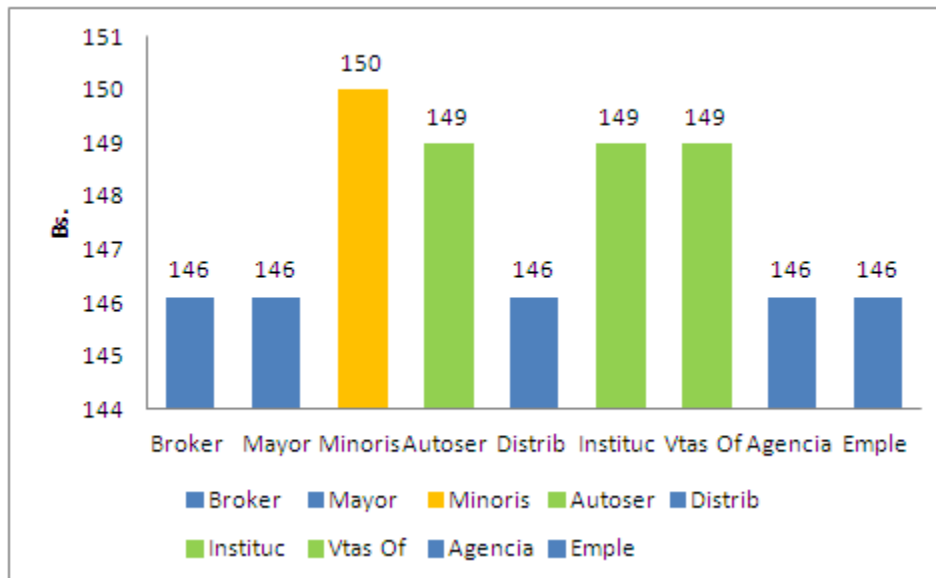
Utilizando como ejemplo los precios de venta cobrados a los distintos canales de distribución de la leche en polvo instantánea durante el mes de abril del 2011, se puede identificar de manera más clara **si es que se cobraron precios menores a los clientes grandes** que a los clientes pequeños (ver gráfico N° 2 a continuación).

¹⁵ Litigation Services Handbook, the role of the financial expert, Weil, Wagner & Frank, 2001 (cap.6, pag.13)

¹⁶ Decisión de la CAN N° 608

¹⁷ U.S. Antitrust Law and Enforcement A Practice Introduction, Douglas Broder, 2010 (pag. 7)

Gráfico N° 2
Leche en polvo instantanea, 2,5Kg



Fuente: Elaboración propia en base a datos PIL ANDINA S.A.

Tal como se puede apreciar en el gráfico N° 2, los clientes más grandes a los que PIL ANDINA S.A. vende sus productos (Distribuidores, mayoristas, autoservicio, agencias e instituciones) presentan precios menores a los que presentan los clientes más chicos (Minoristas), por lo tanto se evidencia la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. que favorece a los clientes grandes por encima de los pequeños.

Esta situación puede generar **que se desplace del mercado** a las tiendas pequeñas a las que se les cobra precios elevados, favoreciendo a grandes cadenas de supermercados, aspecto que se determinó en la RA N° 104/2012.

Al realizar PIL ANDINA S.A. este tipo de discriminación de precios entre sus distintos **compradores**, dicha **empresa logra incrementar sus ingresos sin incrementar sus costos de producción** y el beneficio final es incrementado¹⁸. Este es el incentivo principal que tiene PIL ANDINA S.A. para realizar la discriminación de precios.

La discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A., no representa un mejor uso de recursos que reduzcan los costos, es decir que **no se genera ninguna eficiencia productiva**; no genera que los consumidores accedan a las mejores condiciones de precios (evita la competencia en precios y el arbitraje), por lo cual **no se genera ninguna eficiencia asignativa**; y no representa una inversión que genere la creación o mejora de productos, por lo que **no genera ninguna eficiencia dinámica**, tal como lo requiere el artículo 12 del Decreto Supremo N° 29519.

¹⁸ The Blackwell Encyclopedia of Management Managerial Economics, Robert E. McAuliffe, 2005 (pag.189)

Por lo tanto **no puede considerarse** que la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. “*genera eficiencia económica*” y mucho menos puede considerarse que esta sea “*una medida pro competitiva*”, como lo señala PIL ANDINA S.A..

El argumento de PIL ANDINA S.A. de que “... *se concluye que los canales son distintos desde el punto de vista funcional, económico, y financiero*”, **no puede utilizarse como argumentación** para señalar que los agentes económicos no se encuentran en igualdad de condición, todos son canales de distribución de productos que realizan la **operación equivalente** de compra de productos de la empresa PIL ANDINA S.A., lo que los sitúa en igualdad de condiciones al margen de su operatividad, capacidad de inversión u otras características.

3.6. Cuotas y Mercado relevante

3.6.1. Cuotas de mercado por supuestos motivos legales

De acuerdo a argumentos de PIL ANDINA S.A. en memorial de fecha 5 de noviembre del 2012, esta empresa presenta “...*una cuota de mercado elevada en el mercado interno por motivos "legales"*. (anexo 5)”.¹⁹

En lo que se refiere a los supuestos motivos “legales” que generan que la empresa PIL ANDINA S.A. presente una elevada cuota de mercado en el mercado interno boliviano, corresponde tener una comprensión certera de lo que se entiende por *Cuota de Mercado* y la posibilidad de que esta se genere de maneras “legales”.

Por *cuota de mercado* se entiende, el porcentaje que corresponde a una compañía del total de mercado disponible que es cubierto **por las ventas de producto de dicha compañía**. Es decir que las cuotas de mercado de PIL ANDINA S.A. para la *Leche UHT* y para la *Leche en Polvo* muestran las ventas que realiza dicha empresa en cada uno de estos mercados.

Las ventas que realiza PIL ANDINA S.A. de estos productos **depende de la demanda** que existe en el mercado por parte de distintos compradores o clientes, es decir que si no existiese demanda de *Leche UHT* o *Leche en Polvo*, PIL ANDINA S.A. no podría vender estos productos y por ende no tendría la cuota de mercado de la cual dispone.

Por lo tanto **no existe una manera “legal” de generar una cuota de mercado elevada** como lo intenta hacer PIL ANDINA S.A., ya que la cuota de mercado de una empresa **depende de la demanda de los compradores** que adquieren un producto para satisfacer una necesidad y no existe una manera legal que obligue a los compradores a adquirir un producto.

3.6.2. La supuesta obligatoriedad de recopilar leche de los accionistas

¹⁹ Es preciso resaltar que no se complementó la información con el mencionado Anexo 5 por lo que **no se pudo valorar ese descargo**.

El mismo memorial de fecha 5 de noviembre del 2012 se señala que “...los estatutos de constitución de PIL ANDINA S.A., indican **la obligatoriedad de recoger toda la leche de los productores accionistas**” (las negrillas son nuestras). Por lo cual corresponde analizar que señalan los estatutos al respecto.

Una lectura de los estatutos de PIL ANDINA S.A. permiten indicar que **no existe una obligatoriedad** de PIL ANDINA S.A. para proveerse de leche de los accionistas, sino únicamente un orden prioritario de aprovisionamiento, según el cual se prioriza el abastecimiento proveniente de los accionistas y en caso de déficit se aprovisionara de fuentes productoras no accionistas.

Sin embargo, se evidencia que **existe una obligatoriedad** por parte de los accionistas de vender sus productos a la mencionada empresa, ya que los estatutos señalan: “**Por su parte, los productores lecheros accionistas de PIL ANDINA S.A. están en la obligación de proveer de leche cruda fluida a requerimiento de las plantas de Cochabamba o La Paz**”.

3.6.3. La supuesta inexistencia de barreras de entrada

PIL ANDINA S.A. señala que: “*Tal cual se puede analizar en la normativa vigente impositiva o aduanera, **no existen barreras arancelarias, ni paraarancelarias, ni legales para la importación para los distintos tipos de LEP**, por lo que la competencia es libre focalizándose la misma en precio y competitividad*”²⁰ (las negrillas son nuestras).

Al respecto es preciso señalar que el argumento de PIL ANDINA S.A. resulta **incorrecto**, toda vez que para la importación a consumo de LEP se deben pagar los Tributos Aduaneros de Importación compuestos por el Gravamen Arancelario que equivale al 10% y el pago de IVA equivalente al 14.94% (**barreras arancelarias**), , asimismo, además de cumplir con las formalidades aduaneras exigidas, que en el presente caso consiste en contar con un certificado de inocuidad alimentaria emitido por el SENASAG en cumplimiento al Decreto Supremo N° 26590 (**barrera paraarancelaria y legal**)²¹, ellos sin considerar los costos de transporte, seguros, almacenamiento, etc.

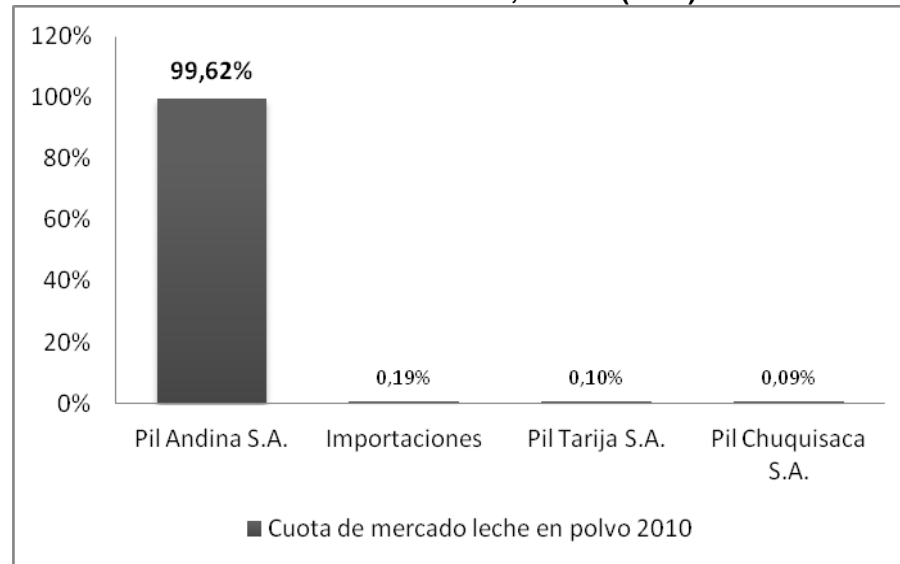
Por lo tanto, **no se puede** reducir la competencia únicamente al precio y la cantidad como intenta hacerlo PIL ANDINA S.A. La existencia de barreras para la importación de Leche en Polvo se hace evidente al determinar que toda la leche en polvo importada para la gestión 2010 llegó a representar tan solo el 0,19% del mercado total de leche en polvo en Bolivia (ver gráfico 3 a continuación), aspecto que se determinó en la RA N° 104/2012.

Gráfico N° 3 Cuota de Mercado de PIL ANDINA S.A. S.A.

²⁰ Memorial de fecha 5 de noviembre del 2012

²¹ Arancel Aduanero de Importaciones Bolivia, 2010.
[http://www.aduana.gob.bo/nandina/archivos/arancel2010/arancel%20i%2025-12-09\(texto%20principal\)%20color.pdf?id_portal=vpt](http://www.aduana.gob.bo/nandina/archivos/arancel2010/arancel%20i%2025-12-09(texto%20principal)%20color.pdf?id_portal=vpt)

Leche entera en Polvo, Bolivia (2010)



Fuente: Elaboración propia en base a datos empresas Lecheras y Aduana Nacional

3.6.4. Precio de la leche en polvo importada

PIL ANDINA S.A. presenta un cuadro que detalla los “Precios promedio de LEP al consumidor final en el eje troncal” de las latas de 2,5kg y de la lata de 760gr importadas, de acuerdo al cual “...el precio de todas ellas (latas de leche en polvo) es relativamente superior al ofrecido por PIL”²², dando a entender que el precio de venta de la leche en polvo marca PIL ANDINA S.A. en el eje troncal es competitivo respecto al de la competencia.

Sin embargo, el párrafo siguiente dado por la misma empresa PIL ANDINA S.A. **contradice** su primera aseveración al indicar que: “Adicionalmente, varias empresas lácteas del país que reconstituyen leche en polvo para venderla como fluida, (...) optaron por comprar LEP de distintas variedades del exterior en virtud que **las mismas estarían más baratas que la nacional**”. Bajo el argumento anterior se tiene que si las empresas importan LEP porque esta es más barata, ello significa que la **LEP nacional está más cara**.

De acuerdo a información adjunta al memorial de la empresa PIL ANDINA S.A. recibido en fecha 21 de septiembre del 2012: “Los precios internacionales son el principal referente para fijar las cotizaciones a los potenciales clientes de exportación.

La razón es que los productos de leche en polvo se manejan como **commodities (productos indiferenciados)** y los clientes evalúan sus compras **de distintos mercados (países)**, en base a las distintas ofertas que obtienen”.

Es decir que **en un mercado competitivo** en el cual existen **varios oferentes** como lo es el mercado internacional de la leche en polvo, donde una empresa es demasiado pequeña

²² Memorial de fecha 5 de noviembre del 2012

como para afectar el precio de mercado, la Leche en Polvo es considerada un **producto indiferenciado** que presentará un **precio de equilibrio**, resultado de la oferta y demanda²³. De la teoría económica de *competencia perfecta* se puede inferir que el precio de equilibrio en el mercado internacional será **un precio competitivo**.

