

REPÚBLICA DE PANAMÁ

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA Y ASUNTOS DEL CONSUMIDOR

EL PLENO DE LOS COMISIONADOS

ACUERDO No.-558-02

(De 31 de diciembre de 2002)

I. CONSIDERACIONES INICIALES

La Ley 29 de 1 de Febrero de 1996, en adelante Ley 29, por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas, contiene en su Título I, del Monopolio, disposiciones concernientes a Prácticas Monopolísticas.

La Ley 29 prohíbe cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que de cualquier otro modo vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios, que la misma establece como prohibidos.

Por libre competencia económica se entiende la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica.

La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, en adelante la Comisión, fue creada mediante la Ley 29, como una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, con el objeto de proteger y asegurar el proceso de **libre competencia económica y la libre concurrencia**.

Entre las funciones de la Comisión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 103 de la Ley 29, está la de investigar y sancionar dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y las conductas prohibidos por la precitada Ley.

II. CONOCIMIENTO DE LA COMISION

El 9 de marzo del 2000 los representantes de la Cervecería del Barú-Panamá presentaron ante la Comisión una denuncia contra la Cervecería Nacional por la posible comisión de Prácticas Monopolísticas Relativas en perjuicio de la denunciante.

El denunciante ubica una de las prácticas monopolística relativa dentro de los supuestos contemplados en el artículo 14 numeral 3 de la Ley 29, la cual prohíbe las **ventas o transacciones condicionadas a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.** En este sentido considera que la Cervecería Nacional y sus subsidiarias infringen esta disposición al contratar con los puestos de venta préstamos de carácter monetario condicionados a la venta exclusiva de los productos de la Cervecería Nacional y sus subsidiarias.

Igualmente, considera infringido el artículo 14 numeral 4 de la Ley 29, por considerar que la Cervecería Nacional y sus subsidiarias, al contratar la exclusividad de los artistas folclóricos que presupone que en los locales en los cuales éstos lleven a cabo las presentaciones, sólo se pueden vender de manera exclusiva sus productos, se están vulnerando los conceptos consagrados en la norma antes aludida, ya que la misma prohíbe **la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.**

III. LAS PRÁCTICAS INVESTIGADAS

Según Acuerdo N°PC-014 de 30 de abril del 2001 se ordena la investigación administrativa de oficio por la posible comisión de prácticas monopolísticas relativas según lo dispuesto en la Ley 29, Título I (del Monopolio), capítulo I, artículo 14 numeral 4, (contratos con pactos de exclusividad y contratos de patrocinio) y el numeral 8 (contratos de patrocinio), contra el grupo económico conformado por la Cervecería Nacional S.A.

IV. ACTUACIONES DE LA CLICAC

- El 19 de junio del 2000 se emite el Acuerdo N°127-00 mediante el cual se inicia una investigación por presuntas prácticas monopolísticas relativas según lo dispuesto en el Título I (Del monopolio) Capítulo I, artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 29 contra la Cervecería Nacional.

- El 10 de octubre del 2000 se les remite a las Compañías Cervecería Nacional, S.A. y Cervecería del Barú-Panamá, un cuestionario sobre distintos temas relacionados con el mercado de cervezas.
- El 13 de octubre del 2000, el Comisionado Instructor dispone llevar a cabo un inventario de los locales comerciales que realizan en la República de Panamá venta al detal de cervezas nacionales o importada. Adicionalmente, se lleva a cabo una encuesta acerca del consumo de cerveza cuya muestra estará representada por consumidores de cervezas nacionales o importadas.
- Se solicitó y se recibió del Registro Público la certificación de existencia de las sociedades Cervecería Nacional, S.A., Distribuidora Comercial, S.A., Financiera Pasadena, S.A., Cervecerías Barú Panamá, S.A., Dirección y Administración de Empresas, S.A., Coca Cola de Panamá, Compañía Embotelladora, S.A., Ventas y Mercadeo, S.A., Refrescos Nacionales, S.A.
- Se solicitó y se recibió de la Comisión Nacional de Valores copia autenticada de los Estados Financieros Auditados de la empresa Cervecería del Barú-Panamá, S.A. de los años 1998 y 1999. De igual manera se recibió copia de los Estados Financieros Auditados de la Cervecería Nacional, S.A. correspondiente a los años 1998, 1999 y 2000.
- Se solicitó y recibió de la Comisión Nacional de Valores copia autenticada de los Estados Financieros Auditados de la empresa Coca Cola de Panamá, Compañía Embotelladora, S.A., correspondiente a los años 1998, 1999 y 2000.
- *El 30 de abril del 2001 se emite el Acuerdo N°014-01 mediante el cual se modifica el Acuerdo N°127-00 de 19 de junio del 2000 en el sentido de modificar el punto primero del Acuerdo antes mencionado, y se ordena iniciar una investigación administrativa de oficio por presuntas prácticas monopolísticas relativas según lo dispuesto en la Ley 29, Título I (Del monopolio) Capítulo I, artículos 14 numeral 4 (contratos con pactos de exclusividad y contratos de patrocinio), y numeral 8 (contratos de patrocinio) contra el Grupo Económico conformado por Cervecería Nacional, S.A., Distribuidora Comercial, S.A., Cervecería Chiricana, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Financiera Pasadena, S.A.*
- El 11 de mayo del 2001, el Pleno de la Comisión emite el Acuerdo N° PC- 017-01, mediante el cual se ordena elaborar un informe para complementar los datos recabados en la encuesta de establecimientos y sobre el consumo.
- Se solicitó y recibió de la Contraloría General de la República un listado de los establecimientos dedicados al expendio de cerveza.

- El 14 de septiembre del 2001 el Pleno de los Comisionados mediante Acuerdo N°PC-147-01, ordena la elaboración de una solicitud de diligencia probatoria ante los tribunales competentes contra la Cervecería Nacional, S.A.
- A finales del año 2001 se realizaron dichas diligencias probatorias, tanto la exhibitoria en la Cervecería Nacional, S.A. como las diligencias testimoniales.

V. VALORACIÓN INICIAL

Producto de la investigación de oficio que adelanta la Comisión, se ha decidido considerar, de las dos prácticas que se señalaron anteriormente, sólo una; siendo ésta: **“Acción unilateral por parte de la Cervecería Nacional, S.A. consistente en la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”**. Con relación a la otra práctica investigada, la misma será objeto de valoración cuando la Comisión obtenga mayores elementos de convicción que den mérito a estimarla o desestimarla.

La conducta que se ha investigado a lo largo de este período tiene como involucrado a un solo grupo económico, conformado por Cervecería Nacional S.A. y sus subsidiarias Refrescos Nacionales, S.A. (que absorbió los compromisos de Cervecería Chiricana, S.A.) Distribuidora Comercial S.A. y Financiera Pasadena S.A... Este es considerado como una sola empresa en el mercado a la luz de la Ley 29. Por lo que su marco de entendimiento, objeto y efecto deben inicialmente plantearse como una práctica unilateral monopolística relativa. Así mismo, su descripción coincide con lo contemplado en el numeral 4 del artículo 14. Dicho artículo señala en su parte pertinente al caso lo siguiente:

“Artículo 14. Prácticas Monopolísticas Relativas Ilícitas. Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la presente Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas, y por consiguiente se prohíben, los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los casos siguientes:

1. ...
- 2.
- 3.
4. **La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero..”**
(énfasis suplido).
5. ...

6. ...
7. ...
8. ...”

Es importante señalar que para analizar si un agente económico está realizando una práctica monopolística hay que determinar de igual manera la restricción a la competencia que se está cometiendo de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 29, el cual señala:

“Artículo 5. Prohibición. Se prohíbe, en las formas contempladas en esta Ley, cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que, de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.” (Énfasis suplido)

Los conceptos de libre competencia y de libre concurrencia se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 29 de 1996, los cuales prescriben respectivamente:

“Artículo 7. Libre Competencia Económica. Se entiende por libre competencia económica la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica.

Artículo 8. Libre Concurrencia. Se entiende por libre concurrencia, la posibilidad de acceso de nuevos competidores al mismo mercado pertinente.”

Estos artículos en concordancia con el artículo 5 de la Ley 29 de 1996 son base del análisis para pasar a revisar el encabezado del artículo 14, si se trata de una práctica monopolística relativa. Una vez que se delimita el tipo de práctica que es y que encuadra en los encabezados correspondientes se tipifica la misma en él o los numerales contenidos en los artículos señalados, los cuales definen la o las prácticas anticompetitivas. En el caso de la práctica monopolística relativa una vez tipificado en el numeral correspondiente, se precisará si la empresa tiene o no poder sustancial en el mercado pertinente tal como se señala en la Ley 29 y si se da uno o más de los tres (3) efectos anti competitivos o anti cuncurrenciales a los cuales se refiere el encabezado del artículo 14 numeral 4.

Veamos el mercado pertinente en el cual se estudia la conducta investigada y que tiene como período de investigación del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2001 tomándose en cuenta todas las actuaciones que hayan tenido efectos en el período señalado.

VI. EL MERCADO ANALIZADO

1. DETERMINACION DEL MERCADO PERTINENTE.

1.1 Antecedentes relevantes a la investigación:

1.1.1. CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.

El día 20 de diciembre de 2001, los representantes legales del GRUPO DE LA CERVECERIA NACIONAL, S.A., hoy Grupo Bavaria, S.A., solicitaron a la CLICAC concepto favorable a la concentración económica con la Cervecería Barú-Panamá, S. A.

Mediante Resolución PC-139-02 de 10 de mayo de 2002 y PC-253-02 de 28 de junio de 2002, la CLICAC decidió negar el concepto favorable a la concentración económica y se ratificó en su decisión al decidir el recurso de reconsideración, interpuesto contra la Resolución No. 139-02 antes mencionada mediante Resolución No. 253-02 de 28 de junio de 2002.

Como es de conocimiento público, las razón fundamental por la cual la CLICAC negó la concentración económica fue: *“por considerar la misma prohibida, al disminuir, restringir, dañar e impedir de manera irrazonable la competencia de acuerdo a los artículos 19 y 24 de la Ley 29 de 1996 y artículo 19 del Decreto Ejecutivo 31 de 1998”*.