El tener que enfrentar un mercado competitivo al exportar leche en polvo es el motivo que insta a PIL ANDINA S.A. a vender dicho producto a precios menores para la exportación que al vender internamente (donde posee poder de mercado). Esta situación refuerza el cargo formulado por la AEMP en contra de PIL ANDINA S.A. relativo a la discriminación de precios realizada por la mencionada empresa.

3.6.5. Supuesta inobservancia de aspectos en el mercado de la leche UHT

De acuerdo a PIL ANDINA S.A. la AEMP debería haber contemplado dos aspectos más en el mercado UHT, el primer argumento señala que el hecho de que la mayoría de las empresas del sector lácteo (Delizia, Soalpro, Ipaz, Clarabella, ILVA, Delacruz, La francesa, La Purita) hubiesen producido la leche UHT seguidamente a la introducción realizada por PIL ANDINA S.A. de dicho producto se dio supuestamente debido a que no existen "...restricciones legales ni económicas, ni tecnológicas y con costos hundidos menores en el tiempo..." y que la entrada es libre. El segundo argumento señala que esta libre entrada se debe a los costos de transformación similares, costos de materia prima similares, inexistencia de mercados de materia prima cautivos y a la reducción de costos hundidos.

En base a los argumentos anteriores PIL ANDINA S.A. concluye que: *"En el periodo 2009-2012, al existir competencia, y no tenerse barreras a la entrada, el poder de mercado se ve limitado en gran medida"*.

Las argumentaciones realizadas por PIL ANDINA S.A. ameritan profundizar en las barreras de ingreso del sector lácteo, lo cual realizamos a continuación.

3.6.5.1. Barreras de entrada

Las barreras de entrada pueden entenderse como las desventajas de posibles entrantes respecto a empresas establecidas en el mercado, dichas barreras presentan un rol importante para determinar la estructura de la industria, como ser, el número de empresas en el mercado y la distribución del tamaño de las empresas.²⁴

Entre las posibles barreras de ingreso presentes en el mercado leche UHT podemos mencionar:

- Costos hundidos.
- Presencia de economías de escala.

²³ Economía Principios y Aplicaciones, F. Mochón, 2008 (pag.115)

²⁴ Traducción propia del texto: *"those costs which cannot be recovered by the firm"*. The Blackwell Encyclopedia of Management, Managerial Economics, Robert E. McAuliffe. 2005 (pag. 229).

- Restricciones verticales

3.6.5.1.1. Costos hundidos

De acuerdo al Balance General de PIL ANDINA S.A. con cierre a diciembre del 2011, se hace evidente que la industria láctea es *intensiva en capital*, es decir que, presenta niveles altos de activos fijos (ej. maquinaria y equipo, instalaciones, maquinaria agrícola, etc.).

Considerando que los costos hundidos son “*aquellos costos que no pueden ser recuperados por la empresa*”²⁵. Podemos decir que, aunque la maquinaria necesaria para la industria láctea se encuentra disponible en el mercado y el proceso de producción es conocido; los elevados costos hundidos en los que se debe incurrir para poner en funcionamiento una planta industrializadora de leche instalada (ej. Maquinaria, instalaciones, edificios, etc.) son elevados (aproximadamente 62% del activo total en el caso de PIL ANDINA S.A., para diciembre del 2011, Bs. 655.639.633.-) y por ello pueden representar una barrera de ingreso (estructural²⁶) para potenciales entrantes.

3.6.5.1.2. Economías de escala

Las economías de escala se presentan cuando un incremento de los insumos de producción tiene como resultado que los productos terminados se incrementen en mayor medida que los cambios en insumos. Por ejemplo, si los insumos se incrementaran en el doble (es decir, que la escala de las operaciones se vería doblada), los productos terminados se incrementarían en más del doble²⁷.

Las economías de escala pueden llegar a representar barreras de ingreso a posibles entrantes, puesto que estos últimos están sujetos a realizar sustanciales inversiones de capital para lograr alcanzar el tamaño óptimo de planta, **que permita producir de manera competitiva haciendo frente a las empresas ya presentes en el mercado.**²⁸

La barrera que representan las economías de escala para empresas rivales actuales y potenciales se hace evidente si se compara el nivel de activos no corrientes de las distintas empresas industrializadoras con las cuales se compara PIL ANDINA S.A. para tratar de justificar la “libre entrada” en el mercado de la leche UHT.

Cuadro N° 2
Comparativo de activos no corrientes (ej. Maquinaria) de empresas lácteas,
31 de marzo 2012, expresado en Bs.

PIL ANDINA S.A.	Delicruz	Soalpro	ILPAZ
655,639,633	21,955,677	35,643,019	3,433,774
100%	3%	5%	1%

Fuente: Elaboración propia en base a datos FUNDEMPRESA

²⁵ The Blackwell Encyclopedia of Management, Managerial Economics, Robert E.McAuliffe. 2005 (pag. 16)

²⁶ Barreras de ingreso propias del mercado.

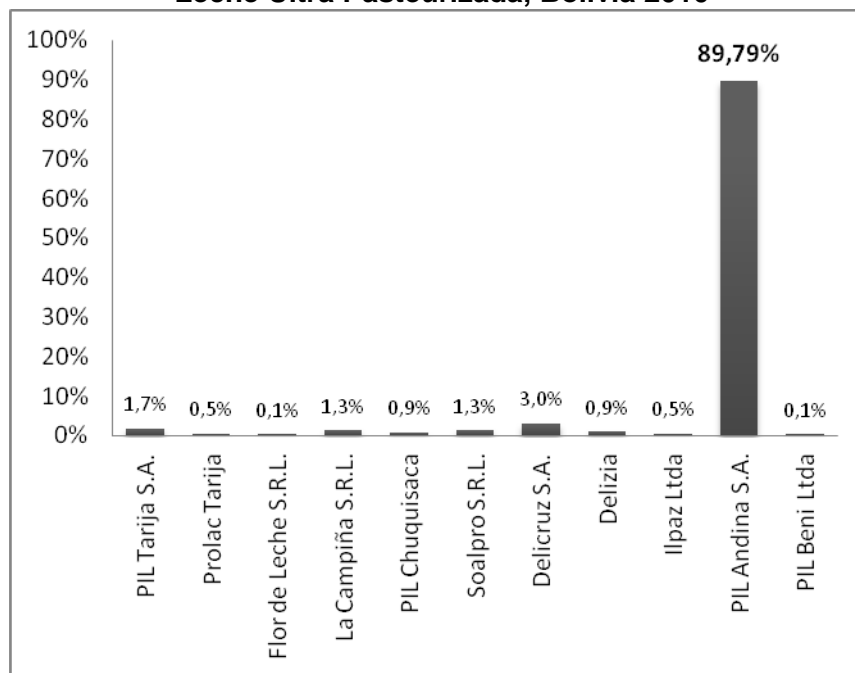
²⁷ The Blackwell Encyclopedia of Management, Managerial Economics, Robert E.McAuliffe. 2005 (pag. 67)

²⁸ The Blackwell Encyclopedia of Management, Managerial Economics, Robert E.McAuliffe. 2005 (pag. 16)

Como se puede observar en el cuadro N° 2 la diferencia de activos no corrientes que permitirían generar economías de escala, es decir incrementar el beneficio obtenido por unidad adicional producida, entre PIL ANDINA S.A. y empresas rivales resulta ser abismal. Es decir que empresas rivales de PIL ANDINA S.A. tendrían que realizar inversiones sustanciales, mayores a los 630 millones de bolivianos para que estas pudiesen **producir de manera competitiva haciendo frente PIL ANDINA S.A.**

La incapacidad de las empresas rivales a PIL ANDINA S.A. para producir de manera competitiva, es un aspecto que se ve reforzado al analizar las cuotas de mercado de la leche UHT (ver gráfico N° 4), donde PIL ANDINA S.A. presenta casi el 90% del mercado y el resto de las empresas representa únicamente el 10%.

Gráfico N° 4
Cuotas de mercado de empresas productoras de
Leche Ultra Pasteurizada, Bolivia 2010



Fuente: Elaboración propia en base a datos Empresas Lecheras

La presencia de empresas lácteas que elaboren leche UHT además de PIL ANDINA S.A., **no puede bajo ningún criterio considerarse como una gran limitación al poder de mercado de PIL ANDINA S.A.**, considerando que estas empresas tienen capacidades de producción **muy inferiores** a las de PIL ANDINA S.A. y debido a que requerirían de inversiones muy elevadas para tratar de producir de una manera competitiva y estas inversiones requerirán de tiempo para ser implementadas (eliminando una respuesta inmediata del mercado).

Por lo tanto, existen barreras de entrada al mercado de producción de leche UHT relacionada con costos hundidos, economías de escala y capacidad de inversiones, que

permiten a PIL ANDINA S.A. mantener un **poder de mercado y la capacidad de manipular precios** de la leche UHT (ej. discriminación de precios demostrada por la AEMP).

Como se determinó en la RA N° 104/2012, que “*varias jurisdicciones establecen que una firma individualmente considerada es dominante, si posee una cuota de mercado superior al 50%*”²⁹, **existe poder de mercado si es mayor al 75%** y poder monopólico si es mayor al 90%³⁰.

3.6.6. Poder de mercado

PIL ANDINA S.A. señala que dentro del análisis realizado por la AEMP: “*Para la LECHE EN POLVO no se contempla qué incrementos de precios podrían traducirse en una competencia internacional masiva en la medida que nuestro precio supere al de venta de los productos importados, por lo que pasaríamos a ser tomadores de precio con un escenario de competencia casi perfecta*”, concluyendo que la posibilidad de que ingresen competidores de la región (otros países) hace que la cuota de mercado de PIL ANDINA S.A. se reduzca a un 1% y por ende la convierte en una empresa sin poder de mercado.

Respecto a la posibilidad de que PIL ANDINA S.A. se vuelva en un empresa tomadora de precios en un “*escenario de competencia casi perfecta*” si los precios de venta en el mercado interno fueran mayores a los internacionales, resulta ser un **criterio irreal** si consideramos que a la fecha el precio de venta de la leche en polvo en el mercado interno comercializado por PIL ANDINA S.A. **es Mayor al precio internacional** (Aspecto **confirmado** por PIL ANDINA S.A. en el punto 3.6.4.), y pese a ello nuestro mercado no ha presentado una “*masiva*” importación de productos como señala PIL ANDINA S.A.; por el contrario la importación de leche en polvo sólo llegó a representar el 2010 **el 0.19% del mercado** (ver gráfico N° 3), es decir que PIL ANDINA S.A. **no es precio aceptante (tomadora de precios) en el mercado interno**.

El único ejemplo real en el que PIL ANDINA S.A. **toma un precio** de equilibrio (PE), es cuando vende a precios internacionales, que es **un mercado competitivo** con varios oferentes y donde “*el precio PE está dado y no se ve afectado por la cantidad vendida por la empresa individual, al ser esta una parte diminuta del mercado. Recordemos que la empresa es precio-aceptante*”³¹, por lo tanto en un mercado competitivo donde PIL ANDINA S.A. no posee poder de mercado, debe vender a un precio competitivo menor a que se vende en el mercado boliviano.

Respecto al argumento de PIL ANDINA S.A. que señala que el “*...mercado relevante pasa a ser el mercado regional, y nuestra cuota de mercado es bajísima (< 1%), y PIL ANDINA S.A. no tiene poder de mercado*”, corresponde indicar que el mercado geográfico determinado por PIL ANDINA S.A. a nivel internacional es incorrecto si se realiza un análisis del flujo comercial de leche en polvo entre los países de la región, las barreras de ingreso (arancelarias y paraarancelarias), costos de transporte.

²⁹ Manual de Prácticas Anticompetitivas, 2010 (pag. 13), validado según Resolución Administrativa RAI/AEMP/No. 033/2011.

³⁰ William E. Kovacic and Carl Shapiro, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, Journal of Economic Perspectives Volume 14, 2000

³¹ Economía Principios y Aplicaciones, F. Mochón, 2008 (pag.115)

En la RA N° 104/2012 se determinó a través de la prueba del Monopolista Hipotético (SSNIP), que ante incrementos de precios realizados a la LEP superiores al 5%, no se presentaron decrementos en los ingresos de PIL ANDINA S.A. lo que significaría que **no existen competidores capaces de contrarrestar su poder de mercado**, o que los competidores son seguidores; por lo que no existió un ingreso al mercado de competidores extranjeros que fuera capaz de contrarrestar dichos incrementos de precios, aspecto que **delimitar el mercado geográfico a Bolivia**.

El costo para los consumidores de cambiar a productos ofrecidos en otras áreas geográficas. Se incurre en costos de transporte para la importación de productos así como en el pago de Tributos Aduaneros de Importación.

Considerando el hecho de que la LEP es un producto perecedero, es un aspecto que disuade a los importadores a importar volúmenes elevados, pues persiste el riesgo de quedarse con producto vencido, aspecto que representaría una pérdida para los importadores.

El reconocimiento que tienen los compradores de la marca PIL de igual manera representa un elemento disuasivo para que empresas importadoras realicen una mayor importación de productos.

El flujo de importación de la LEP entre Bolivia y los otros países de la región es mínima y está sujeta a barreras de ingreso para arancelarias y legales, que impiden una respuesta inmediata del mercado a incrementos de precios realizados por los productores locales

Ratificado que el mercado geográfico es el territorio nacional, queda desvirtuado el argumento de la empresa PIL ANDINA S.A. según el cual su cuota de mercado es de 1% y que por ello no posee poder de mercado, y por el contrario se ratifica que la cuota de mercado de PIL ANDINA S.A. en el mercado de LEP es de **99,62% y que es una empresa que posee poder de mercado**.

3.6.7. Evaluación técnica de posibles prácticas anticompetitivas.

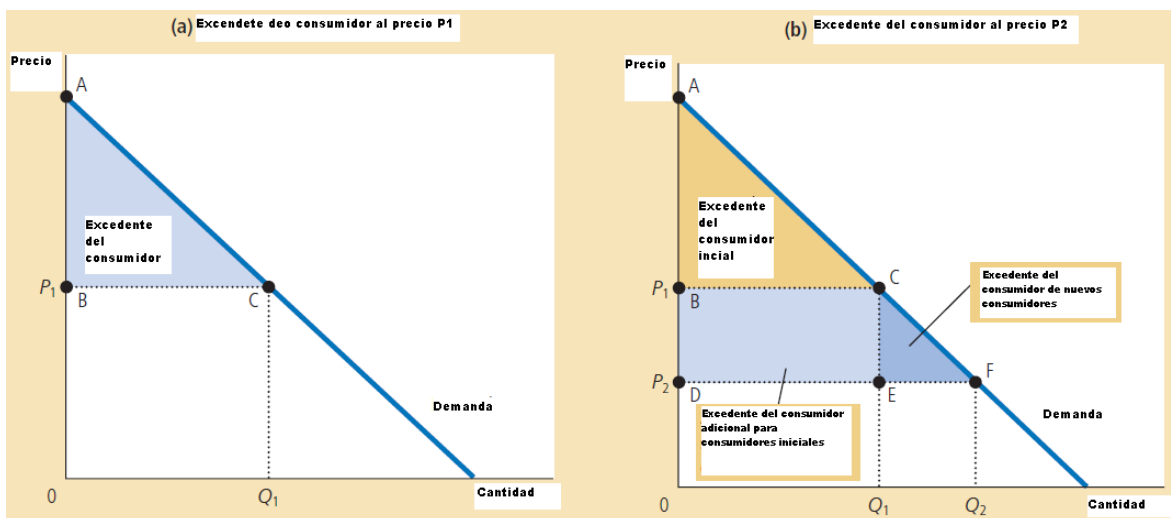
PIL ANDINA S.A. señala en su memorial de fecha 5 de noviembre del 2012 que “...los principales argumentos empleados en el análisis por parte de la AEMP para demostrar las posibles prácticas anticompetitivas, son inválidos:

- a) *Reducción del bienestar en la economía y ante todo en los consumidores finales.*
- b) *La existencia de poder de mercado (que al mismo tiempo cuenta como condición necesaria y suficiente la existencia de una cuota de mercado elevada dado el mercado relevante).*
- c) *En cuanto a la posible práctica anticompetitiva, la existencia de productos homogéneos, la existencia de agentes económicos situados en igualdad de condiciones.*
- d) *Que las posibles prácticas anticompetitivas afectan al consumidor final.”*

3.6.7.1. Reducción del bienestar

En lo que se refiere a la Reducción del bienestar citada en el inciso a), **se ratifica la afectación según el siguiente análisis económico.**

Gráfico N° 5
Como afecta el precio al excedente de consumidor (bienestar del consumidor)



Fuente: Principles of Microeconomics, G Mankiw, 2012.

En el gráfico 5(a), el precio es P_1 , la cantidad demandada es Q_1 , y el área del excedente del consumidor es igual al triángulo ABC. Cuando el precio cae desde P_1 a P_2 , como en el gráfico 5(b), la cantidad demandada aumenta de Q_1 a Q_2 , y el excedente del consumidor sube al área del triángulo ADF. El incremento en el excedente del consumidor (área BCFD) ocurre en parte porque consumidores existentes ahora pagan menos (área BCED) y en parte porque entran nuevos consumidores al mercado al precio más bajo (área CEF).

Utilizando el análisis anterior para determinar cuál sería la pérdida de bienestar del consumidor debido a la discriminación de precios cobrados por PIL ANDINA S.A. tanto para la exportación (P_2) como para el mercado interno (P_1), tenemos que al cobrarse en el mercado interno el precio P_1 (mayor) en lugar del precio P_2 (menor) **los consumidores tienen una pérdida de bienestar comprendida por el área BCFD**, que es la sumatoria de aquellos consumidores que dejarán de consumir LEP debido a que encuentran restrictivo dicho precio (triángulo CEF) y aquellos que comprarán la LEP pero que podrían acceder a este a un precio menor (área BCED).

Asimismo lo anterior demuestra que de la conducta de discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. **no derivan ganancias en eficiencia**, ni inciden favorablemente en el proceso de competencia conforme requiere el artículo 12 del Decretos Supremo N° 29519.

3.6.7.2. La existencia del poder de mercado

Como se pudo determinar a lo largo del documento, las **cuotas de mercado** de 99,62% en el mercado de la LEP (punto 3.6.6.) y 89.79 % de la leche UHT (punto 3.6.5.1.2.), la presencia de **barreras de entrada** como ser Costos Hundidos elevados, economías de escala, tiempo de contestación, barreras arancelarias, para-arancelarias y legales, la ratificación del **mercado geográfico al territorio boliviano**, así como los resultados obtenidos en la RA N° 104 relativa a **niveles de concentración** (HHI) y en **Test del Monopolista Hipotético** (SSNIP); permiten afirmar fehacientemente que la empresa PIL ANDINA S.A. **posee poder de mercado tanto en el mercado de Leche en Polvo como en el mercado de Leche UHT.**

3.6.7.3. Productos homogéneos y agentes económicos situados en igualdad de condiciones.

La leche en polvo es un bien homogéneo, como bien lo señaló PIL ANDINA S.A. en información adjunta al memorial de fecha 21 de septiembre del 2012: “*los productos de leche en polvo se manejan como **commodities (productos indiferenciados)** y los clientes evalúan sus compras **de distintos mercados (países)**, en base a las distintas ofertas que obtienen*”. Aspecto que sería similar en el caso de la leche UHT.

Los agentes económicos que compran productos de PIL ANDINA S.A. se encuentran en igualdad de condiciones aunque estos presenten características distintas entre sí (ver punto 3.5.2.1.3), los consumidores intermedios compran el producto a PIL ANDINA S.A. (operación equivalente) para luego realizar una reventa del mismo, este hecho los sitúa en igualdad de condiciones entre sí.

3.6.7.4. Que se afecte al consumidor final

Este punto resulta ser una interpretación incorrecta de PIL ANDINA S.A., como se pudo determinar previamente (ver puntos 3.1.1. y 3.5.2.), por lo que no se realizará mayor ahondamiento al respecto.

Por lo tanto, en base al análisis técnico realizado en el presente documento que muestra la validez de los mismos, corresponde **ratificar todos los argumentos utilizados por la AEMP para demostrar las prácticas anticompetitivas cometidas por PIL ANDINA S.A.**

3.6.8. Discriminación de Precios de Importación y Exportación

Con la finalidad de tener un ejemplo gráfico de cómo se lleva a cabo la discriminación de precios por parte de la empresa PIL ANDINA S.A., estableciendo precios diferenciados para la venta en el mercado interno y precios de exportación, a manera de ejemplo a continuación se desarrolla un análisis de precio de venta de la LEP instantánea (mercado interno/exportación).

Ejemplo LEP instantánea

Para realizar el ejercicio se trabajará con algunos supuestos.

Según información proporcionada por PIL ANDINA S.A., adjunta al memorial de fecha 8 de julio del 2011, ésta empresa realiza un descuento en el pago que realiza a los productores de leche en base a la distancia que recorre para transportar leche cruda, toda vez que este costo es en el que se incurriría por concepto de transporte. La fórmula utilizada por PIL ANDINA S.A. es la siguiente:

Descuento por transporte de leche a Planta (a mayo del 2011)

$$\text{Descuento} = (0.115\% \times \text{Precio Base} \times \text{Km recorrido})$$

En nuestro ejemplo utilizaremos esta fórmula para determinar cuánto debería incrementarse el precio de venta de la LEP, considerando que ésta es vendida por PIL ANDINA S.A. a un comprador, pero transporta dicho producto hasta frontera bajo el incoterm (CPT³²), desde donde el comprador corre con los gastos de transporte hasta su destino. Es decir:

Incremento por transporte de leche desde Planta a frontera (a mayo del 2011)

$$\text{Incremento} = (0.115\% \times \text{Precio Base} \times \text{Km recorrido})$$

Al efecto se considera como **Precio Base** (promedio anual) el precio de venta en el mercado interno de la LEP instantánea durante la gestión 2010, el cual fue de **44,74 Bs./Kg** (según datos proporcionados por PIL ANDINA S.A. adjuntos al memorial de fecha 21 de septiembre del 2012). así como las distancias en kilómetros que se requieren para poder transportar la LEP instantánea desde las plantas de producción en Cochabamba y en Santa Cruz, hasta Desaguadero y Pisiga para la exportación de PIL ANDINA S.A. hacia el Perú.

Cuadro N° 3
Distancia entre Plantas de producción de LEP Instantanea de PIL ANDINA S.A. y frontera para exportación, expresado en Km.

		Destino	
		Desaguadero	Pisiga
Origen	Cochabamba	473	453
	Santa Cruz	946	926

Fuente: Elaboración propia en base a datos <http://www.abc.gob.bo/Telemetro>

Utilizando la fórmula establecida por PIL ANDINA S.A. adecuada para nuestro análisis, tenemos que:

Cuadro N° 4
Incremento en el precio de venta de la LEP instantánea para la Exportación, expresado en Bs/Kg, gestión 2010

³² El vendedor entrega las mercaderías al transportista designado por él pero, además, debe pagar los costos del transporte necesario para llevar las mercaderías al destino convenido. **El comprador asume todos los riesgos y con cualquier otro coste ocurridos después de que las mercaderías hayan sido así entregadas.**

		Destino	
		Desaguadero	Pisiga
Origen	Cochabamba	24,33	23,31
	Santa Cruz	48,67	47,64

Es decir que el precio de venta para la exportación, considerando las posibles rutas de exportación vía Perú debería haber sido de:

Cuadro Nº 5
Precio de venta de la LEP instantánea puesto en frontera incluyendo transporte (2010), expresado en Bs/kg

		Destino	
		Desaguadero	Pisiga
Origen	Cochabamba	69,07	68,04
	Santa Cruz	93,41	92,38

Sin embargo el precio de venta de promedio de la LEP instantánea para la exportación durante la gestión 2010 fue de apenas 32,99 Bs./Kg, un valor **muy por debajo** del que de acuerdo al ejercicio se debería haber cobrado por la LEP instantánea exportada por PIL ANDINA S.A.. Lo anterior demuestra que PIL ANDINA S.A. utiliza el factor transporte según sus propios intereses para descontar a los productores de leche cruda pero no así para incrementar el precio a sus compradores para la exportación, situación que deja aún más al descubierto los precios diferenciados para la venta en el mercado interno y los precios de exportación.

Por lo tanto, queda demostrada la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A., mediante la cual se cobran precios superiores en el mercado interno que lo precios que se cobran para la exportación, logrando de esta manera **incrementar sus ingresos sin incrementar sus costos de producción** e incrementado el beneficio final³³.

3.6.9. Discriminación de consumidores nacionales

PIL ANDINA S.A. Argumenta que: *“La Resolución Administrativa de la AEMP sostiene que cobramos precios distintos por tipo de agente económico. Esta hipótesis depende de que a) los citados agentes sean consumidores finales, b) se traten de agentes situados en igualdad de condiciones.”*

Como se estableció a lo largo del documento la discriminación de precios **no depende** de que los consumidores sean finales tal como se demostró en los puntos 3.1.1. y 3.5.2., esta

³³ The Blackwell Encyclopedia of Management Managerial Economics, Robert E. McAuliffe, 2005 (pag.189)

es un apreciación propia de PIL ANDINA S.A., que carece de sustento en el Decreto Supremo N° 29519.

La hipótesis de la AEMP efectivamente depende de que los agentes económicos se encuentren en igualdad de condiciones, aspecto que fue demostrado a lo largo del documento, demostrándose que los agentes económicos que compran productos de PIL ANDINA S.A. realizan operaciones equivalentes y por ende se encuentran en igualdad de condiciones aunque estos presenten características distintas entre sí (ver punto 3.5.2.1.3), los consumidores intermedios compran en producto a PIL ANDINA S.A. para luego realizar una reventa del mismo, este hecho los sitúa en igualdad de condiciones entre sí.