Lo anterior se trae a colación debido a que a través de este procedimiento fueron del conocimiento de la CLICAC documentaciones proporcionadas por la misma CERVECERIA NACIONAL, S.A. que coadyuvan a la visión del mercado y la restricción que pudiera verificarse en éste; siendo que los documentos se observan debido a que son parte del análisis que ha llevado a cabo la Institución recientemente en el presente mercado.

Veamos a continuación el mercado pertinente en la investigación administrativa que se adelanta.

1.2 Definición

El mercado se define en el Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia como: *“El lugar donde los compradores y vendedores negocian para el intercambio de determinados bienes y servicios*

y donde los precios de estos bienes y servicios tienden a alcanzar una igualdad. Para que el mercado esté equilibrado y funcione adecuadamente, la cantidad de bienes y servicios demandados y ofrecidos debe ser igual, a un determinado precio”¹

La determinación del mercado pertinente, se realiza en función de un producto o servicio y sus sustitutos, estableciendo que los mismos sean producidos o vendidos dentro de un área geográfica determinada.

Específicamente el concepto de mercado pertinente utilizado en la doctrina sobre competencia se plasma en la Ley 29 de 1996, Capítulo II, artículo 6, donde se señala:

“Artículo 6. Mercado pertinente. El mercado pertinente se determina por la existencia de un producto o servicio o de un grupo de productos o servicios y otros productos o servicios sustitutivos, dentro del área geográfica en que tales productos o servicios son producidos o vendidos.”

Para poder determinar el mercado pertinente, el artículo 16 de la Ley 29 de 1996 establece que se realizará teniendo en cuenta:

- “1. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos;*
- 2. Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de transporte, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente;*
- 3. Los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados, y*
- 4. Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”*

En este sentido, el mercado pertinente va a estar delimitado por los conceptos producto y área geográfica. Sobre el particular, y como ya hemos mencionado anteriormente, la CLICAC efectuó recientemente el estudio del mercado pertinente que atañe a la actividad

¹ KHEMANI, R. S. y SHAPIRO, D. M. **Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia.** Edición en Español Gerald E. Meyerman. Presidente Eduwest International Development Consultant Ltd. Canadá Basic, S. A., Latinoamérica y el Caribe. S/F. pág. 38

económica que se investiga, al verter su criterio al respecto en el trámite de la concentración económica citada ut supra; siendo que para tal ejercicio se realizaron ejercicios cualitativos respecto a las sustituibilidades del producto examinado por el lado de la demanda y por el lado de la oferta dentro del mercado geográfico, tal como lo señala y solicita para los casos de determinar el mercado pertinente, el artículo 16 antes descrito.

En atención a este marco, observamos que en tal análisis la CLICAC llegó a conclusiones acerca de la determinación del mercado producto y mercado geográfico, de tal forma que pasaremos a mencionar el estudio y las conclusiones de cada una de ellas. Se hace notar que no se han identificado cambios en las variables que condujeron a las conclusiones que serán detalladas.

1.3 Mercado Producto.

1.3.1 Definición

El mercado producto comprende todos los bienes o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles entre sí. Por tanto, y partiendo de esta base, debe tenerse presente en el estudio el análisis del mercado producto en cuestión, básicamente las características físicas y técnicas del producto, el precio, el uso, hábitos, preferencias y ocasión de consumo. En atención a lo anterior, y de manera general, las condiciones de competencia del producto se estudian a su vez dentro de la esfera de la oferta y la demanda de los productos

De tal forma, el mercado producto incluye dos escenarios importantes. El primero lo constituye las características propias del producto, y la existencia de bienes sustitutos que el consumidor puede reemplazar en caso de un aumento en el precio. Es decir, el estudio de la sustituibilidad por el lado de la demanda.

El análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda busca comprobar si existen productos hacia los cuales los consumidores reorientarían su demanda como una respuesta a variaciones en los precios u otras condiciones de competencia. El criterio distintivo para calificar a un producto como sustituto es que la demanda sea reorientada en una magnitud suficiente para que la presencia de esa alternativa en el mercado se convierta en una fuente de disciplina para las decisiones de precios de las empresas que fabrican o comercializan el producto que se está analizado. El proceso de sustituibilidad se puede dar porque varíen los precios de los productos; sin embargo, en ciertos mercados otras variables como la calidad,

la disponibilidad o la tecnología son los determinantes de las decisiones de consumo y de reorientación del consumo. La dependencia al precio se realiza porque es la variable que universalmente recoge mayor información sobre las preferencias y productividades en los mercados, y de allí que sea un elemento constante para la definición de mercado pertinente.

El segundo elemento que comprende el estudio del mercado producto, lo constituye la existencia de empresas que puedan ofrecer una competencia efectiva ante un incremento sostenido de precios de un producto dado. Es decir el estudio de la sustituibilidad por el lado de la oferta.

De allí que se pretende comprobar si ante un aumento sostenido en los precios de un bien sería posible esperar que nuevas empresas entren a suplir un mercado determinado a partir de la reorientación de sus activos productivos hacia la producción del bien cuyo mercado relevante esté siendo analizado. De manera que se busca identificar si existen empresas que actualmente no se encuentren instaladas en un mercado relevante, pero cuya respuesta estratégica ante incrementos en los precios de un producto específico, incluiría reorientar sus infraestructuras productivas hacia la provisión del bien materia de análisis, en virtud del bajo costo y poco tiempo que les requiere.

Si esto es así, la viabilidad técnica de esa entrada tendría que ser tomada en cuenta por quienes están instalados en el mercado para el diseño de sus estrategias competitivas, y de allí que la capacidad instalada para la producción de otros bienes que podría entrar a suplir el mercado, a un bajo costo y en el corto plazo, deba ser tomada como fuente de competencia.

1.3.2 Sustituibilidad por el lado de la demanda.

Como parte del análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda la CLICAC inicia una categorización del bien que produce Cervecería Nacional, S.A. y subsidiarias y a la Cervecería Barú-Panamá, S. A. y sus subsidiarias como empresas fabricantes, importadoras y comercializadoras de cerveza, la cual dada sus características físicas y del proceso de fabricación (cebada germinada, triturada, mezclada con agua caliente, a la que luego se le aplica lúpulo y levadura sometiendo la mezcla a un proceso de fermentación, filtrado y envasado) puede catalogarse como una bebida de bajo grado alcohólico (menos de 7% de contenido alcohólico). Este tipo de bebida es consumida por individuos adultos con la finalidad primordial de calmar la sed, para saciar la necesidad de tomar una bebida con características relajantes y de bajo contenido alcohólico.

Dadas estas características, se observa preliminarmente que el producto objeto de estudio forma parte de un amplio grupo de productos denominados "bebidas", entre los cuales además de la cerveza se encuentran los licores, los jugos, las bebidas gaseosas, los vinos, el agua embotellada y la leche.

En el análisis que se realizó, se procedió sobre los productos que se denominaron "bebidas", y las preferencias que los consumidores le otorgaron a cada una de ellas, no sólo en el momento de consumo, sino también en la posibilidad que le da éste de sustituir una bebida por otra.

Dentro de este estudio se analizaron las visiones de cada una de las industrias (productoras y comercializadoras) con respecto de la concepción que tienen cada uno de ellos sobre la posibilidad que tienen los licores, los jugos, las bebidas gaseosas, los vinos, el agua embotellada y la leche, de ser sustitutos directos de la cerveza.

En atención a lo anterior se examinaron diversos estudios sobre los: "Hábitos y Actitudes Hacia el Consumo de Cerveza"; "Base de Usos y Actitudes", y por último, un estudio de Mercado para la Marca Lowenbrau. Cada uno de ellos concluyó las preferencias específicas de los consumidores versus el resto de las otras bebidas. En el estudio de toda esta información, la CLICAC consideró incluyó dentro de sus investigaciones administrativas los siguientes elementos básicos para la determinación del mercado:

- Percepción y preferencias por parte de los consumidores. Las características que visualizan los consumidores que marcan las diferencias de consumo, ubican a la cerveza como un producto cuyo impulso de compra y consumo es distinto al del licor.
- Ocasión de consumo. La cerveza es visualizada como una bebida diurna y con características refrescantes en cualquier ocasión. Los licores fuertes se utilizan como bebidas relajantes y amigables principalmente en horarios nocturnos. (ver expediente administrativo No AP-12 Tomo VII foja 1886).
- Alternativas al momento de consumo de la cerveza. En definitiva, aún cuando todas las bebidas listadas anteriormente satisfacen la necesidad de refrescarse y calmar la sed, las motivaciones de consumo de cada una de las mismas son diferentes entre sí,

y, aún más, muchas de ellas presentan momentos y lugares de consumo diferentes, por lo que no pueden considerarse como sustitutos directos de la cerveza.

- Perecibilidad de la cerveza. Es evidente el carácter diferenciador de la cerveza en cuanto al licor que influye directamente en el tipo de producto e incluso en sus estrategias de almacenamiento por período para su comercialización, ya que el licor supera abrumadoramente el tiempo de vida de la cerveza. En el mercado, los productores de cervezas ofrecen una variedad de presentaciones de distintos tipos de tamaños y envases para aquellos consumidores que se encuentran fuera de casa. Las presentaciones pequeñas que van desde las 9 onzas hasta las 12 oz. son las más populares para el “consumo de paso”.
- Fidelidad de la marca. El mercado de cervezas se caracteriza por ser un mercado maduro donde las preferencias de los consumidores por una marca determinada se encuentran bien arraigadas y existe lo denominado en este mercado en relación al “cultivo del paladar” que lleva a los agentes participantes a orientar sus estrategias en búsqueda de este objetivo.
- Elasticidad. los productos sustitutivos de la cerveza, los cuales pierden participación de mercado frente a variaciones en los precios, son las distintas marcas de cerveza, por lo que la cerveza a este punto se considera un mercado de producto propio, diferenciado en razón de sus especiales características de su sabor, su proceso de producción y sus hábitos de consumo.
- Costo de transacción. El costo de adaptar o de ver equivalente el consumo de cerveza al consumo de licores o bebidas alcohólicas fuertes es alto, pues conlleva necesariamente la adquisición de un conjunto de bienes accesorios indispensables para materializar el consumo. Entre ellos destaca la compra de hielo y una bebida mezcladora. Aunado a ello, se requiere la obtención de un vaso que permita ingerir la bebida de modo apropiado.