Para comprender que la diferencias de tamaños o características **no representa** que los agentes económicos se encuentran en distintas condiciones, basta ver que **“La discriminación de precios es la práctica de cobrar precios menores a clientes grandes o más poderosos, que a los clientes pequeños o más débiles”³⁴**.

4. CONSIDERACIONES PARA LA GRADACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo al Artículo 10 de la Resolución Ministerial N° 190, *“las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones que podrán ser consideradas de **gravedad leve, media o máxima** de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado, conforme señalan los artículos siguientes”*. En ese sentido a continuación se realiza la evaluación tanto del Mercado Relevante como del Poder de Mercado.

Mercado Relevante, para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

1. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, la medida en que los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

Se analizó la capacidad de sustituir la demanda de Leche UHT y de leche en polvo a nivel nacional por otros productos, determinándose que no existiendo otros productos sustitutos suficientemente cercanos desde el punto de vista de los demandantes, además de que la posibilidad de que consumidores puedan en el corto plazo contar con sustitutos presenta barreras de ingreso relacionadas con Costos Hundidos elevados, economías de escala y tiempos en los que estará a disposición de los consumidores dichos productos. Por ejemplo una empresa entrante que desee competir con PIL ANDINA S.A. deberá incurrir en costos hundidos elevados y deberá destinar un tiempo para instalar la planta industrializadora, iniciar producción, distribuir a través de distintos canales, hacer conocer su marca, etc. por lo que el bien sustituto no estará disponible en el corto plazo.

³⁴ U.S. Antitrust Law and Enforcement A Practice Introduction, Douglas Broder, 2010 (pag. 7)

2. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

Se analizaron los costos de distribución de bienes sustitutos de la LEP para llevar a cabo su exportación, así como los tributos aduaneros de importación y restricciones no arancelarias o legales que deben enfrentar importadores de bienes sustitutos a la LEP producida por PIL ANDINA S.A.

3. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

Se analizaron las probabilidades de que los consumidores acudan a otros mercado para abastecerse de bienes sustitutos, al analizar el flujo de comercio de LEP entre Bolivia y otros países de la región, determinándose que únicamente un nivel reducido realiza la importación de LEP. Además se observó la cautividad que presentan los consumidores internos, con aquella empresa que prevé al 99,62% del mercado boliviano.

4. 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.

Además de las medidas arancelarias y paraarancelarias para la importación señaladas anteriormente, se realizó una valoración de los estatutos de la empresa PIL ANDINA S.A. que obligan a los productores accionistas a proveer de leche cruda a las plantas productoras de Cochabamba y La Paz, aspecto que limita el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Poder de Mercado, para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

1. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

Se determinó que PIL ANDINA S.A. presenta cuotas de mercado elevadas tanto en el mercado de Leche UHT (89,79%) como en el mercado de Leche en Polvo (99,62%), determinándose que puede fijar precios de manera unilateral, como lo demuestra la discriminación de precios entre precios de venta de exportación de la LEP y precio de venta de la LEP en el mercado interno.

2. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

Los costos Hundidos, economías de escala, cierre de acceso a posibles proveedores, barreras arancelarias, paraarancelarias y legales, se encuentran entre las barreras de

ingresos determinadas y analizadas, que pueden alterar la oferta de Leche en Polvo y Leche UHT, en el mercado boliviano.

3. La existencia y poder de sus competidores en el mercado relevante;

Las cuotas de mercado de la competencia de PIL ANDINA S.A. tanto en el mercado de LEP como en el mercado de leche UHT, así como la envergadura de sus empresas rivales en el mercado boliviano (mercado geográfico), eliminan toda posibilidad de poder de mercado por parte de las empresas rivales a PIL ANDINA S.A.

4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

PIL ANDINA S.A. obliga a los proveedores accionistas a abastecerlo de leche, eliminando el acceso a empresas rivales a dichos insumos. Aspecto relevante si se considera que el 70% de la leche acopiada es provisionada por dichos proveedores.

5. Su comportamiento reciente;

La discriminación de precios es una conducta realizada por PIL ANDINA S.A. que se remite a varios años atrás, tiempo durante el cual habría maximizado sus ganancias en detrimento de los consumidores.

5. CONCLUSIONES

En base al Análisis técnico se concluye que:

- Se entiende por **compradores o clientes** no solamente a los consumidores finales, sino también a los **consumidores intermedios** que son los agentes económicos que permiten que el producto llegue hasta los consumidores finales.
- **No existe un precio diferenciado** por leche cruda destinada a la elaboración de LEP que será comercializada en el mercado interno y otro precio (menor) por leche cruda que será destinada a la elaboración de LEP que será comercializada internacionalmente, por lo cual los precios de venta tanto nacional como internacionalmente de la LEP **deberían ser los mismos**.
- La banda de precios a pagarse al productor de leche cruda por parte de las empresas industrializadoras de leche, constituye en un parámetro para el establecimiento del **precio justo** a ser pagado por las empresas de la industria láctea a los productores primarios por la compra de leche cruda.
- El precio de la leche cruda no es un precio fijado por el Gobierno que PIL ANDINA S.A. lo **"toma"**, sino que es un precio justo determinado en base a negociaciones de los distintos actores interesados.

- El incremento de precios de la leche cruda **no es una variable que de manera causal genere** que se venda **un mismo producto (LEP) a precios discriminados** entre el mercado interno y en el mercado internacional.
- Una posible causalidad de la Leche Cruda sobre la Leche en Polvo y sobre la leche UHT, no justifica la discriminación de precios determinada por la AEMP respecto a los precios de venta de la Leche en Polvo en el mercado interno y los precios de exportación de la Leche en Polvo.
- El hecho de que PIL ANDINA S.A. haya **creado obstáculos** en sus contratos (zonificación) **que evitan el arbitraje**, denota la intencionalidad de dicha empresa de realizar una **práctica de discriminación de precios**.
- PIL ANDINA S.A. **acepta que realiza la discriminación de precios** entre los distintos canales de distribución que compran sus productos para la reventa y reconoció que **evita llevar a cabo el arbitraje pero** con el justificativo equivocado de que con ello permitiría llegar al consumidor final con un precio similar.
- Se han encontrado indicios de una posible práctica anticompetitiva de fijación de precios realizada por PIL ANDINA S.A.
- La discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A., no representa un mejor uso de recursos que reduzcan los costos, es decir que **no se genera ninguna eficiencia productiva**; no genera que los consumidores accedan a las mejores condiciones de precios (evita la competencia en precios y el arbitraje), por lo cual **no se genera ninguna eficiencia asignativa**; y no representa una inversión que genere la creación o mejora de productos, por lo que **no genera ninguna eficiencia dinámica**.
- **Que los agentes económicos intermediarios presenten diferentes características, no puede utilizarse como argumentación** para señalar que los agentes económicos no se encuentran en igualdad de condiciones, puesto que estos realizan una operación equivalente.
- **No existe una manera “legal” de generar una cuota de mercado elevada** como lo intenta hacer ver PIL ANDINA S.A., ya que la cuota de mercado de una empresa **depende de la demanda de los compradores** que adquieren un producto para satisfacer una necesidad.
- Existen barreras arancelarias y paraarancelarias para la importación de LEP.
- La Leche en Polvo es considerada un **producto indiferenciado**, un commodity.
- Existen barreras de entrada al mercado de producción de leche UHT relacionada con costos hundidos, economías de escala y capacidad de inversiones, que permiten a PIL ANDINA S.A. mantener un **poder de mercado y la capacidad de manipular precios** (discriminar precios) de la leche UHT.

- La cuota de mercado de PIL ANDINA S.A. en el mercado de LEP es de **99,62% y es una empresa que posee poder de mercado.**
- La conducta de discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. no derivan ganancias en eficiencia, ni inciden favorablemente en el proceso de competencia conforme requiere el artículo 12 del Decretos Supremo N° 29519.
- Queda demostrada la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A., mediante la cual se cobran precios superiores en el mercado interno que los precios que se cobran para la exportación, logrando de esta manera **incrementar sus ingresos sin incrementar sus costos de producción** e incrementando el beneficio final.
- La discriminación de precios **no depende** de que los consumidores sean finales.
- PIL ANDINA S.A. discrimina precios entre agentes económicos que se encuentran en igualdad de condiciones.

CONSIDERANDO: (Análisis Jurídico de los descargos de PIL ANDINA S.A.)

Que, sin perjuicio del análisis técnico efectuado a todos descargos presentados por PIL ANDINA S.A. en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012, a través del Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N° 003/2012 se analizan los argumentos vertidos por esta empresa con relación a situaciones procesales y de orden jurídico, de acuerdo al siguiente detalle:

De la Defensa de la Libre Competencia.

Que, de acuerdo a lo señalado por Pinkas Flint³⁵, el Derecho a la Libre Competencia está íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado. En este sentido, el Derecho a la Libre Competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado.

Que, este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes.

³⁵ Pinkas Flint, Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pg. 23

Que, por lo expuesto anteriormente, es el Estado Plurinacional de Bolivia el encargado de velar por la Defensa de la Libre Competencia, y en este sentido a continuación se analiza la política estatal.

La Constitución Política del Estado.-

Que, antes del nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, ya se repudiaban los hechos que lleven a un monopolio, al ser atentatorios con el mercado y la economía nacional.

Que, en febrero de 2009 se promulgó, la vigente Constitución Política del Estado, dando nacimiento a un Estado como bien señala en su preámbulo:

“Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

Que el artículo 1, de la Constitución Política del Estado señala:

*“Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y **el pluralismo** político, **económico**, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.*

Que, el Pluralismo económico es *“el sistema por el cual se acepta y se permite aseguramiento de las Formas De Propiedad y las Formas De Organización Económica Del Estado. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”³⁶.*

Que, según Quisbert, *“las formas de organización económica son modos de proceder de una asociación de personas y/o bienes afectados a la explotación debidamente reconocidos por el ordenamiento jurídico y regulado por un conjunto de normas jurídicas en función de determinados fines comunes, lícitos y de utilidad económica [...] las formas de organización económica tienen la obligación de: generar trabajo digno, contribuir a la erradicación de la pobreza, fortalecer la soberanía económica del país, proteger el medio ambiente y ejecutar el desarrollo”³⁷.*

Que, el pluralismo económico, otorga igualdad de condiciones a todas la formas organizaciones reconocidas, por la Constitución Política del Estado, por lo que ninguna empresa que detente posición de dominio, podrá hacer abuso de ello, mas al contrario se establece que las empresas deben fortalecer la soberanía económica del país, encontrando

³⁶ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010

³⁷ Quisbert, Ermo, Pluralismo Económico, La Paz, Bolivia, CED, 2010

su límite en lo establecido por el artículo 312, parágrafo I de la misma Carta Magna que dispone:

“Toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado”

Que la **Constitución Política del Estado**, tiene una posición respecto a la prohibición de monopolios u oligopolios privados en lo que refiere a la producción, dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, para lo cual el artículo 314 señala de manera expresa:

“Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios”.

Que, el precepto Constitucional citado precedentemente es una determinación, clara y efectiva para la Defensa de la Competencia en Bolivia, resguardando así, la libertad de poder competir en el mercado.

Atribuciones de la AEMP sobre la defensa de la Libre Competencia

Que, el parágrafo I del artículo 312 de la Constitución establece que toda actividad económica debe contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica del país. No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado. De la misma forma el parágrafo II del artículo 312 de la Constitución señala que todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza.

Que, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, tiene por objeto regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad a través de mecanismos adecuados a ser ejecutados por el Instituto Boliviano de Metrología - IBMETRO y la Superintendencia de Empresas (ahora, Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas - AEMP).

Que, el numeral 10 del artículo 11 del citado Decreto Supremo N° 29519, establece que se considera 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 en el caso del *“establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones”*.

Que, el numeral 2 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) cuenta con la facultad de defender y

promover la competencia en los mercados que no presenten características de monopolios naturales; y su numeral 3 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519, establece que cuenta con la facultad de regular, controlar y supervisar a las empresas, personas y entidades sujetas a su jurisdicción en lo relativo a prácticas anticompetitivas absolutas y relativas.

Que, el numeral 11 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519, establece que la Superintendencia de Empresas (hoy AEMP) cuenta con la facultad de regular la competencia como un bien colectivo de interés público, promoviendo acciones para mejorar y ampliar la competencia de los bienes y servicios en los mercados.

Que, mediante el inciso f) del artículo 3 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, se crea la AEMP, y su artículo 5 establece que es una institución pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditadas al Ministro cabeza de sector.

Que, los artículos 41 y 48 inciso a) del Decreto Supremo N° 0071, establecen que la AEMP fiscaliza, controla, supervisa y regula las actividades de las empresas en lo relativo al gobierno corporativo, **defensa de la competencia**, reestructuración de empresas y registro de comercio; y su artículo 48, inciso a).

Que, la Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitida por el Ministerio de Producción y Microempresa (ahora, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural) aprueba el Reglamento de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor de la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP), además, el artículo segundo de la norma citada, establece que el ente regulador de empresas queda encargado del cumplimiento y ejecución del reglamento.

Que, el artículo 1 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que tiene por objeto cumplir lo previsto en la disposición adicional cuarta del Decreto Supremo N° 29519, de 16 de abril de 2008, de Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor, estableciendo el procedimiento administrativo en materia de regulación de la competencia a cargo de la AEMP.

Que, el artículo 10 del Reglamento de Regulación de la Competencia, señala que las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones que podrán ser consideradas de gravedad leve, media o máxima de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado.

Que, el numeral 1 del artículo 11 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que para que las prácticas anticompetitivas relativas, señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, deban ser sancionadas deberá comprobarse, que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante. Por otra parte, el numeral 2 del mismo artículo, adicionalmente establece que para que las prácticas anticompetitivas relativas sean sancionadas deberá comprobarse que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Que, el párrafo I del artículo 15 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que las diligencias preliminares procederán de oficio o a denuncia. Además, en el párrafo III de su artículo 15, señala que el objeto de la diligencia preliminar será conocer, determinar y comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de conductas anticompetitivas absolutas o relativas.

Que, el inciso e) del párrafo III del artículo 15 de la misma norma, señala que el objeto de la diligencia preliminar será determinar si la supuesta práctica anticompetitiva afectaría el interés público y el artículo 16 de la norma citada anteladamente, establece que si la Superintendencia (ahora, AEMP) identifica por su cuenta un interés público y los indicios necesarios, podrá reiniciar de oficio el proceso.

Del Interés Público.

Que, García de Enterría refiriéndose al interés público, señala que: “se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”³⁸. Por otra parte, los conceptos jurídicos indeterminados como el Interés Público o General “no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino solo una solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa “apreciación por juicios disyuntivos”³⁹

Que, el interés público “es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformar en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada. Debido a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, ha de ser concretado por la autoridad”⁴⁰

Que por lo anterior, es necesario considerar que la defensa de la libre competencia tiene como bien jurídico protegido la “libertad de competencia”, por otra lado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con normas que regulan el tema, como: la Constitución en su artículo 314 en la cual se prohíben monopolios, oligopolio privados, como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, por otra parte, se cuenta con el Decreto Supremo N° 29519 en el cual se determina el objeto de la regular la competencia.

³⁸ García de Enterría, Eduardo. "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", Revista Española de Derecho Administrativo N° 89, 1996, pág. 69

³⁹ Pág. 468. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"; Tomo I, Duodécima Edición.

⁴⁰ Pág. 134 -135; Huerta Ochoa, Carla. "El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional", ensayo académico consultado en el website: www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf

Que en ese sentido, el Interés General o Público a seguir en el caso en concreto, es garantizar una libre competencia en el mercado relevante mediante regulaciones que impidan la constitución de monopolios privados o que empresas ejerzan abuso de su posición de dominio, todo esto con el fin de resguardar el vivir bien de la sociedad, ya sean agentes económicos competidores y no competidores del mismo mercado y principalmente el vivir bien de los consumidores.

Ley N° 204, Ley de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo (PROLECHE).

Que, jurídicamente, uno de los principales argumentos en base al cual PIL ANDINA S.A. fundamenta su defensa a los cargos formulados en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de 28 de septiembre de 2012, es el siguiente:

“Desde enero de 2011, producto de presiones económicas y sociales masivas ocasionadas por un fuerte incremento estacional en el costo de los insumos; con la mediación del Ministerio de Producción y Economía Plural, se firma un convenio (acta) entre gobierno, productores y empresas, en el que, entre otros aspectos, se fija un incremento para la leche cruda, se establece un precio tope para varios productos industriales, y se promueve la creación de un marco legal (posteriormente promulgado como la Ley de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo - PROLECHE) que establezca mecanismos para posibles modificaciones futuras tanto para el precio de la leche cruda como para los principales productos industrializados (ANEXOS 2 Y 3). Con este convenio y la posterior Ley, el precio de la leche cruda es tomado por las empresas productivas, al mismo tiempo que el precio de los principales productos lácteos es fijado; implicando esta situación, que el sector pasa a ser regulado por el gobierno sin que exista la posibilidad de una competencia que equilibre las condiciones de mercado”.

“Tal cual lo establece, el D.S. 29519 en su artículo 2, el ámbito del mismo se circunscribe a “Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por Ley...”, por lo que al ser el sector lácteo regulado desde enero de 2011 tanto por el acuerdo suscrito como posteriormente por la Ley PROLECHE, de manera automática cualquier análisis posterior a dicha fecha que haga referencia a posibles problemas de competencia en el sector lácteo, escapa a su ámbito”. (Las negrillas son nuestras)
[...]

[...] *“Se debe destacar que **producto del acuerdo realizado entre PIL ANDINA S.A., los productores, y el Gobierno en febrero de 2011**, si bien se congelaba el precio de algunos productos lácteos de consumo masivo, **se nos permitía incrementar el precio de la LEP** de manera adicional a la que se originaría en un incremento ocasionado únicamente por el alza del insumo principal (leche cruda). Este incremento fue permitido en función de compensar posibles pérdidas al congelar el precio de otros productos, por lo que desde el punto de vista económico se estaría dando un equilibrio donde no se gana ni se pierde desde el punto de vista de una COMPENSACIÓN”.* (Las negrillas son nuestras).

“De este aspecto, nuevamente se resalta que al estarse dando un manejo regulado del precio de la LEP desde principios de 2011 para compensar posibles pérdidas en los productos de precio congelado (situación abalada por el Gobierno), el mercado de la LEP escapa al ámbito del DS 29519, por lo que el análisis de cualquier práctica anticompetitiva resulta ser innecesario y fuera de lugar”:

“Es importante destacar la existencia de dos momentos en la evolución de la leche cruda:

1) Hasta enero de 2011, donde el precio de la leche cruda se determina a través de reuniones entre PIL ANDINA S.A. y los productores (Estatutos de PIL).

2) Desde enero 2011, que se cuenta con un marco legal en el cual el Gobierno es el órgano que fija el precio de la leche cruda (Acta y Ley Proleche). Es en virtud de esta norma que las empresas del sector lácteo se convierten en tomadoras de precio en la leche cruda. Al tratarse de un sector regulado, cualquier posible práctica ya no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del D.S. 29519”.

Que, respecto al argumento descrito precedentemente, corresponde señalar que, en su análisis, PIL ANDINA S.A. omite considerar que, la AEMP a través de su Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de notificación de cargos, ya estableció un periodo de investigación, de esta forma la AEMP señala: *“Se evidenció indicios sobre la presunta existencia de una práctica anticompetitiva, la cual se habría cometido en las últimas gestiones 2009 - 2011 (Duración de la practica)”.*

Que, PIL ANDINA S.A. de acuerdo al argumento redactado precedentemente afirma que al encontrarse supuestamente regulada por la Ley N° 204 del PROLECHE de 15 de diciembre de 2011, *“de manera automática cualquier análisis posterior a dicha fecha que haga referencia a posibles problemas de competencia en el sector lácteo, escapa de su ámbito”* (las negrillas son nuestras). Es decir, que la empresa investigada, no considera que la AEMP a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 ya establece como periodo de investigación el comprendido entre las gestiones 2009 y 2011, que sería anterior al periodo en que la empresa se encontraría supuestamente regulada, encontrándose la AEMP ante cualquier duda, habilitada para pronunciarse en materia de defensa de la competencia dentro del mercado en el cual la empresa PIL ANDINA S.A. participa.

Que, por otra parte, corresponde efectuar un análisis respecto a la supuesta regulación bajo la cual se encontraría la empresa PIL ANDINA S.A. En este sentido, a continuación de acuerdo a la doctrina corresponde definir el término “regulación” y asimismo efectuar un análisis respecto a la supuesta regulación contenida en la Ley N° 204 del Proleche de 15 de septiembre de 2011.

Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, corresponde efectuar un análisis minucioso del artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519, bajo el cual la empresa PIL ANDINA S.A. se ampara, en este sentido, la citada disposición señala de forma textual lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.- (ÁMBITO). Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por Ley, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio nacional, están obligadas a

regirse por el presente Decreto Supremo. En consecuencia, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones coercitivas bajo responsabilidad de las autoridades competentes”.

Que, la empresa PIL ANDINA S.A. afirma que desde enero del año 2011 la misma se encontraría regulada por un acta suscrita con el gobierno, así como por la Ley N° 204 del PROLECHE. En este sentido, revisado el artículo descrito anteriormente, es evidente que el presupuesto objetivo para que una persona natural o jurídica que desarrolle actividades con o sin fines de lucro, en el territorio nacional no se encuentre obligada a regirse por el Decreto Supremo N° 29519, es la existencia de una Ley que regule a dicha empresa o lo que es lo mismo para el presente caso, es necesario que la empresa PIL ANDINA S.A. se encuentre regulada por una Ley.

Que, al respecto la empresa PIL ANDINA S.A. afirma que el acta suscrita con el Gobierno, así como la Ley N° 204 del PROLECHE serían los instrumentos legales que la regularían, en este sentido corresponde hacer análisis de los citados documentos.

1. El Acta de Acuerdo suscrito en fecha 8 de febrero de 2011, entre el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural y representantes del sector lechero, no constituye una Ley, por lo que no se adecúa al presupuesto objetivo que exige el artículo 2 del Decreto Supremo N° 29519 a efecto de ser excluida de la regulación de la AEMP, por lo que no corresponde efectuar mayores consideraciones respecto del citado acuerdo.
2. La Ley N° 204 del PROLECHE de 15 de diciembre de 2011, como bien se señala anteriormente, es emitida a fines de la gestión 2011, fuera del periodo de investigación realizado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, por lo que no podría considerarse causal de exclusión de la empresa PIL ANDINA S.A. del ámbito regulatorio de la AEMP. Asimismo, corresponde hacer referencia al objeto, objetivos y alcance de la Ley del PROLECHE que de acuerdo a sus artículos 1 y 2 son los siguientes:

Artículo 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto crear el Fondo de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo – PROLECHE y establecer sus fuentes de financiamiento, en el marco de la política de seguridad alimentaria con soberanía del Estado Plurinacional.

Artículo 2. (FONDO DE APOYO AL COMPLEJO PRODUCTIVO LÁCTEO – PROLECHE). Se crea el Fondo de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo - PROLECHE, el cual tendrá como objetivos:

1. Contribuir a la seguridad alimentaria con soberanía, facilitando el acceso de las bolivianas y bolivianos a los productos lácteos.
2. Promover el consumo de productos lácteos para elevar los niveles nutricionales de la población.
3. Fomentar el desarrollo del Complejo Productivo Lácteo.

Artículo 3. (ALCANCES). Los programas y proyectos estarán orientados a apoyar a los actores productivos del sector lácteo, en función a la aplicación de los siguientes criterios técnicos y económicos:

1. Para los productores de leche:

- a. Escala de Operaciones, priorizando el apoyo a los pequeños productores.
- b. Calidad, los pequeños productores deberán cumplir con la normativa de calidad de la leche fresca establecida por la entidad competente.

2. Para las Industrias Lácteas:

- a. Certificación de Precio Justo: serán beneficiarias de los programas y proyectos de apoyo, las empresas que cuenten con la Certificación de Precio Justo y el precio establecido impreso en el envase (CPJ) a ser emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, según reglamento a ser aprobado.
- b. Escala de Operaciones, priorizando el apoyo a las pequeñas empresas.
- c. Productos finales: se favorecerá a las empresas que elaboren productos de consumo masivo o popular.
- d. Mercado de destino de la producción: recibirán mayor apoyo las empresas que destinen su producción totalmente al mercado interno.
- e. Calidad: las empresas beneficiarias deberán cumplir con la normativa de calidad de productos lácteos establecida por la entidad competente.

Que, de acuerdo a los artículos citados, es posible establecer que el objeto de la Ley N° 204 del PROLECHE es el de Contribuir a la Seguridad Alimentaria, facilitando el acceso de los bolivianos a los productos lácteos, promover el consumo de productos lácteos y fomentar el desarrollo del Complejo Productivo Lácteo.

Que, por otra parte, el alcance de la Ley N° 204 son los actores productivos del sector lácteo, es decir Productores de Leche e Industrias Lácteas, quienes al acceder a programas y proyectos que comprenden el PROLECHE en las condiciones exigidas, obtienen beneficios.

Que, como puede observarse del análisis precedente, no existe Ley alguna que regule en materia de la competencia al sector correspondiente al mercado de la leche como afirma la empresa PIL ANDINA S.A., más aún siendo que esta empresa se apoya en un Acta de Acuerdo y una Ley de creación del Fondo de Apoyo al Complejo Productivo Lácteo – PROLECHE.

Que, a manera de conclusión respecto a este punto, considerando lo expuesto precedentemente, la AEMP al no evidenciar Ley alguna que regule la defensa de la libre competencia dentro el sector del mercado de la leche dentro el periodo sujeto a investigación, se encuentra facultada a ejercer sus atribuciones en el marco de la defensa de la libre competencia al interior de dicho sector en beneficio del interés público.

LA REGULACIÓN:

Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, es necesario aclarar el alcance de la regulación, para lo cual nos remitimos al análisis doctrinal que señala:

Haciendo referencia a la Regulación: “En general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Cuando este funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y – en algunos mercados asimétricos – proteger al consumidor. Así, pues, la regulación – en especial, la regulación económica – es por definición un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que deben reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se busquen, exigir

estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los precios; en todo lo demás, abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos – como hace el mercado – para una más eficiente gestión de las empresas”⁴¹.