Así las cosas en el análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda, se concluye que NO se verifica la sustituibilidad por el lado de la demanda de la cerveza con respecto a las bebidas alcohólicas fuertes o licores.

1.3.3 Sustituibilidad por el lado de la oferta.

En este apartado la CLICAC revisa aquellas industrias que pudieran reconvertir sus activos productivos en el corto plazo, y pudieran hacer una competencia efectiva ante un aumento significativo de precios de las industrias que participan en el mercado en estudio. Así observamos que tomando en cuenta el proceso productivo que se requiere para producir la cerveza, son pocas las industrias nacionales en capacidad de entrar al mercado. En tal sentido, la CLICAC concluye que la posibilidad técnica de que una línea de producción fuera reorientada hacia la fabricación de cervezas, amerita una cuantiosa inversión y un tiempo mediano o largo de maduración, por lo que no es realista la posibilidad de entrar a formar parte del mercado relevante además de que no representarían una competencia potencial efectiva y significativa.

En este sentido, de información recabada por la CLICAC suministrada por CBP y otras empresas locales (Ver expediente administrativo No AP-12 Tomo VI) se aprecia que en términos técnicos es posible que se puedan compartir los procesos de embotellamiento en cualquier tipo de bebidas. Sin embargo, la reorientación hacia cervezas amerita una inversión bastante elevada. Además, señaló que la industria cervecera es compleja en su proceso, en sus requerimientos y más compleja en el procesamiento de sus materias primas por aspectos sanitarios y de contaminación de tipo biológico. Cualquier industria que desee reconvertirse hacia la producción de cervezas deberá incurrir en una inversión millonaria por el simple hecho de la necesidad de adquirir el equipo de cocimiento, cilindros cónicos, sala de maduración, sala de fermentación, cuartos fríos, sala de filtración, sala de envasados, pausterizadoras, empacadoras, estibadoras y bodegas.

De esto se concluye que en el corto plazo es difícil que una empresa pueda entrar al mercado de producción de cerveza por los elevados costos de inversión. De igual forma, los conocimientos técnicos necesarios o el *know how* de la industria constituyen barreras importantes para la entrada de nuevos competidores.

En conclusión, a las industrias adyacentes a las de fabricación de cervezas (bebidas gaseosas, refrescos, leche y licores), les sería extremadamente difícil y riesgoso reorientar sus líneas de producción hacia la fabricación y llenado de cervezas por los niveles de eficiencia que se requieren para mantener grados óptimos de competitividad.

1.3.4 Conclusiones sobre el mercado producto.

Dentro del análisis que realiza la CLICAC sobre el mercado producto se descarta que el mercado producto esté compuesto por las bebidas alcohólicas fermentadas y fuertes, y por el contrario se concluye que el **mercado producto** en el cuál actúan las empresas del presente procedimiento y en el cual pudieran materializarse presuntas conductas contrarias a la libre competencia, está definido por **la Producción y distribución para la comercialización de Cervezas.**

1.3.5 Mercado Geográfico.

La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado pertinente. Es posible determinar el mercado geográfico a partir del área dentro de la cual actúan las empresas productoras y distribuidoras de cervezas, y se amplía, si efectivamente al producirse un incremento en el precio de los productos, los consumidores pudieran trasladar su consumo hacia productos provenientes de otras áreas geográficas.

Para la delimitación del mercado geográfico la CLICAC utiliza los siguientes elementos para especificar el área donde se producen y distribuyen para su comercialización el producto cerveza a través del canal de comercialización:

- **Visión y estrategias de los compradores y de los oferentes.** Al no haber diferenciación práctica en cuanto a sus estrategias de [REDACTED] debemos entender que el mercado geográfico de las importantes empresas fabricantes y comercializadoras no se ha visto parcelado o subdividido por las mismas, en atención a que no han visto necesario justificar la introducción de estrategias distintas y diferenciadas para las distintas áreas geográficas con respecto al resto del país, que representen más allá de actividades ocasionales.

En atención a los argumentos planteados tanto por compradores como por oferentes, se puede concluir que no existen diferencias en cuanto al perfil del consumidor o sus preferencias, así como en las estrategias de negocios de los agentes económicos participantes en el mercado relevante, que permitan establecer que una región en la República de Panamá es un mercado geográfico diferente del resto del país.

Costos de transporte.

- **Costos locales.** Todos los costos asociados a la obtención de la licencia para expendio de bebidas con grado alcohólico no implican la incursión de costos hundidos de gran magnitud y son regulaciones de cumplimiento a nivel nacional, siendo quizás un poco más costosas en las áreas metropolitanas que en las rurales, dadas las mayores concentraciones de población, situación directamente proporcional a los niveles de consumo.
- **Especificaciones del producto.** No requiere incurrir en costos de enfriamiento dado su carácter de envasado y tratamiento comercial a temperatura ambiente, por lo que las especificaciones de la distribución y almacenamiento como producto cerveza, no implican inversiones en costos hundidos.
- **Relación de precios y precios relativos.** Debido a que los productores y comercializadores de cervezas en Panamá han estructurado estrategias de precios uniformes para todo el territorio nacional, no sería posible concluir acerca de la existencia de alguna correlación de precios en los movimientos del producto relevante. Por lo que, en atención a este criterio de análisis, tampoco cabe segmentar el mercado geográfico nacional.
- **Patrones de transporte.** Las estrategias de distribución a nivel provincial, Los bajos costos del transporte dados por la eficiencia en el uso de equipos y las facilidades de infraestructura vial a nivel nacional, hacen que todas las cervezas fabricadas en la ciudad de Panamá sean distribuidas a través de centros de almacenamiento a todas las regiones geográficas del país, indicando efectivamente que el mercado geográfico está compuesto por una sola zona. La República de Panamá.
- **Competencia de productos importados.** Es razonable esperar que la demanda de cervezas foráneas no sea suficiente para disciplinar los precios de los productos domésticos, ya que sólo representan el 4.3% del total (100%) de las ventas de cervezas tanto importadas, como de las foráneas de fabricación panameña bajo licencia, y nacionales; y dentro de la cual, el 70% de estas ventas es en la presentación retornable (Botella 9.6 oz).

Cada uno de estos aspectos del mercado tiene su correspondiente repercusión en la determinación del mercado geográfico. De tal forma, la CLICAC define el mercado geográfico en función de los elementos señalados en torno a la ausencia de importaciones significativas, la caída en la relación costo –transporte del producto por la influencia de la ubicación geográfica estratégica de las plantas y centros de almacenamiento, las consideraciones sobre las actuaciones de las empresas en cuanto a la estrategia publicitaria y métodos de comercialización, en el sentido de que el mercado geográfico relevante del presente procedimiento administrativo se enmarca dentro del **TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DE PANAMA.**

1.3.6 Conclusiones sobre el Mercado Pertinente.

En atención a los elementos revisados y analizados por la CLICAC, determinamos que el mercado pertinente donde se pueda observar la posible práctica restrictiva de la competencia esta constituido por la producción y distribución para la comercialización de la cerveza en la República de Panamá.

2. LA PRÁCTICA ENDILGADA EN EL MERCADO PERTINENTE:

Práctica Monopolística relativa: Se trata de la *acción unilateral por parte del agente económico investigado cuyo objeto o efecto sea impedir el acceso a otros agentes del mercado pertinente, a través de la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.*

1. Definición de los elementos constitutivos de la práctica y su relación probatoria

1.1 Cumplimiento de los supuestos:

1.1.1 Restricción a la competencia

La restricción a la competencia por la acción unilateral del grupo económico de la Cervecería Nacional, S.A., en adelante CNSA, al realizar transacciones con detallistas o minoristas en el ejercicio de la distribución de la cerveza, sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar bienes producidos o comercializados por un tercero, puede producirse a partir de un acto unilateral, cuando una empresa utiliza y abusa de su poder de

mercado, generando una restricción ilícita a la libertad económica del ejercicio comercial de las empresas minoristas, con el objeto u efecto efecto que terceros se vean afectados de concurrir o competir en ese canal de distribución.

En este sentido, dentro del análisis de las variables que se plantearán a lo largo de esta resolución, habrá que verificar con la práctica investigada si la CNSA con su acción tiene por objeto o efecto sobre la Cervecería del Barú-Panamá:

- a) desplazarla del mercado
- b) impedirle su acceso al mercado, o
- c) establecer ventajas exclusivas en el mercado en detrimento de uno o más sujetos pasivos de la práctica.

Lo anterior en el mercado pertinente definido.

1.1.2 Acción unilateral para la venta o transacción sujeta a la condición de no adquirir, vender o proporcionar un bien producido o comercializado por un tercero.

En este caso en particular la acción unilateral consiste en la venta que realiza la CNSA a ciertos detallistas o minoristas del canal de distribución, condicionada a la exclusividad de la venta de sus productos.

Los efectos de este tipo de acciones unilaterales pueden derivar en la obstaculización al acceso y competencia de terceros al mismo canal de distribución sean éstos tanto competidores actuales como potenciales.

1.1.3 Venta sujeta a condición de no comercialización o venta de bienes producidos por un tercero. (contratos de exclusividad)

1.1.3.1 Contratos de exclusividad.

Contratos de exclusividad: Consisten en sujetar una operación a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Es una práctica típicamente unilateral cuyo objetivo es incrementar el poder de mercado que se posee en un cierto segmento, dificultando el acceso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. La exclusividad, sin embargo, es perjudicial sólo si resulta en una

limitación de la competencia y no si se trata de una forma en la cual dicha competencia se manifiesta.