“El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resulten esenciales para la vida y el bienestar de aquella. [...] En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación.”⁴²

“En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquella no exista) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural”...

“... conviene insistir en que la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra – mercado. Los supuestos que suelen citarse como “justificadores” de regulación son: externalidades (efectos negativos sobre terceros que no pueden ajustarse vía mercado), poder sobre el mercado (que hace la competencia ficticia o inexistente; el supuesto máximo de ello es el monopolio natural), supuestos de información asimétrica (cuando ambas partes están en posición completamente desigual a la hora de contratar en cuanto a las condiciones de la operación), supuestos de “destructive competition” (existencia de grandes inversiones no recuperables o “sunk costs”, en el caso de que entren nuevos operadores que les fuercen a abandonar el mercado; o de competencia en las condiciones de oferta que los demás operadores no pueden soportar...”⁴³

Que, de acuerdo al análisis doctrinal descrito precedentemente, se evidencia que la regulación comprende la restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, la cual es necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos, que en el presente caso de investigación involucra a los derechos de los compradores o clientes como bien señala PIL ANDINA S.A. En este sentido, a continuación se efectuará un análisis del presupuesto legal que describe el artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519.

LOS CONSUMIDORES INTERMEDIOS

⁴¹ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 616. Año 2004.

⁴² Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 617. Año 2004.

⁴³ Gaspar Ariño Ortiz; Principios de Derecho Público Económico. Pg. 619. Año 2004.

Que, otro de los argumentos que presenta PIL ANDINA S.A. en atención a la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de 28 de septiembre de 2012, es el siguiente:

“Un canal de distribución comprende una, varias o todas las unidades intermediarias que forman el circuito. En consecuencia los canales pueden ser largos o cortos, en función de las unidades comerciales que los componen, y directos (fabricante-consumidor final) o integrados (cuando al menos uno de los intermediarios no es un órgano individual).

*De estas definiciones se llega a la conclusión de que los agentes intermediarios que permiten que el producto final llegue al consumidor **son consumidores intermedios y no finales**, por lo que el análisis de los mismos en el marco del DS29519 escapa tanto como a su objetivo como a su ámbito”.*

[...] *“debemos señalar que PIL utiliza los siguientes canales de distribución:*

1. Distribuidores Horizontales

Un distribuidor horizontal es una entidad formalmente establecida la cual tiene las siguientes características:

- a) Toma en propiedad todos los productos que comercializa PIL ANDINA S.A. y los cuales deben distribuir a nivel de gran cantidad de puntos de venta (tiendas) dentro de territorio de ventas asignado, al cual se le desarrolla zonas y rutas de venta, con vendedores por cada ruta y camión con personal para la entrega de los productos, a cada distribuidora se le asigna objetivos mensuales por línea y producto en función al territorio asignado.*
- b) Debe tener infraestructura para el almacenamiento de los productos secos y que requieren refrigeración, mínimo para 1.800 cajas.*
- c) Debe tener vehículos propios o alquilados para atender la zona asignada mínimo 5 a 7 camiones con equipo de frío con capacidad de 2 TM.*
- d) capital de operación, boletas bancarias y/o DPF para garantías de cajas plásticas, asimismo capacidad de endeudamiento financiero con garantía hipotecaria para soportar sus compras a crédito para mantener stocks de seguridad.*
- e) Experiencia en gestión de ventas, distribución y marketing probada, a fin de que la gestión en la distribuidora sea eficiente y alineada a la forma de gestionar que tiene PIL ANDINA S.A.*
- f) Intermedian de manera indirecta, para que sus clientes las tiendas en general hagan llegar al consumidor final nuestros productos, por lo que los distribuidores son consumidores intermedios en una compleja cadena.*

2. Mayoristas

Son clientes que comercializan un portafolio específico de productos, principalmente no perecederos, estos tienen las siguientes características:

- A) Tienen ubicación en lugares concentrados de consumidores, como las existentes en las calles Garzilazo de la Vega, Uyustus, en la Paz, mercado La Cancha en Cochabamba, La Ramada en Santa Cruz y otros.
- B) Deben tener capital de operación y capacidad de endeudamiento necesario para cumplir con las exigencias de PIL ANDINA S.A.
- C) Son puestos fijos; no hacen distribución y venden directo al consumidor final para escala mucho mayor que tiendas en zonas geográficas más dispersas.
- D) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, por lo que son consumidores intermedios.

3. Autoservicios

Los autoservicios son las cadenas de supermercados establecidos a nivel nacional y tienen las siguientes características:

- a) Compran el 100% del portafolio que vende PIL ANDINA S.A., tienen infraestructura adecuada para venta y para almacenamiento de los productos secos y los que requieren equipo de frío.
- b) Tienen ubicación fija con espacios adecuados que venden de forma directa al consumidor final.
- c) Tienen capacidad económica adecuada para cumplir las exigencias de PIL ANDINA S.A..
- d) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, por lo que son consumidores intermedios.

4. Agencias

Son clientes que venden sus productos en lugares fijos con concentración de consumidores finales muy atractivo

- a) Deben tener un espacio físico para la venta del 100% de los productos que comercializa PIL ANDINA S.A., tener espacio adecuado para almacenamiento de los productos, con preferencia de frío.
- b) No hacen distribución, deben tener capital de operación y capacidad de endeudamiento con garantías para cajas y compras a crédito.
- c) Al cumplir estas funciones son consumidores intermedios, que comercializan el producto de manera directa para llegar al consumidor.

5. Instituciones

Son empresas públicas y privadas que compran los productos como materia prima y para revender.

- a) Se firman contratos específicos para compra de productos.
- b) Compran al contado y a crédito de acuerdo a condiciones contractuales.
- c) Compran productos que son usados para la elaboración de productos finales, por ende son consumidores intermedios.

De esta representación, y las anteriores definiciones se concluye que los canales de distribución son **CONSUMIDORES INTERMEDIOS** que utilizan los bienes vendidos

por parte de PIL para llegar al consumidor ya sea de manera directa o a través de otros intermediarios.

Todas las empresas que comercializan productos de consumo masivo, mediante el uso de políticas comerciales, cobran precios distintos a estos canales con el fin de llegar al consumidor final con un precio similar sin que exista la posibilidad de arbitraje.

La existencia de precios distintos se debe a que cada canal tiene características distintas, costos e inversiones distintas, en tal sentido esta diferenciación genera eficiencia económica siendo la misma una medida pro competitiva que busca que el consumidor reciba los mejores precios posibles sin importar el lugar donde lo compre.

De esto se concluye que los canales son distintos desde el punto de vista funcional, económico, y financiero. [...]

[...] **“3. El consumidor nacional es final; el extranjero es INTERMEDIO.** Es más, una parte de la LECHE EN POLVO es exportada para un proceso de "maquila" para importar leche evaporada con la marca PIL; en tal sentido ni son agentes económicos similares ni son consumidores finales, ni son productos semejantes. Por lo que la posible práctica escapa al objetivo del DS 29519 que, como ya se tiene dicho, se centra en CONSUMIDORES FINALES” (las negrillas son nuestras).

“La Resolución Administrativa de la AEMP sostiene que cobramos precios distintos por tipo de agente económico. Esta hipótesis depende de que a) los citados agentes sean consumidores finales, b) se traten de agentes situados en igualdad de condiciones. **Ninguno de los dos argumentos es sustentable porque ninguno de los agentes es un consumidor final, sino solamente son consumidores intermedios, donde PIL ANDINA S.A., para canalizar al consumidor final, utiliza a estos "consumidores intermedios"** con el objetivo de que el consumidor final reciba un precio similar, por lo que "la supuesta discriminación" en realidad es una medida PROCOMPETITIVA que consigue que los consumidores finales no sean discriminados sin importar el canal donde obtengan el producto en el sentido de que reciben un precio SIMILAR sin importar donde adquieran el bien, reduciendo sus costos de transacción, menú y otros aspectos que maximizan su bienestar económico total. En este sentido esta posible práctica no puede ser tipificada como tal porque escapa al objetivo del D.S. 29519.”

“En otro de sus argumentos PIL ANDINA S.A. señala que la AEMP en su análisis establece lo siguiente:

La AEMP señala **en su documento técnico** que el objeto de restringir la competencia es el de obtener ganancias o rentas adicionales, para lo cual argumentamos en nuestra defensa, que tal cual se demostró anteriormente, que los principales argumentos empleados en el análisis por parte de la AEMP para demostrar las posibles prácticas anticompetitivas, son inválidos:

a. Reducción del bienestar en la economía y ante todo en los consumidores finales.

- b. La existencia de poder de mercado (que al mismo tiempo cuenta como condición necesaria y suficiente la existencia de una cuota de mercado elevada dado el mercado relevante).*
- c. En cuanto a la posible práctica anticompetitiva, la existencia de productos homogéneos, la existencia de agentes económicos situados en igualdad de condiciones.*
- d. Que las posibles prácticas anticompetitivas afectan al consumidor final”.*

Que, considerando los descargos descritos precedentemente, es posible establecer que el argumento de la empresa PIL ANDINA S.A. gira en torno a la supuesta falta de objeto en el presupuesto legal de la norma bajo la cual se le notifican los cargos como es el numeral 10, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, toda vez que según la empresa investigada, dicha disposición se encuentra dirigida a los consumidores finales y no así a los consumidores intermedios.

Que, a efecto de establecer el alcance real de la citada disposición, corresponde realizar el análisis de la misma, identificando los sujetos que serían alcanzados por la misma, en este sentido, el numeral 10 del artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 11.- (CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS RELATIVAS).

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, en los siguientes casos:

- 10. El establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones”*

Que, de acuerdo a lo establecido por el artículo descrito precedentemente, conductas anticompetitivas relativas, son aquellos 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 a favor de una o varias personas en el caso del establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

Que, efectuando un análisis más profundo de esta disposición, es posible determinar los siguientes supuestos:

- Conducta anticompetitiva relativa es aquel acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, para lo cual se requiere que quien ejerza esta práctica sea un agente económico.
- Conducta anticompetitiva relativa es aquel acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir sustancialmente el acceso de agentes económicos al mercado.

- Conducta anticompetitiva relativa es aquel acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación cuyo objeto o efecto sea o pueda ser establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

Que, todos estos supuestos descritos en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, en el presente caso de investigación, son complementados por el presupuesto contenido en el numeral 10 del mismo artículo que es:

- El establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

Que, el presupuesto contenido en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, en el presente caso complementado con el numeral 10 del mismo artículo, configura la conducta reprochable.

Que, la empresa PIL ANDINA S.A. por su parte afirma que el artículo está dirigido a regular la conducta de aquellas personas, en calidad de compradores o vendedores constituidos por los consumidores finales, es decir aquellos que consumen el producto físicamente, para beneficio de su organismo y no así a quienes compran el producto para llevarlo al consumidor final como son los distribuidores por ejemplo. Y por esta razón, el artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519 bajo el cual se le establecen cargos, no tendría objeto.

Que, esta posición es adoptada por PIL ANDINA S.A., bajo el supuesto argumento de que, la AEMP en su análisis técnico establece que los afectados directos son los consumidores finales, sin embargo, revisado el análisis técnico contenido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS N° 0138/2012 de 26 de septiembre de 2012 y el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS N° 0113/2012 de 15 de agosto de 2012, se evidencia que la AEMP en ningún momento hace referencia a consumidores finales, por lo que la empresa está tergiversando la realidad de los hechos objeto del presente proceso.

Que, volviendo al análisis del artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519, de acuerdo a lo establecido por la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de notificación de cargos, ésta claramente hace referencia a la existencia de indicios de la presunta infracción al citado artículo por parte de la empresa PIL ANDINA S.A. en lo que refiere al presunto cobro de precios diferenciados tanto para la leche ultra pasteurizada como para la leche en polvo, constituyendo ambos productos uno sólo en lo que refiere al mercado producto objeto de investigación.

Que, el estudio realizado por la AEMP logra identificar aquellas conductas que afectan al normal desarrollo del mercado, en este sentido, el ente regulador investiga las conductas de las empresas, que por sus características tienen las condiciones técnicas y económicas como para afectar el mercado sustancialmente, condiciones que claramente un consumidor final no puede reunir, por lo que el objeto del artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519, **es el comprador y no únicamente el consumidor final como afirma la empresa PIL ANDINA S.A.**

Que, por último con relación a este punto, la empresa PIL ANDINA S.A. al momento de presentar sus descargos, hace una correcta descripción del contenido de los cargos establecido en su contra, al señalar de forma textual:

“En la Resolución Administrativa se señala que PIL ANDINA S.A. habría incurrido en dos posibles infracciones:

- 1. Precio de comercialización en el mercado interno mayor al externo en leche en polvo.*
- 2. Discriminación de precios entre distintos agentes económicos que en este caso son consumidores intermedios pertenecientes a una compleja cadena de distribución”.*

Que, en el transcurso de su defensa es que PIL ANDINA S.A. tergiversa el análisis de la Autoridad lo cual lleva a confusión a la misma empresa. En este sentido, la empresa llega a señalar lo siguiente:

“3. El consumidor nacional es final; el extranjero es INTERMEDIO. Es más, una parte de la LECHE EN POLVO es exportada para un proceso de "maquila" para importar leche evaporada con la marca PIL...” (las negrillas son nuestras).

Que, esta afirmación es contradictoria, toda vez que líneas antes la misma empresa PIL ANDINA S.A. establecía que:

“debemos señalar que PIL utiliza los siguientes canales de distribución:

6. Distribuidores Horizontales ...

*f) Intermedian de manera indirecta, para que sus clientes las tiendas en general hagan llegar al consumidor final nuestros productos, por lo **que los distribuidores son consumidores intermedios** en una compleja cadena.*

7. Mayoristas...

*D) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, **por lo que son consumidores intermedios.***

8. Autoservicios...

*d) Intermedian de manera directa para hacer llegar nuestros productos, **por lo que son consumidores intermedios.***

9. Agencias...

*c) Al cumplir estas funciones **son consumidores intermedios**, que comercializan el producto de manera directa para llegar al consumidor.*

10. Instituciones...

c) *Compran productos que son usados para la elaboración de productos finales, por ende **son consumidores intermedios**. (las negrillas son nuestras).*

*De esta representación, y las anteriores definiciones se concluye que **los canales de distribución son CONSUMIDORES INTERMEDIOS** que utilizan los bienes vendidos por parte de PIL para llegar al consumidor ya sea de manera directa o a través de otros intermediarios. (las negrillas son nuestras).*

Que, por lo expuesto precedentemente, de acuerdo a sus mismos argumentos, la empresa PIL ANDINA S.A. no puede afirmar que todos los consumidores finales son nacionales y que los consumidores intermedios son extranjeros, toda vez que las agencias, distribuidores, mayoristas, instituciones y autoservicio en su mayoría no son extranjeros. Claramente PIL ANDINA S.A. ha afirmado que **los consumidores intermedios** son todos aquellos que intermedian de manera directa, para que el producto llegue **al consumidor final**.

Que, asimismo, la diferencia que realiza la empresa PIL ANDINA S.A. entre consumidores finales e intermedios, resulta intrascendente a efectos de terminar la infracción del artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519, **norma que exige la participación de compradores y vendedores pero no así de consumidores**; por lo que el alcance de esta disposición legal, tiene como destino a aquellos agentes económicos en general, que compran o venden un determinado producto, no haciendo distinciones de consumidores intermedios o finales como innecesariamente hace la empresa PIL ANDINA S.A. Consiguientemente, de acuerdo a la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 se estableció que la empresa PIL ANDINA S.A. habría incurrido en la comisión de la práctica anticompetitiva relativa descrita anteriormente.

CONSIDERANDO: (Con relación al Procedimiento Administrativo)

Que el procedimiento administrativo aplicado es el enmarcado en el Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, emitido por el Ministerio de Producción y Microempresa, el cual es específico para el procedimiento administrativo de defensa de la libre competencia.

Que, supletoriamente se cuenta con el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, como lo establece el artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190,⁴⁴ por lo que, por especialidad⁴⁵ se aplica el primero en todo lo que no sea contrario.

⁴⁴ El artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190 establece que “son aplicables como normas supletorias, a los efectos de un procedimiento administrativo sancionador que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso, el Decreto Supremo N° 27175 Y el Decreto Supremo N° 27113”.

⁴⁵ Es importante tomar en cuenta, que la aplicación de la norma específica sobre la principal se realiza en sujeción del principio de especialidad, dicho criterio se utiliza ante la antinomia entre las normas que regulan una situación en particular. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, que tiene como objeto regular la competencia y reconoce mecanismos adecuados a ser ejecutados por la Superintendencia de Empresas (ahora AEMP), Además, se establece en la Disposición Adicional Cuarta que el Ministerio de Producción y Microempresa elaborará el reglamento

Que el inciso b) parágrafo I del Artículo 22 del Reglamento de Regulación de la Competencia, mencionado anteladamente, establece que la Resolución Administrativa que notifique con los cargos deberá contener el plazo, **no menor a tres (3) ni mayor a quince (15) días hábiles administrativos**, para que el presunto infractor presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo.

Que el artículo 23 del citado reglamento, establece un **plazo de prueba de quince (15) días hábiles administrativos**, además determina que éste podrá prorrogarse por motivos justificados, por una sola vez y por un plazo adicional de diez (10) días hábiles administrativos.

Que en ese sentido, es importante tomar en cuenta que el plazo determinado en el inciso b) del parágrafo I del artículo 22 es de **tres (3) a quince (15) días hábiles administrativos**, mientras que el plazo determinado en el artículo 23 para el periodo probatorio es de **quince (15) prorrogables a diez (10) días hábiles administrativos**, por lo que, se puede determinar **que son plazos distintos, por ende etapas distintas del procedimiento**.

Que, de acuerdo al artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se tiene que, el ente regulador una vez concluido el término de prueba y dentro de los siguientes diez (10) días hábiles administrativos emitirá la Resolución Administrativa correspondiente, ya sea sancionando o desestimando la sanción administrativa. Agrega que la Resolución Administrativa determinará:

- a) Si el o los investigados violaron las disposiciones en materia de promoción de competencia;
- b) De existir la violación, se señalará la obligación de cesar la conducta que se haya declarado como anticompetitiva; y
- c) Las sanciones de haber lugar a ellas, se aplicarán de conformidad a lo dispuesto en el capítulo IV del mismo Reglamento.

CONSIDERANDO: (Atribuciones de la AEMP para sancionar la comisión de prácticas anticompetitivas)

Que, el artículo 84 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (LPA) de 23 de abril de 2002, establece que vencido el término de prueba, la autoridad administrativa correspondiente en el plazo de diez (10) días emitirá resolución que imponga o desestime la

correspondiente sobre aquellos aspectos necesarios para su efectiva y correcta aplicación, por lo que, al ser la Defensa de la Libre Competencia una rama técnica y especializada se determino un procedimiento administrativo específico para la satisfacción del interés general.

Como Miguel Marienhoff establece las “personas públicas -dice un tratadista- tienen un campo de actuación limitado por su *especialidad*”, de la misma forma, Juan Carlos Cassagne señala que el “Estado se halla limitado por el principio de la especialidad en cuya virtud no pueden los órganos realizar actividades que no estén relacionadas con el fin u objeto de la institución”, en ese sentido, la AEMP al contar con atribuciones técnicas y específicas debe contar con los medios adecuados y propios para ejercerlas.

sanción administrativa. Contra la resolución de referencia procederán los recursos administrativos previstos en la presente Ley.

Que, el artículo del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, establece que sin perjuicio de las acciones por responsabilidad penal que corresponda, los transgresores de las normas contenidas en el presente Decreto Supremo y demás disposiciones complementarias, serán pasibles a sanciones impuestas ya sea por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) o por el Instituto Boliviano de Metrología, cuando corresponda.

Que, según el artículo 18 del Decreto Supremo N° 29519, las sanciones se calificarán por las autoridades competentes, en base a los criterios descritos en la misma norma y su artículo 19, señala que las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) y el IBMETRO como autoridades competentes, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:

1. Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad leve;
2. Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por las autoridades competentes, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad media;
3. Suspensión definitiva o temporal hasta un máximo de dos (2) años a personas naturales o jurídicas sujetas a fiscalización de las autoridades competentes, para aquellas infracciones, actos u omisiones calificadas con gravedad máxima;
4. Revocatoria de Matrícula de Comercio, de aquellas personas o entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Empresas, por infracciones, acciones u omisiones;
5. Prohibiciones y decomisos, para efectos de la aplicación de la normativa del IBMETRO.

Que, el párrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 29519, establece que las sanciones se aplicarán, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, dentro las previsiones de los Artículos anteriores, mediante resolución motivada dictada por las Máximas Autoridades Ejecutivas.

Que, el artículo 22 del Decreto Supremo N° 29519, establece que se aplicará al presente régimen de sanciones, las disposiciones legales contenidas en la LPA y sus disposiciones complementarias.

Que, el artículo 3 del Reglamento de Regulación de la Competencia, establece que la Superintendencia (ahora, AEMP) aplicará sanciones en el marco del presente Reglamento y los principios y garantías establecidos en la Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2004, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción. Además, se establece que las Resoluciones Administrativas mediante las que se impongan sanciones, deberán contener las consideraciones de orden técnico y jurídico, por las cuales se determinó imponer la sanción.

Que, el artículo 4 del citado Reglamento de Regulación de la Competencia, determina que las sanciones señaladas en el presente Reglamento son de carácter administrativo e independientes y distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a las leyes y disposiciones normativas relacionadas con el ámbito comercial.

Que, el artículo 5 del Reglamento de Regulación de la Competencia, aprobado por la Resolución Ministerial N° 190, señala que las multas previstas en el presente Reglamento están denominadas en Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), sin embargo el pago de las mismas deberá ser realizado en moneda nacional de curso legal y corriente al tipo de cambio oficial, en la fecha de su pago.

CONSIDERANDO: (Valoración jurídica)

PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS CONFORME LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012

a. Art. 11 numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519. (Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 - CARGOS)

Que, en una primera instancia, la resolución de notificación de cargos, una vez realizado el análisis de la conducta de la empresa PIL ANDINA S.A., observó que esta empresa habría incurrido en la siguiente infracción:

Al artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, que de forma genérica con relación a las prácticas anticompetitivas relativas establece el siguiente supuesto esencial; "son consideradas conductas anticompetitivas aquellas 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 a favor de una o varias personas en los siguientes casos:".

Numeral 10.-

El establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

Existen indicios de que la empresa PIL ANDINA S.A. ha realizado el cobro de precios diferenciados a clientes de diferente clase, tanto para la leche ultra pasteurizada como para la leche en polvo, siendo este el mismo producto, toda vez que no se contaría con la adecuada justificación para que la empresa realice tal discriminación. De esta forma se pudo presumir que PIL ANDINA S.A. con este comportamiento, estaría afectando a la competencia, e

indirectamente perjudicaría a los compradores, ya sean privados como públicos.

**Art. 11 numeral 10 del Decreto Supremo N° 29519.
(Conclusión del Proceso Sancionador)
Subsunición de la Acción.**

Que, a efecto de establecer la adecuación de la conducta a la norma, **en primer lugar** se considera el siguiente presupuesto general contenido en el artículo 11, para que una conducta sea considerada anticompetitiva relativa: “Son 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 a favor de una o varias personas,…”

Que, en el presente caso, de la prueba aportada por la misma empresa PIL ANDINA S.A., se evidenció una diversidad de actos a través de los cuales esta empresa establece ventajas exclusivas a favor de determinadas empresas que constituyen parte de sus canales de distribución de leche entera en polvo y leche UHT.

Que, **en segundo lugar** corresponde efectuar una consideración del objeto o efecto de estas ventajas exclusivas a favor de ciertos distribuidores, que de acuerdo al sentido estricto de su numeral 10 artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, establecen distintos precios, distintas condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.

Que, de acuerdo a lo señalado por la empresa PIL ANDINA S.A., la misma empresa acepta la discriminación realizada, sin embargo señala que esta no constituye infracción al Decreto Supremo N° 29519, justificándola bajo una serie de argumentos que no conllevan a desvirtuar los cargos establecidos en su contra de forma técnica. En este sentido, respecto a estos argumentos irrelevantes, el análisis técnico concluyó que:

1. Los precios de la leche cruda no guardan relación con la discriminación de los precios de la LEP o a la leche UHT identificada por la AEMP.
2. PIL ANDINA S.A. hace referencia a los precios de la leche UHT a nivel internacional, pero no hace referencia a la discriminación de precios de la LEP para el mercado interno y para la exportación identificada por la AEMP.
3. PIL ANDINA S.A. no es tomadora de precios de la leche cruda, y aunque así fuera, ello no explica la discriminación de precios identificada por la AEMP.
4. La Ley N° 204 del PROLECHE, es una ley que establece incentivos al sector productivo de la leche, no establece parámetros de defensa de la competencia, y es promulgado fuera del periodo de investigación efectuado por al AEMP, por lo que la conducta de PIL ANDINA S.A. puede ser investigada en el marco de la defensa de la competencia.

5. La supuesta menor competitividad para PIL ANDINA S.A. respecto a la competencia no es factible, puesto que la estabilidad de precios se presenta para todas las empresas industrializadoras de leche, por lo cual todas estas empresas se encuentran en condiciones homogéneas; aún así, este punto no guarda relación con la discriminación de precios identificada por la AEMP.

Que, por otra parte, la AEMP realizó el análisis técnico y legal de los descargos presentados por PIL ANDINA S.A. de los cuales se logró confirmar la conducta anticompetitiva de esta empresa, de acuerdo a lo siguiente lo siguiente:

- Que, la AEMP valoró la política de comercialización explicada por PIL ANDINA S.A., es por ello que logró identificar la discriminación de precios que realiza dicha empresa entre los distintos compradores conforme lo señalado en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 104/2012 de notificación de cargos.

Que, PIL ANDINA S.A. señaló que establece un precio al consumidor final basando su oferta en otorgar a los canales de distribución un margen razonable que sostenga las inversiones realizadas en infraestructura y costos de operación. *Según la misma empresa, estos márgenes difieren por canal*, línea de productos y condición de pago. Asimismo, señaló que estos márgenes pueden ser determinados en base a la lista de precios presentada.