1.1.3.2 Pruebas de la existencia de los contratos de exclusividad.

En los expedientes contentivos de la diligencia exhibitoria encontramos pruebas de la existencia de contratos de exclusividad que establece la empresa a los minoristas. Veamos:

De foja 11 a 74. Tomo I. Diligencia Exhibitoria, reposa la lista de establecimientos comerciales en los cuales se comercializa el producto cerveza. La información se encuentra dividida por agencia y se indica cuál de estos locales son exclusivos de la CNSA.

De fojas 355 a 337; 344-345; 356 a 360; 364 a 377; 379; 390-393; 395 a 400; 402 a 405; 408 a 410; 414 a 420; 424 a 432; 442; 445; 447 a 449; 453; 456 a 467; 469; 471; 475; 478; 483; 486 a 488; 490; 493 a 495; 497 a 507; 512 a 518; 528 a 534; 542 a 554; 556 a 557; 561 a 564; 570 a 571; 576 a 578; 580 a 582; 584 a 585; 587 a 596; 598 a 601; 603 a 607; 609 a 612; 614 a 628; 630 a 634; 636 a 641; 644 a 646; 648 a 651; 653 a 656; 658 a 666; 668 a 672; 677 a 680.

Se encuentran algunos contratos de exclusividad que la compañía mantiene con locales comerciales que se dedican, entre otras cosas, al expendio de cervezas. En ese sentido, es pertinente estudiar los tipos de contratos que CNSA, suscriben con sus clientes (detallistas o minoristas), a fin de que podamos determinar si existen cláusulas que restrinjan el acceso de otros proveedores producto de estos contratos, o si contrariamente a esto, los detallistas suscritos a estos contratos tienen la libertad de elegir su proveedor para el producto cerveza.

Entre los contratos más representativos que hemos podido encontrar tenemos: Contrato de Reventa; Contrato de suministro; Contrato de Préstamo; Contrato de Préstamo de equipo de refrigeración. Todos estos contratos involucran un pacto de exclusividad que según la doctrina contiene características particulares.

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, de una

representación exclusiva, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.²

El contrato al que va unido el pacto de exclusiva es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida, es decir, que produce entre las partes una *relación duradera* más o menos permanente. Entre sus características más relevantes están que la exclusividad quede sometida a un límite de tiempo y de espacio que deberán ser respetado por las partes.

Las características más comunes que hemos encontrado en los contratos con pacto de exclusividad firmado por la Cervecería Nacional, S.A. con los minoristas tenemos:

- Acuerdo de compra exclusiva para la reventa:

[Redacted text block containing multiple paragraphs of blacked-out content]

² ARCE GARGOLLO, Javier, “Contratos Mercantiles Atípicos”, Editorial Porrúa, República de Argentina, pág.397.

[REDACTED]

[REDACTED]

De igual manera, un ejecutivo de la CNSA, al ser interrogado sobre las ventajas de tener contratos con pactos de exclusividad, nos respondió:

R. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

De estos contratos se observa como objeto la intención de no confrontar competidores a través de los pactos de exclusiva, en los mismos locales comerciales del canal de distribución en los cuales se ponen a disposición al consumidor sus productos, y en el caso investigado la cerveza. No obstante, es importante que se aprecien la ocurrencia de uno o más efectos anticompetitivos o anticoncurrenciales en el mercado.

Ahora bien, es necesario de esta manera estudiar las cláusulas de exclusividad condicionan la transacción de punto de venta del producto cerveza de de la CNSA a la luz de los contratos que reposan en CLICAC, para observar si se están alterando las condiciones de entrada al mercado y la capacidad de competir en el mercado, o si en atención a estas cláusulas se crean alguno de los tres efectos anti concurrenciales o anti competitivos a partir de la definición que señaláramos de poder sustancial.

Tal como señaláramos, la condición a la cual se refiere el artículo 14 numeral 4 de la Ley 29 que se endilga a la CNSA es precisamente la celebración de pactos de exclusividad que impiden el desarrollo de la Cervecería Barú- Panamá en adelante CBP, y que le está restando sistemáticamente a esta última segmentos de mercado como una estrategia de desplazamiento.

La interpretación de una exclusividad se analiza de acuerdo sobre quien recaiga la obligación principal. La primera desde la óptica del proveedor, donde la obligación principal radica en la limitación a suministrar los productos, en este caso la cerveza, a un revendedor específico, y comprometiéndose a no entregar los bienes a otros revendedores que no son parte del contrato. La segunda desde la óptica del comprador, y cuya obligación principal radica en la obligación de no adquirir bienes o productos distintos del proveedor suscriptor del acuerdo.

Los contratos de exclusividad pueden estar diseñados de dos formas dirigidos a la distribución exclusiva y dirigidos a la compra exclusiva. En tal sentido, la doctrina los identifica de la siguiente forma:

“Los acuerdos de distribución exclusiva se caracterizan por el hecho de que una de las partes, el proveedor, le concede a la otra, el revendedor, un territorio delimitado en el que debe centrar sus actividades de venta, comprometiéndose a no entregar los productos objeto del contrato a otros revendedores establecidos en dicho territorio. En los acuerdos de compra exclusiva, el revendedor se compromete a no comprar los productos objeto del contrato a proveedores distintos del otro contratante. Sin embargo, el proveedor puede abastecer a otros revendedores en la misma zona de venta, al mismo nivel de distribución (énfasis suplido)”³

Veamos ahora las características de los contratos celebrados entre el grupo económico de la CNSA y sus revendedores, para poder analizar sobre quién recae la obligación principal de exclusividad, ya sea en la distribución o en la compra.

Dichos contratos con pacto de exclusividad pueden tener como efecto impedir el acceso al mercado relevante a otros agentes económicos que se encuentran en él o que potencialmente desean ingresar al mismo, ya que limita los canales de distribución que manejan gran cantidad de volúmenes de venta. La doctrina establece que los contratos con pacto de exclusividad no siempre son negativos, sin embargo, la ley los prohíbe cuando una empresa con poder sustancial dentro de un mercado relevante los utiliza para reforzar su poder de mercado y limitar el crecimiento sostenido del competidor, que en este caso afecta más directamente a la CBP.

En el expediente principal, los que contienen la diligencia exhibitoria, y los de las diligencias testimoniales prejudiciales, encontramos indicios del efecto que tienen los contratos con pactos de exclusividad.

Entre las pruebas presentadas por la CBP y que reposan el expediente principal tenemos unas cartas-propuesta de venta de sus productos (cervezas) a ciertos establecimientos comerciales (puntos de venta) que gozaban de pactos de exclusividad con la CNSA, para efectos de mejorar la venta de sus productos, ello de acuerdo a los documentos legibles a fojas 92 y 108 del expediente. Estos documentos fueron presentados sin firma del

³ **Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) nums. 1983/83 y 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983**, relativos a la aplicación del artículo 85 del Tratado de Roma a determinadas categorías de acuerdo de distribución exclusiva y compra exclusiva, núm 4.

representante del establecimiento comercial objeto de consulta, siendo que aquellas propuestas que aparecen suscritas por el representante del establecimiento se encuentran en las fojas 96, 97, 99, 100 y 102. Estas propuestas aparecen firmadas por Manuel A. Morcillo, Gerente de Ventas de la empresa Dirección y Administración de Empresas, S.A., (subsidiaria de la empresa CBP) y en su contenido señalaban fundamentalmente lo siguiente:

"Con el objetivo de mantener nuestra relación de negocios y buscando siempre el beneficio mutuo, a continuación les ofrecemos para su consideración nuestra propuesta para la venta de nuestros productos.

La empresa, Dirección y Administración de Empresas, S.A. - DAESA (Subsidiaria de CBP) se compromete a lo siguiente:

A partir de la fecha ofreceremos en concepto de inversión la suma total de B/. 3,400.00 (Tres Mil Cuatrocientos Balboas Solamente) los cuales serán distribuidos de la siguiente manera:

- **Una nevera para enfriar nuestros productos, por un valor de B/. 850.00.**
- **Un rótulo tipo bandera con nuestros logos y el nombre del negocio, con un valor de B/. 800.00.**
- **Introducción de envases de vidrio para el manejo del inventario de forma eficiente, por un valor de B/.500.00.**
- **Una promoción de 1 en 10 por las primeras 1,500 cajas de compra, por un valor de B/.1,100.00.**
- **Pintura del negocio, por un valor de B/.150.00.**

Por otra parte, el negocio se compromete a lo siguiente:

- **A la venta de los productos que vende y distribuye Dirección y Administración de Empresas, S.A. - DAESA (CBP)**
- **Se le permite vender producto de cualquier compañía en su negocio para dejar que el consumidor escoja su marca de preferencia."**

Aparece reflejado en estos documentos que todos los establecimientos rechazaron las propuestas. A continuación se citan las justificaciones a la negativa presentada por los establecimientos comerciales:

- 1- Es socio de un vendedor de la Cervecería Nacional y le solicitaron 15 mil por romper la exclusividad (foja 92).
- 2- Firmó 10 meses antes de la propuesta compromiso por 4 años (foja 93).
- 3- Tiene cuenta con Cervecería Nacional aproximadamente por B/. 7,000.00. Tuvo un problema con una vendedora anterior (foja 94).
- 4- Le hace falta un año de exclusividad (foja 95).
- 5- Deuda pendiente con Cervecería Nacional (foja 96).
- 6- Préstamo en producto por 5 años(foja 97).
- 7- Firmó exclusividad por un año (foja 98).
- 8- Producto regalado por 3 años (foja 99).
- 9- B/. 2,000.00 pendientes (foja 100).
- 10- Contrato firmado con la Cervecería Nacional por 4 años (foja 101).
- 11- El edificio es de la Cervecería Nacional y no pueden comprarles productos (fojas 103, 105, 106, 107).
- 12- Tienen contrato con la Cervecería Nacional (104).
- 13- Tienen contrato con Cervecería Nacional, pero tan pronto termine con ellos hay posibilidades que rompa esta exclusividad (foja 108).

De igual manera, en el expediente contentivo de la Diligencia Exhibitoria reposan los contratos con pacto de exclusividad que tienen como objetivo principal restringir el acceso al mercado de otros agentes competidores o potencialmente competidores. (las fojas han sido citados en apartados anteriores).

De fojas 1656 a 1664, contamos con el testimonio del Sr. [REDACTED], en el que a pregunta que le formulara la Comisión sobre las exclusividades indicó lo siguiente:

P. ¿A qué tipo de productos le cierra la competencia las exclusividades?

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

De fojas 1778 a 1782 del Tomo VI de la Diligencia Testimonial, reposa el testimonio del Gerente de Ventas de una empresa local de venta de cervezas y otros productos. Respecto al tema de las exclusividades establece:

P- A ustedes le afectan las exclusividades de Barú o Nacional?

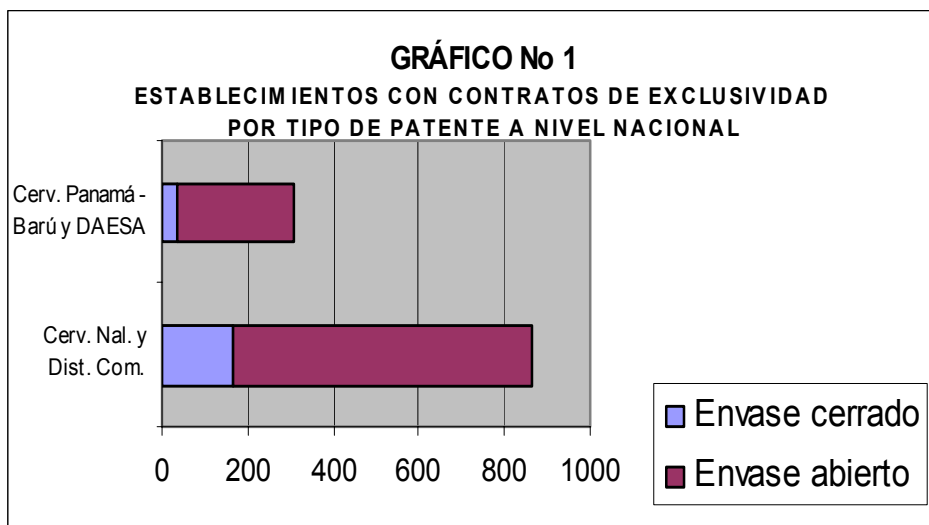
[REDACTED]

De fojas 1842 a 1845 del Tomo VI de la Diligencia Testimonial, reposa el testimonio del Gerente de Comercialización de otra empresa local. Respecto al tema de las exclusividades establece:

P- Las cláusulas de exclusividad de la cervecías excluyen la venta de los licores en los canales abierto o cerrado?

[REDACTED]

En este caso en particular, la Comisión tiene conocimiento de la existencia de relaciones entre detallistas y distribuidores de ambas productoras que pueden tender a excluir a una de estas participantes del acceso de sus productos al punto de venta (exclusividades), así como reconoce que aunque bajo el supuesto que se llegaran a eliminar la existencia de múltiples y más relevantes barreras a la entrada, hacen poco desafiante este mercado. Así, CNSA cuenta con 863 establecimientos con acuerdos de exclusividad de los cuales 697 son en el canal abierto y 166 en el canal cerrado y CBP cuenta con 305 establecimientos a nivel nacional donde ejerce derechos de distribución exclusiva para sus cervezas, siendo 272 del canal abierto y 33 en el cerrado.(ver gráfico No 1).



Fuente : Resolución PC-139-02 , preparado por la CLICAC

Dado que los establecimientos existentes en el canal de envase abierto a nivel nacional totalizan aproximadamente 2,651 (ver expediente administrativo No AP-12 Tomo IV foja 1185) y como se puede observar que la mayor incidencia de exclusividades está en el referido canal abierto, el cual representa gran importancia por el cualtivo del paladar y la penetración publicitaria en la mente de los consumidores, elementos que sumados definen ampliamente los niveles de venta en el canal de ventas en envase cerrado.

Luego de revisar las conclusiones del estudio sobre Inventario de Exclusividades en la Distribución de Cervezas realizado por la CLICAC, donde se establecen barreras a la entrada del canal de envase abierto por el orden de 51%, podemos concluir que al menos el 43% de este canal abierto de distribución de cervezas está bloqueado a la competencia por la existencia de exclusividades que limitan el acceso de potenciales competidores.

En dichos acuerdos de exclusividad se establecen entre otras una serie de cláusulas generadoras de obligaciones, las cuales pasaremos a señalar tomando en consideración las más relevantes para el presente análisis:

██████████ EL CLIENTE ██████████ durante cinco (5) años, a partir de la firma del mismo, a vender o hacer que se vendan DE MANERA EXCLUSIVA en ██████████, ██████████ ██████████, los productos que vende y distribuye LA COMPAÑÍA.



Los contratos analizados tienen tres partes importantes para el análisis de competencia. La primera la constituye el término de duración de la exclusividad, que varía según el contrato pero que puede oscilar según la operación; la segunda, la constitución de la exclusividad como contraprestación a una remuneración financiera o aporte en especie; y la última, las penalizaciones que se derivan del incumplimiento de la exclusividad.

De los contratos [REDACTED] EL CLIENTE se compromete a vender de manera exclusiva los productos que distribuye [REDACTED]. La única forma de poder obtener dichos productos, ya sean cervezas, mezcladores o refrescos, es adquiriéndolos directamente de la empresa cervecera. No encontramos en ninguna de las cláusulas del contrato la obligación de exclusividad en la distribución de Cervecería Chiricana, S. A. hacia el establecimiento distribuidor minorista, es decir, la obligación principal de la exclusividad está centrada en la compra de productos al proveedor. Por lo que podemos decir, que los presentes contratos se enmarcan dentro del marco de los contratos de compra exclusiva de determinados productos.

La segunda obligación radica en la contraprestación a cambio de la exclusividad. Se reconoce que las constituciones de exclusividades se pueden dar cuando “[REDACTED]”
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Por último, en la cláusula sexta se incluye una penalización por el incumplimiento de la exclusividad en los términos previamente pactados en el contrato.

Las fórmulas utilizadas para la constitución de las exclusividades pueden tener alguna eficiencia, sin embargo, también pueden tener serios riesgos al proceso de libre competencia y que al final podrían tener un efecto negativo neto en la economía.

En el caso en mención se obliga al comprador a adquirir todos los productos (refrescos, mezcladores y cervezas) a un solo proveedor, cerrando las posibilidades de competencia en el establecimiento, e impidiendo que el consumidor pueda tener variedad de productos.

En la República de Panamá la existencia de las exclusividades en el mercado de cervezas la observamos de la siguiente manera:

La CLICAC realizó un inventario de Contratos de Exclusividad en 843 puntos de venta a nivel nacional en mayo del año 2000, el cual arrojó que en el mercado estudiado convergen dos canales tal como a continuación se señala:

- Canal Envase Abierto :

La encuesta realizada a nivel nacional arroja la suma de 453 puntos de ventas en envases abiertos de un total de 843 establecimientos encuestados, y representa el 54 % de los mismos, los cuales venden productos de ambas cervecerías. El 31 % del mercado en estudio (140) se encuentra bajo contratación exclusiva de CNSA, y la CBP con 20 % (90) de la ventas exclusivas en envase abierto. El 49 % de este canal se encuentra disputable (o sea no cuenta con contratos de exclusividad).

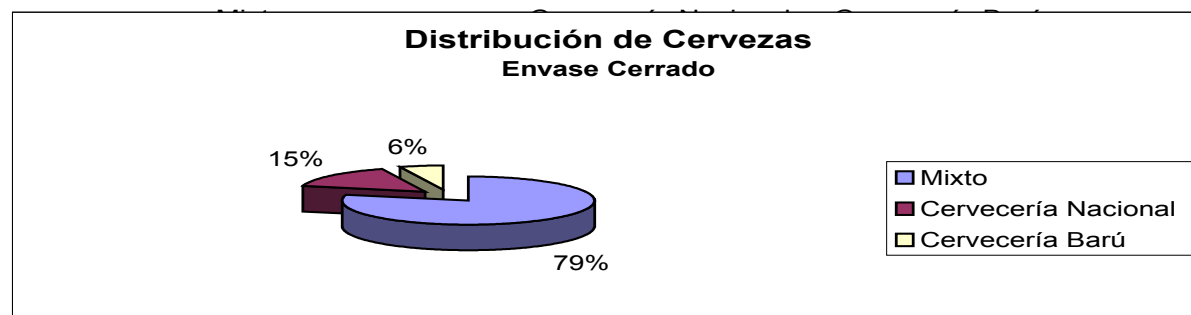
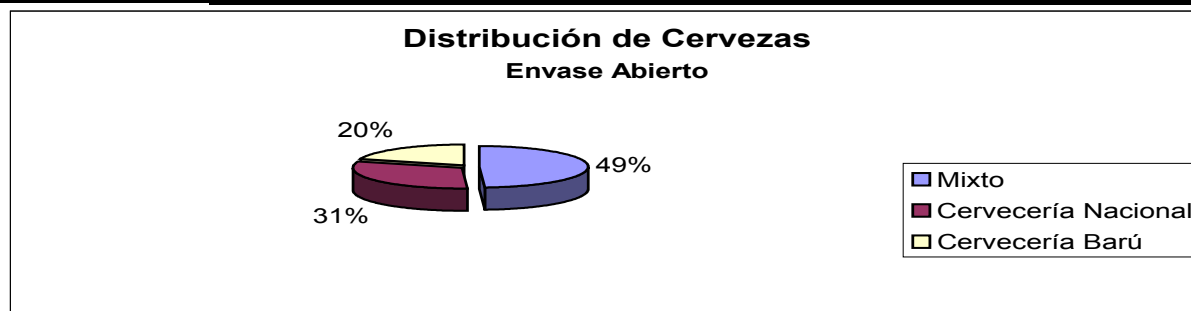
⁴ **Comunicación de la Comisión relativa a los Reglamentos (CEE) nums. 1983/83 y 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983**, relativos a la aplicación del artículo 85 del Tratado de Roma a determinadas categorías de acuerdo de distribución exclusiva y compra exclusiva, núm 45.

- Canal Envase Cerrado :

Los puntos de venta de cerveza en envases cerrados inventariados fueron 390 en total, con el 79 % (308), que lo conforman las ventas de los productos que ofrecen las **dos Cervecerías (ventas mixtas)** en referencia. La CNSA mantiene el 15 % (60) de venta en exclusiva. El seis (6 %) por ciento restante lo componen 22 establecimientos comerciales en exclusividad a favor de la CBP.

CUADRO No 11
Análisis de la Distribución de Cervezas
A NIVEL NACIONAL

Provincia	Mixto		Cervecería Nacional			Cervecería Barú			Gran	
	Abierto	Cerrado	Total	Abierto	Cerrado	Total	Abierto	Cerrado	Total	Total
Bocas del Toro	6	1	7	6	0	6	3	0	3	16
Cocle	10	29	39	7	9	16	1	0	1	56
Colón	14	15	29	1	2	3	0	0	0	32
Chiriqui	12	13	25	26	1	27	48	10	58	110
Herrera	16	15	31	21	13	34	18	1	19	84
Los Santos	13	17	30	22	10	32	8	8	16	78
Panamá	134	210	344	34	24	58	4	2	6	408
Veraguas	18	8	26	23	1	24	8	1	9	59
Total	223	308	531	140	60	200	90	22	112	843



Sin embargo, desde la óptica de la producción, los puntos de venta con exclusividad corresponden a un 25% de la producción de cerveza a nivel nacional, donde un 16.3% le corresponde a Cervecería Nacional, S. A. Observemos el cuadro No. 5 que nos detalla la el volumen de ventas bajo el paraguas de la exclusividad.

Cuadro No. 5 Participación de Mercado en puntos de venta con exclusividad, según Empresa Cervecera, al mes de agosto de 2002.			
Empresa			
<i>Cervecería Nacional, S.A.</i>			
<i>Cervecería Barú - Panamá, S. A.</i>			
<i>Total General</i>			

Fuente: Cervecería Barú-Panamá.

Para determinar si estas contrataciones condicionadas afectan la competencia es necesario proceder al estudio del poder sustancial de la CNSA.

3. DETERMINACIÓN DEL PODER SUSTANCIAL.

3.1 Definición

En la literatura económica de competencia el concepto poder de mercado o poder sustancial se refiere a: *“La capacidad de una empresa (o grupo de empresas) de aumentar y mantener los precios por encima del nivel que prevalecería bajo condiciones de competencia... El ejercicio del poder sobre el mercado conduce a una reducción de la producción y a la pérdida de bienestar económico”*.⁵

No obstante cabe utilizar el resto de las elementos que conforman el poder sustancial establecidos en el artículo 17 de la Ley 29, en el cual se establece un marco de referencia más amplio en el cual fundamentar la existencia de un poder sustancial de mercado de la empresa investigada.

En este sentido, vemos que el artículo 17 en mención alude como variables a tomar en cuenta del poder sustancial:

⁵ KHEMANI, R. S. y SHAPIRO, D. M. **Op. Cit.** Pág. 46

Artículo 17. Poder Sustancial. Para determinar si un agente económico tiene o no poder sustancial sobre el mercado pertinente, se tomarán en cuenta los siguientes factores:

1. Su participación en este mercado y su capacidad de fijar precios unilateralmente o de restringir el abasto en el mercado pertinente, sin que los agentes competidores puedan, efectiva o potencialmente, contrarrestar dicha capacidad;
2. La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de otros competidores;
3. La existencia y poder de los agentes competidores;
4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
5. Su comportamiento reciente, y,
6. Los demás criterios que se establezcan mediante decreto ejecutivo.⁶

Se observa que además de ser importante la participación de mercado del agente económico, en este caso de la CNSA, y la capacidad de fijar precios y restringir la oferta y la capacidad de la los competidores para accionar o competir de manera efectiva, es necesario atender a:

1. La existencia de barreras de entrada al mercado pertinente y los elementos que previsiblemente, puedan alterar tanto las barreras como la oferta de los competidores,
2. La posibilidad de acceso al insumo,
3. El comportamiento reciente,
4. Otros...

En este sentido vemos que el artículo 17 además del tema de los precios pone especial atención al tema de la competencia efectiva que debe haber en el mercado. Así vemos que de acuerdo a este artículo hay dos elementos que pueden socavar la competencia efectiva y ellos son la participación de mercado que anule la competencia respecto al manejo de precios y oferta en el mercado, y la existencia de barreras que puedan causar el efecto de que la empresa que las disfruta actúe de manera que cause impedimentos al sano desenvolvimiento de la oferta de otros participantes del mercado, con lo cual se afecta la denominada competencia efectiva. En otras palabras este artículo trata de preservar la capacidad de competir de los distintos agentes económicos del mercado.

Así mismo debemos partir de la base de que el artículo 17 pide solamente que se pruebe el poder sustancial de la empresa a la cual se le atribuye la comisión de una práctica monopolística relativa, y no que ésta posea el grado de posición de dominio en el mercado.

⁶ Estos criterios fueron establecidos a través del Decreto Ejecutivo N° 31 de 3 de septiembre de 1998.

Así las cosas, vemos que la doctrina define poder sustancial de la siguiente manera: "...Cada eslabón de la cadena refleja una cantidad de poder atendiendo a las circunstancias que rodean a un mercado relevante. La expresión máxima de poder coincide con la posición dominante, ubicada , por tanto en el eslabón más alto de la cadena. Con arreglo a esta reflexiones, se puede afirmar que la posición dominante de una empresa refleja la posesión de poder sustancial. En cambio, el simple término posición de poder manifiesta la posibilidad de que una empresa pueda comenzar a asumir en el mercado un comportamiento competitivo independiente de sus rivales sin que corra el peligro de sufrir una erosión más o menos inmediata de su posición en el mercado. " Considera este autor que el elemento que diferencia el poder sustancial de la posición de dominio " estriba en la cantidad de poder poseída" ⁷

Autores como Salop (2000) han propuesto complementar el concepto de poder de mercado clásico adicionándole la dimensión exclusoria, lo cual haría del concepto global de poder de mercado un instrumento más efectivo de detección de conductas potencialmente anticompetitivas. Dicha ampliación del concepto de poder de mercado es enfáticamente propuesta por el documento OFT 377 denominado "Innovation and competition policy - Part I: conceptual issues" (2002), preparado por Charles River Associates para la Office of Fair Trading del Reino Unido, en especial (aunque no únicamente) para los mercados dinámicos de la nueva economía.

Según se afirma en publicación de la OFT (2002) el concepto de poder de mercado exclusorio fue introducido por Krattenmaker, Lande, Salop (1987), quienes encuentran un antecedente en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso United States v. E. I du Pont de Nemours Co, 351 US 377 (1956) donde definió al poder monopólico como "el poder de controlar los precios **o excluir la competencia**".

Los mencionados autores distinguen entre el poder de controlar los precios en forma rentable, directamente al restringir la producción propia (poder de mercado clásico o Stigleriano) y poder de mercado exclusorio (Bainiano). **Este último tiene lugar cuando una empresa puede aumentar los costos de los rivales y de esta manera reducir su capacidad de competir o excluirlos del mercado.**

⁷ GINER PARREÑO, César. Distribución y Libre Competencia. Edit. Montecorvo, S.A.Madrid, 1994, pág. 111-112.

El Tribunal de defensa de la competencia español considera desde 1993 que posición de dominio (léase poder sustancial pero en un menor grado de exigencia en cuanto al poder y lo actuado) como “**una situación de poder económico detentada por una empresa que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, en relación con sus competidores, sus clientes y finalmente, sus consumidores**”.⁸

Veamos si se conforman los elementos del artículo 17 de la Ley 29 y si su análisis arroja que las condiciones que se observan en el mercado responden a una forma de poder sustancial en el mercado, que evidencie que la CNSA haya comenzado a asumir un comportamiento competitivo independiente de sus rivales, sin que se erosione dicha posición en el mercado.

3.2 Participación de mercado y existencia y poder de los agentes competidores.

La CLICAC determinó a través de la investigación administrativa sobre el proceso de concentración mencionado anteriormente, que existen en el mercado nacional dos empresas productoras de cervezas, que a su vez comercializan y venden. De igual manera pudo constatar la existencia de más de 20 empresas importadoras, cuya participación es ínfima en comparación a las ventas globales de cervezas en el mercado nacional. Por la ínfima participación de mercado de las empresas importadas, las agruparemos a todas como una sola empresa para su mejor consideración.

De la producción de cerveza que realizan las dos empresas Cerveceras a nivel nacional, así como la información recabada por la CLICAC de la Dirección General de Aduanas sobre las cervezas importadas, se llegó a determinar la participación de mercado en la siguiente forma:

⁸ PASUCAL y VICENTE, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Edit. Cívitas, Madrid, 2002, pág. 309.

CUADRO No. 3

Ventas de cerveza en Balboas durante el año 2001

<i>Empresa</i>	<i>Balboas (B/)</i>	VI. Participación mercado
Cervecería Nacional, S.A.	83,527,157	72.0%
Cervecería del Barú, S.A.	27,462,326	23.7%
Cervezas Importadas	4,970,020	4.3%
Total	115,959,503	100.0%

Fuente: Resolución No. PC 139-02 de 10 de mayo de 2002

Dentro de los estos criterios examinados, se encuentra el concepto de rivalidad al cual alude el artículo 17 de la Ley 29. Este criterio implica que el poder de mercado o poder sustancial de la empresa concentrada tendrá menor probabilidad de ser ejercido si la rivalidad entre esta empresa y sus competidores es efectiva. Siendo que la rivalidad es efectiva, se verificaría cuando los competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado sin ser estas conductas monopolísticas.

Se ha señalado que la participación de mercado en las cervezas no sólo se ha mantenido tal como existía antes de la solicitud de la concentración económica entre la CNSA y CBP, sino que ha aumentado en beneficio de la CNSA.

Antes de la presentación de la solicitud de concentración por parte de Bavaria, S.A., CNSA poseía una participación de mercado de 72% del mercado nacional, versus la participación del 23.7% de Cervecería del Barú, S.A., y un 4.3% de las cervezas importadas.

- Respecto a la estructura de mercado en el caso de las cervezas, la CLICAC en su análisis sobre la concentración del mercado de cervezas, presentó sus consideraciones en los siguientes elementos:

“El mercado de las cervezas está compuesto únicamente por dos empresas que producen, distribuyen y venden en el mercado nacional. Adicional a estas dos empresas existen más de 20 importadores, los cuales representan una porción marginal de las ventas globales de cerveza a nivel nacional. Se señala también en el documento que el mercado responde a una distribución según ventas de la siguiente manera: Cervecería Nacional, S.A., 72.0%; Cervecería del Barú, S.A., 23.7%, y las Cervezas Importadas un 4.3%.”⁹

⁹ **Ibid.**, pág. 108.

Considerando las condiciones de la estructura del mercado de cerveza en Panamá, la CLICAC sostiene lo siguiente:

1. *“Prima facie se observa que el mercado de las cervezas está altamente concentrado, a partir de que una empresa, la Cervecería Nacional, S.A. (hoy día perteneciente al grupo Bavaria S.A.), que tiene una participación de mercado superior al 70%.*
2. *Según la teoría económica, la intensidad de la competencia en un mercado está directamente relacionada con el número de firmas que participan en el mercado y el grado de desigualdad entre ellas. La medición del tamaño relativo entre las empresas que participan en un mercado y la intensidad de la competencia que puede darse dentro del mismo se realiza a través de indicadores llamados índices de concentración.¹⁰*
3. *La guía para el control de concentraciones económicas utiliza los índices de concentración de Herfindahl-Hirshman (HHI) y el índice de Dominancia (ID). El índice HHI fue utilizado por primera ocasión en los Estados Unidos de América, pero hoy día es utilizado por otros países como Argentina, Venezuela, Canadá, otros países de América, los países pertenecientes a la Unión Europea, entre otros. Este índice puede adoptar valores entre 0.0 y 1.0, donde el valor inferior representa una completa atomización del mercado y el valor superior la condición de monopolio. A pie de página del punto 125 (Sic) de la Guía de Concentraciones de Panamá se hace referencia a la utilización de los rangos del HHI explicando la metodología de comprensión de este índice.*
4. *El grado de concentración se verá en términos prácticos en función del número de empresas participantes en el mercado y de sus participaciones de mercado. Así debemos señalar que las participaciones de mercado en este caso las hemos calculado en base a las ventas en unidades monetarias (Balboas). La información de ventas suministrada por una de las empresas está sólo en Balboas (1B/ = 1US\$), así como las importaciones. Además, el valor monetario de las ventas será utilizado en aquellos casos en que las empresas se distinguen principalmente mediante la diferenciación de sus productos, el cual es el caso de los diferentes tipos de cervezas. Por estas razones hemos escogido las ventas en Balboas.”¹¹*

Considerando la metodología explicada obtenemos las participaciones de mercado y calculamos los índices de concentración aplicando las fórmulas explicadas en las guías de concentraciones. Obteniendo los siguientes resultados al 31 de diciembre de 2001:

¹⁰ **Guía para el control de concentraciones económicas de Panamá**, numeral 114. Publicadas en la Gaceta Oficial N° 24,413 del 19 de octubre de 2001.

¹¹ **Ibid**, pág. 108-109

CUADRO No. 4

INDICE DE CONCENTRACION EN LA INDUSTRIA DE LA CERVEZA

Nombre de La empresa	Participación de mercado (q)	q ²	h	h ²
Cervecería Nacional	0.72031	0.51885106	0.89957272	0.809231
Cervecería del Barú	0.23683	0.05608697	0.09724237	0.009456
Cervezas Importadas	0.04286	0.00183698	0.00318491	1.0144E-05
Sumatoria	1.00000	0.576775	1.00000000	0.818697

Fuente: Resolución No. PC 139-02 de 10 de mayo de 2002

Las conclusiones sobre el grado de concentración en el mercado de las cervezas, a las que llega la CLICAC luego de aplicada la metodología propuesta, permite señalar las participaciones de mercado de sus participantes. Puntualmente se sostiene que:

“La sumatoria de los q^2 (participaciones de mercado al cuadrado) representa el HHI y la sumatoria de los h^2 (participaciones de cada empresa en el HHI al cuadrado) Según estos cálculos el HHI tiene un valor de 0.576775 y el ID es 0.818697.

*Lo importante es analizar estas cifras. El valor de HHI de 0.576775 es muy superior a 0.18, a partir del cual se considera que el mercado está altamente concentrado. De igual forma, el valor de ID de 0.818697 es muy superior a 0.25. Por lo tanto, actualmente el mercado se encuentra altamente concentrado”.*¹²

Aunado a lo anterior, recientemente la Cervecería Nacional realizó una declaración pública recabada por la periodista Mirna Guillen del diario Panamá América donde anuncia que:

“El grupo Cervecería Nacional, S. A. tiene motivos para visualizar con aires de optimismo su gestión en el mercado cervecero, luego que el Grupo Empresarial Bavaria (GEB), la compañía más grande de Colombia y la segunda empresa de Suramérica en el sector, anunció que, a junio de 2002, la subsidiaria panameña aumentó su posición en el mercado local a un 75%, comparado con un 71.5% en el mismo período del año pasado.

*Según el gigante colombiano de la cerveza, este incremento de la presencia de Cervecería Nacional en el sector local, está basado en un reenfoque en el mercado”*¹³

Dicha declaración, refuerza la posición de la CLICAC sobre la participación de mercado de la CNSA, e implica un aumento de tres (3) puntos porcentuales con respecto a sus competidores efectivos y el cálculo previamente realizado por la Comisión.

¹² **Ibid**, pág. 112.

¹³ Diario **El Panamá América**, sección Finanzas, miércoles 21 de agosto de 2002, pág. C1.

3.3 Capacidad para fijar precio

En cuanto a la capacidad de establecer precios y controlar la oferta en el mercado vemos un panorama interesante, al menos en lo que se refiere a la lista oficial de precios que es el instrumento base con el cual se trabaja en la venta al detallista. Si de esta se disminuye el precio, no existe evidencia que lo respalde más allá de una política de promociones; no obstante, lo cierto es que la lista oficial de precios es el instrumento que se presenta como contraprestación a pagar a cambio del producto cerveza y de cuyo precio, la compañía puede decidir descontar o no en función de la relación detallista-compañía, (no necesariamente en el mismo rango) y no del lineamiento oficial que para todos los efectos y todo interesado es el principal punto de partida de la venta. El resto puede caer en la subjetividad de quien conceda descuentos según cliente y de ello no tenemos mayor referencia contable. Por ello, veamos que se desprende de la lista de precios oficiales que reposa en la CLICAC entregada por CNSA:

Análisis de serie temporal- Envase Pinta -CNSA						
Período	Precio	Venta /Lit	Indice C	MA de 12 meses	MA centrada	Indice C Índice estacional
1999/Jan						
1999/Feb						
1999/Mar						
1999/Apr						
1999/May						
1999/Jun						
1999/Jul						
1999/Aug						
1999/Sep						
1999/Oct						
1999/Nov						
1999/Dec						
2000/Jan						
2000/Feb						
2000/Mar						
2000/Apr						
2000/May						
2000/Jun						
2000/Jul						
2000/Aug						
2000/Sep						
2000/Oct						
2000/Nov						
2000/Dec						
2001/Jan						
2001/Feb						
2001/Mar						
2001/Apr						
2001/May						
2001/Jun						
2001/Jul						
2001/Aug						
2001/Sep						
2001/Oct						
2001/Nov						
2001/Dec						

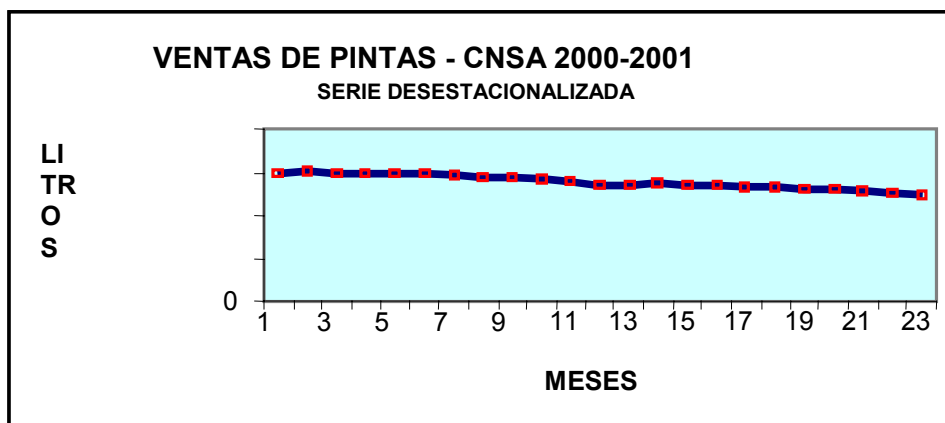
Técnica de suavización de series temporales donde se elimina la estacionalidad a través del cálculo de la media móvil de 12 meses y la media móvil centrada.

Al examinar la lista de precios oficiales que proveyó la CNSA a la CLICAC se observa que en febrero del año 2000 CNSA incrementó los precios de la presentación pinta (que representa más del [REDACTED]) en 15 % llevándola de B/ [REDACTED] y manteniendo este aumento por más de doce (12) meses, y sus ventas totales, se incrementaron en [REDACTED] en vez de reducirse, como sería una respuesta lógica del mercado tal y como se observa en el cuadro adjunto.

La cerveza tiene un comportamiento estacional, siendo los meses de Navidad y carnaval los de mayor consumo. Por esta razón nos pareció metodológicamente correcto desestacionalizar la serie suavizándola. Para esto hemos utilizado la técnica de suavización de series temporales donde se elimina la estacionalidad a través del cálculo de la media móvil de 12 meses y la media móvil centrada. Estos valores son los que señalamos en el cuadro bajo los títulos "MA de 12 meses" y "MA centrada".

Calculamos los índices de crecimiento mensualizados de la serie desestacionalizada y observamos una tendencia decreciente de tan solo 1% mensual la cual es explicada claramente por condiciones del entorno macroeconómico de Panamá para los referidos años donde la industria en general reportó índices negativos de crecimiento. Esto significa que frente a incrementos sostenidos y significativos de los precios de las cervezas de CNSA su demanda desestacionalizada no refleja reacciones adversas proporcionalmente, por lo que al menos y según la lista oficial de precios, se advierte la capacidad del agente CNSA para subir precios sin ver perjudicados sus ingresos.

De observarse reacciones competitivas frente a los incrementos de precio de CNSA , sería propio observar decrecimientos importantes en las ventas de pintas de CNSA. Esta situación como se observa no se ha dado pues la tendencia de la demanda es levemente decreciente y sostenida sin variaciones importantes, confirmándose un elemento de la situación de poder sustancial en el mercado por parte de CNSA.



Los elementos que configuran el poder de mercado desde un punto de vista precio están interrelacionados entre sí, y son: 1) capacidad de aumentar el precio por encima del nivel competitivo, 2) rentabilidad del aumento de precios, y 3) significatividad del aumento de precios (1 año). De las informaciones anteriormente presentadas se deduce que CNSA de acuerdo a lo que se observa de la lista oficial de precios tuvo la capacidad de aumentar los precios por encima de la competencia. La rentabilidad de este aumento fue evidente pues sus ventas siendo aún desestacionalizadas no cayeron y redituaron beneficios adicionales y definitivamente que el aumento fue significativo ya que alcanzó un 15% .

Ahora bien, el elemento precio es tan solo uno de los elementos a observar, pero la Comisión considera necesario ponderar el resto de los puntos a los cuales se refiere el artículo 17 de la Ley 29, para determinar de manera fehaciente si la CNSA ostenta poder sustancial en el mercado.

A este respecto vemos que dicho artículo se preocupa por el funcionamiento de la competencia efectiva en el mercado, y por ello observa si el control de la oferta y las barreras afectan el libre desempeño de la competencia o si en el mercado se verifican distorsiones artificiales que afecten el libre mecanismo de conformación de precios.

3.4 Las posibilidades de acceso del agente económico a fuentes de insumo

La combinación de los factores productivos o insumos para la producción constituye la función objetivo de cualquier empresa. Así, una combinación óptima de estos insumos generaría un proceso productivo eficiente y por consiguiente los bienes finales serían competitivos en cualquier mercado.

Sobre las posibilidades de acceso del agente económico a fuentes de insumo la CLICAC señala en la Resolución N° PC-139-02 lo siguiente:

“Si existe un número reducido de proveedores de insumos y presentan algún tipo de relación de fidelidad o exclusividad con el o los productores establecidos, los competidores potenciales enfrentarían una desventaja. En relación al proceso de producción de cervezas, los principales insumos son el agua, cebada malteada, levadura y lúpulo, que junto a los diversos componentes de empaque el cual comprende las botellas de vidrio, latas de aluminio, tapas, bandejas de cartón para latas, cajones plásticos para botellas, etc.; no presentan problemas para ser adquiridos, ya sea local o internacionalmente.”¹⁴

¹⁴ Idem, pág. 115.

En cuanto a la producción de envases y botellas de vidrio donde existe una única empresa, en la citada resolución se establece igualmente, la no-existencia de barreras para los agentes económicos del mercado cervecero ni para empresas de mercados adyacentes.

3.5 Barreras a la entrada y control de la oferta de CBP.

Las barreras a la entrada son un elemento importante a considerar dentro del poder sustancial, ya que ella puede ser definitiva en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Estas se entienden como: *“un coste de producción para varios (o todos los niveles de producción) que debe incurrir una empresa que trata de entrar en una industria pero que no es soportado por las empresas ya establecidas”*¹⁵.

Las barreras a la entrada constituyen un elemento importante para poder analizar, cómo el comportamiento de un agente económico puede ser perdurable a mediano plazo. En condiciones en donde las barreras a la entrada no son altas, cualquier acción tendiente a ejercer un alza significativa de los precios de un producto pudiera verse disciplinada en el corto plazo por la entrada de nuevos competidores.

Un mercado con barreras está sujeto a distorsiones artificiales, que pueden llegar a impedir o minimizar la capacidad de competir de forma efectiva en el mercado, por parte de los afectados con tales barreras.

La CLICAC analizó a fondo las barreras a la entrada en el negocio de producción, distribución y comercialización y venta de cervezas, e identificó que tales barreras constituyen un obstáculo importante para que un nuevo competidor pueda tomar la decisión de iniciarse en el negocio de cervezas. Los elementos más significativos que fueron analizados lo constituyen:

- La necesidad de desarrollar una imagen de marca como industria nueva, para diferenciar los productos que se venden en el mercado.
- Las grandes inversiones publicitarias que se necesitan para desarrollar la imagen.
- La creación de marcas para que los consumidores puedan identificar los productos.
- **La alta fidelidad de los consumidores hacia las cervezas actuales en el mercado.**

¹⁵ Concepto elaborado por George Stigler, citado en Clarke, Robert. **Economía Industrial.** Colegio de Economía de Madrid, Celeste Ediciones.

- Las redes de distribución existentes son altamente costosas y complicadas de construir.
- La capacidad instalada de la industria satisface la demanda local y existe un alto porcentaje de capacidad ociosa.
- La economía de escala necesaria en la producción de cerveza es un elemento vital para ser competitivo.
- Los costos millonarios para la inversión, incluyendo altos costos hundidos y el desarrollo del *know how* en el negocio no resulta fácil de obtener¹⁶, y,
- **La suscripción con los distribuidores (parte del grupo de la CNSA y CBP a nivel vertical) de contratos de exclusividad con las empresas cerveceras existentes, que limita el acceso al canal de comercialización.**

Aunque las conclusiones que la CLICAC desarrolló sobre las barreras a la entrada, están dirigidas principalmente a aquellas que fueron parte del proceso de verificación previa de la concentración, no es menos cierto que los elementos mencionados con anterioridad subsisten, toda vez que la instalación de un nuevo competidor tendría las mismas necesidades que fueron estudiadas para llegar a las conclusiones finales que tuvo la Comisión.

3.6 Conclusiones del poder sustancial

En función de los señalamientos esbozados anteriormente podemos afirmar que en el período que se investiga, la CNSA cuenta con la capacidad de aumentar los costos de su rival CBP a través de la contratación exclusiva de los puntos de venta del canal de comercialización. Gracias a la alta capacidad financiera con que cuenta la CNSA, le fue factible ofrecer mayores beneficios a los distribuidores detallistas (aportes económicos, financiamientos, donaciones, equipos, publicidad, etc.), beneficios que difícilmente pueden ser superados por CBP, pues sus limitaciones financieras en el período de investigación llevan a no poder penetrar el canal de distribución y generar competencia efectiva en el mercado por el carácter exclusivo a la mayoría de los puntos de venta en dicho canal.

Dado que el ejercicio del poder de mercado también se ve claramente desde la óptica del poder de mercado exclusorio en el caso de CNSA podemos concluir que ésta cuenta con una amplia participación de mercado (cerca de 72%) , que existen importantes barreras para

¹⁶ **Ibid**, págs. 137-140.

penetrar este mercado, que CBP es un agente con la capacidad suficiente para rivalizar, que los insumos son de libre acceso a los competidores y que dada su amplia capacidad financiera (Más de 250 millones en activos y 90 millones de Balboas en ventas promedio) tiene la capacidad de aplicar estrategias exclusorias sobre su único competidor, en el sentido de las exclusividades constituyen un nexo causal directo en el levantamiento de barreras contra CBP, por lo que queda demostrado la existencia de poder sustancial del agente económico CNSA en el mercado de cervezas panameño conforme lo exige el artículo 17 de la Ley 29 de 1996.

4. NEXO CAUSAL CON EL EFECTO EXCLUSIONARIO DE LA PRÁCTICA INVESTIGADA

4.1 Efectos sobre la competencia del acuerdo de exclusividad.

Nuestra legislación permite la realización de ciertas conductas que aunque puedan ser anticompetitivas, brindan al consumidor y a la economía, eficiencias, que de otra forma no se obtendrían. No obstante ello es únicamente en los casos de desplazamiento indebido del competidor, no aplicable al resto de los casos del artículo 14 de la Ley 29 de 1996.

En el caso particular sobre la aplicación de los contratos mencionados, tenemos que tomar en cuenta, que el agente económico que lo aplica tiene poder sustancial en el mercado pertinente. La CNSA cuenta con el 72% del mercado de producción y comercialización de cervezas (ver Cuadro No. 3). Ahora bien, el agente económico en mención aplica condiciones restrictivas a los revendedores de sus productos (refrescos, mezcladores y cervezas) que restringen el proceso de libre competencia económica.

Entre los efectos negativos sobre el proceso de libre competencia tenemos los siguientes:

- I. La primera condición que incluye en sus contratos es la compra exclusiva de sus productos, que como hemos mencionado anteriormente tiene un efecto inmediato en el proceso de libre competencia porque levanta barreras en el mercado a otros proveedores, siendo el caso particular que nos ocupa un resultado que impide la colocación de los productos de CBP en los puntos de ventas del canal de distribución firmados con exclusividad a favor de CNSA en el mercado pertinente.
- II. Adicionalmente a la condición de compra exclusiva, le incluye la obligación de **no competencia** hacia sus productos, impidiendo directamente la competencia intermarca entre productores de bienes sustitutos. Específicamente, restringiendo en