Que, del análisis realizado a la *Lista de Precios* que genera que los márgenes por canal de distribución difieran, **se determinó la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A.** con una serie de agentes económicos que se encuentran en **igualdad de condiciones comprando** producto a la mencionada empresa industrializadora para su reventa. Este análisis fue el descrito en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 104/2012.

- Que, el análisis de los precios de los productos comercializados por parte de PIL ANDINA S.A. con los agentes económicos intermedios, no escapa al objetivo ni al ámbito de las investigaciones realizadas por la AEMP en el mercado del Decreto Supremo Nº 29519. En este sentido, el que PIL ANDINA S.A. como empresa con **poder de mercado** discrimine precios entre los compradores de productos, le permite a dicha empresa maximizar sus beneficios utilizando sin tener que incrementar sus costos, lo cual se constituye en la motivación para incurrir en la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 11, numeral 10 del Decreto Supremo Nº 29519.
- Que, se logró definir que la figura del arbitraje restringida por la empresa PIL ANDINA S.A. es el proceso de comprar bienes o activos en un mercado donde el precio es menor y venderlo en mercados donde el precio es mayor para lograr ganancias sin riesgo. Para poder practicar de manera exitosa la discriminación de precios las empresas deben prevenir que ocurra el arbitraje entre los mercados en los cuales estas venden el producto a precios diferentes”.

Que, según PIL ANDINA S.A. se **cobran precios distintos a los canales de distribución** con el fin de llegar al consumidor final con un **precio similar sin que exista la posibilidad de arbitraje**". Sin embargo, al realizar esta afirmación PIL ANDINA S.A. **acepta que realiza la discriminación de precios** entre los distintos canales de distribución que compran sus productos para la reventa y asimismo acepta que **evita que se pueda llevar a cabo arbitraje**, bajo el justificativo de que ello permitirá llegar al consumidor final con un precio similar.

Que, el argumento presentado por PIL ANDINA S.A. no representa un descargo a la discriminación de precios identificada por la AEMP, sino que por el contrario representa una **plena aceptación** de la discriminación de precios llevada a cabo entre los distintos compradores **reforzada** por la imposibilidad de arbitraje, debido a los obstáculos que la misma PIL ANDINA S.A. genera.

- Que, de acuerdo a lo afirmado por PIL ANIDNA S.A. los clientes más grandes a los que PIL ANDINA S.A. vende sus productos (Distribuidores, mayoristas, autoservicio, agencias e instituciones) presentan precios menores a los que presentan los clientes más chicos (Minoristas), por lo tanto se evidencia la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. que favorece a los clientes grandes por encima de los pequeños.

Que, esta discriminación genera **que se desplace del mercado** a las tiendas pequeñas a las que se les cobra precios elevados, favoreciendo a grandes cadenas de supermercados, aspecto que se determinó en la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/Nº 104/2012.

Que, al realizar PIL ANDINA S.A. este tipo de discriminación de precios entre sus distintos **compradores**, dicha **empresa logra incrementar sus ingresos sin incrementar sus costos de producción** y el beneficio final propio es incrementado. Este es el incentivo principal que tiene PIL ANDINA S.A. para realizar la discriminación de precios.

Que, la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A., no representa un mejor uso de recursos que reduzcan los costos, es decir que **no se genera ninguna eficiencia productiva**; no genera que los consumidores accedan a las mejores condiciones de precios (evita la competencia en precios y el arbitraje), por lo cual **no se genera ninguna eficiencia asignativa**; y no representa una inversión que genere la creación o mejora de productos, por lo que **no genera ninguna eficiencia dinámica**, tal como señala el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 29519.

Que, por tanto **no puede considerarse** que la discriminación de precios realizada por PIL ANDINA S.A. "genera eficiencia económica" y mucho menos puede considerarse que esta sea "una medida pro competitiva", como lo señala PIL ANDINA S.A.

Que, PIL ANDINA S.A. concluye que los canales son distintos desde el punto de vista funcional, económico, y financiero", sin embargo este no constituye un argumento para señalar que los agentes económicos no se encuentran en igualdad de condición,

todos son clientes o compradores de productos de PIL ANDINA S.A., lo que los sitúa en igualdad de condiciones al margen de su operatividad, capacidad de inversión u otras características.

- Que, según ejercicio realizado por la AEMP el precio de venta promedio de la LEP instantánea para la exportación durante la gestión 2010 fue de apenas 32,99 Bs./Kg, un valor **muy por debajo** del que de acuerdo al ejercicio se debería haber cobrado por la LEP instantánea exportada por PIL ANDINA S.A.

Que, por tanto, queda demostrada la discriminación de precios que realiza PIL ANDINA S.A., mediante la cual se cobran precios superiores en el mercado interno que lo precios que se cobran para la exportación, logrando de esta manera **incrementar sus ingresos y no así sus costos de producción**, incrementado así el beneficio final propio en detrimento de la libre competencia.

Que, una vez considerado el análisis técnico y jurídico a los descargos presentados por la empresa PIL ANDINA S.A., lo expuesto precedentemente además de los argumentos y documentación presentada por PIL ANDINA S.A., se evidencia que esta empresa ha discriminado a los clientes o compradores de sus productos LEP y UHT, al establecer precios diferentes entre ellos para el mismo producto, estableciendo PIL ANDINA S.A. ventajas exclusivas para los clientes que destinan el producto al mercado externo.

CONSIDERANDO: (Conclusiones)

Que, de acuerdo a lo establecido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/Nº 002/2013 de 09 de enero de 2013; el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/Nº 003/2013 de 10 de enero de 2013, y lo expuesto en el presente acto administrativo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha cumplido con el procedimiento descrito en el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo Nº 29519 aprobado por Resolución Ministerial Nº 190, respetando todos los derechos y garantías constitucionales y procesales de la empresa investigada. Asimismo, toda la documentación y argumentos expuestos por la empresa investigada en las distintas etapas procesales presentadas oportunamente, han sido analizadas y valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica.
2. Se ha determinado que la empresa PIL ANDINA S.A., dentro el mercado nacional de leche ultra pasteurizada y leche en polvo ha discriminado a los compradores o clientes situados en igualdad de condición a fin de establecer ventajas exclusivas para aquellos que destinan el producto al mercado externo y las empresas que poseen mayor capacidad económica. Asimismo, se evidencia que la leche en polvo (LEP) y leche UHT son productos vendidos por la misma empresa a compradores o clientes a un precio diferenciado entre compradores grandes y pequeños, generando desventajas competitivas en contra de los pequeños.

La discriminación de precios practicada por la empresa PIL ANDINA S.A. consiste en la venta de producto a compradores o clientes en el territorio nacional,

discriminándolos por el destino del producto adquirido y por el tamaño de la empresa que adquiere el producto, siendo estos beneficiados con ventajas exclusivas respecto al precio, en razón de su condición. Esta práctica fue realizada por PIL ANDINA S.A. en el periodo de investigación 2009 – 2011, en beneficio propio y en detrimento de la libre competencia por lo que, esta conducta se adecua a lo establecido en el numeral 10 artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008.

3. El mercado relevante fue determinado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas en ejercicio de sus atribuciones, a través de la Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012, la cual señala que este sería: *“la producción y distribución de la leche ultra pasteurizada y la leche en polvo, en todo el territorio nacional de las gestiones 2009 – 2011”*. Por lo que, resulta impertinente la apreciación realizada por PIL ANDINA S.A. respecto al mercado relevante que debería considerar el ente regulador, toda vez que este ya fue determinado, estableciéndose además el poder de mercado que la empresa investigada posee en el citado mercado relevante.
4. De acuerdo al análisis técnico, la conducta de la empresa PIL ANDINA S.A. tiene los siguientes efectos negativos en el mercado, la competencia y los consumidores:
 - a. Al analizar el flujo de comercio de LEP entre Bolivia y otros países de la región, se determinó que únicamente un nivel reducido realiza la importación de LEP. Además se observó la cautividad que presentan los compradores o clientes internos, con la empresa PIL ANDINA S.A. que provee al 99,62% del mercado boliviano.
 - b. Se determinó que PIL ANDINA S.A. presenta cuotas de mercado elevadas tanto en el mercado de Leche UHT (89,79%) como en el mercado de Leche en Polvo (99,62%), determinándose que puede fijar precios de manera unilateral, como lo demuestra la discriminación entre precios de venta de exportación de la LEP y precio de venta de la LEP en el mercado interno.
 - c. Se determinó que los costos hundidos, economías de escala, cierre de acceso a posibles proveedores, barreras arancelarias, paraarancelarias y legales, se encuentran entre las barreras de ingreso, que pueden alterar la oferta de Leche en Polvo y Leche UHT, en el mercado boliviano.
 - d. Las cuotas de mercado de la competencia de PIL ANDINA S.A. tanto en el mercado de Leche en polvo como en el mercado de leche UHT, así como la envergadura de sus empresas rivales en el mercado boliviano (mercado geográfico), eliminan toda posibilidad de poder de mercado por parte de las empresas rivales a PIL ANDINA S.A.
 - e. PIL ANDINA S.A. obliga a los proveedores accionistas a abastecerla de leche, eliminando el acceso a empresas rivales a dichos insumos y restringiendo el acceso de la competencia a dicho insumo, así como el derecho de los proveedores de tener otros clientes. Aspecto relevante si se considera que el

70% de la leche acopiada es provisionada por dichos proveedores a PIL ANDINA S.A.

- f. La discriminación de precios a sus compradores o clientes es una conducta realizada por PIL ANDINA S.A. dentro el periodo que comprende la investigación (año 2009 – 2011), periodo en el cual ésta empresa habría maximizado sus ganancias en detrimento de la libre competencia.
5. Una vez concluido el análisis técnico y jurídico, conforme señala el artículo 35 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se estableció que PIL ANDINA S.A. cometió la práctica anticompetitiva relativa por la cual se le establecieron cargos en su contra dentro el periodo comprendido entre las gestiones 2009 y 2011, cargos relacionados a la discriminación de precios en la comercialización de leche ultra pasteurizada y de leche en polvo en el mercado nacional, mercado en el cual presenta cuotas de mercado elevadas tanto en el mercado de Leche UHT (89,79%) como en el mercado de Leche en Polvo (99,62%), estableciendo ventajas exclusivas a favor de los compradores o clientes que destinan el producto al mercado externo y las empresas que poseen mayor capacidad económica, logrando obtener beneficio propio en detrimento de los demás compradores, el consumidor final y la libre competencia.

Por todo lo expuesto precedentemente, la infracción cometida por la empresa PIL ANDINA S.A. corresponde a un nivel de gravedad media, la cual debe ser sancionada con multa, con las consideraciones del artículo 30 del citado Reglamento y el artículo 21, parágrafo I del Decreto Supremo N° 29519.

6. No concurren en el presente procedimiento sancionador agravantes o atenuantes conforme describen los artículos 36 y 37 del Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190.

Que, expuestas las conclusiones respecto al proceso sancionador iniciado mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/DTDCDN/N° 104/2012 de 28 de septiembre de 2012 y luego de haberse realizado las distintas etapas que comprenden este proceso, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, corresponde emitir la Resolución Administrativa respectiva.

POR TANTO:

El Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, en uso de las atribuciones conferidas por Decreto Supremo N° 0071 de fecha 9 de abril de 2009 y demás normas legales sectoriales;

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR PROBADA la comisión de la conducta anticompetitiva relativa, descrita en el artículo 11, numeral 10, del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, en contra de la empresa PIL ANDINA S.A., por el establecimiento de distintos precios de venta de leche en polvo y leche UHT para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones, y en consecuencia, sancionarla con la multa de 9.149.110,58 UFV's (Nueve millones ciento cuarenta y nueve mil ciento diez 58/100 Unidades de Fomento de la Vivienda), que deberá ser cancelada y abonada en la Cuenta Corriente N° 10000008955607 del Banco Unión S.A., en un plazo de 10 días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, conforme al Anexo 1, que forma parte indivisible de la misma.

SEGUNDO. INSTRUIR a la empresa PIL ANDINA S.A. lo siguiente:

- a) El cese inmediato de las acciones y prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 11, numeral 10, del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la presente Resolución Administrativa.
- b) La adecuación de sus planes, estrategias y políticas de precios de venta para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones a los lineamientos contenidos en el presente acto administrativo, dejando sin efecto cualquier disposición que atente, vulnere y restrinja la libre competencia y/o que tenga como objeto y efecto establecer ventajas exclusivas a favor de uno o varios compradores y/o vendedores.

TERCERO. REMITIR copia de la presente Resolución Administrativa y de los documentos pertinentes al Viceministerio de Comercio y Exportaciones – Dirección General de Defensa del Consumidor, para que en el marco de sus atribuciones adopte las acciones correspondientes para precautelar el derecho de los consumidores a la libre elección de productos provenientes de la industria láctea.

CUARTO. INSTRUIR la ejecución de lo dispuesto en la presente Resolución Administrativa a la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas.

Notifíquese, cúmplase y archívese.

Fdo. Germán Taboada Párraga
Director Ejecutivo a.i.
Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas.

Fdo. José Pedro Alvarez Vilaseca
Director Técnico de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo a.i.
Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas.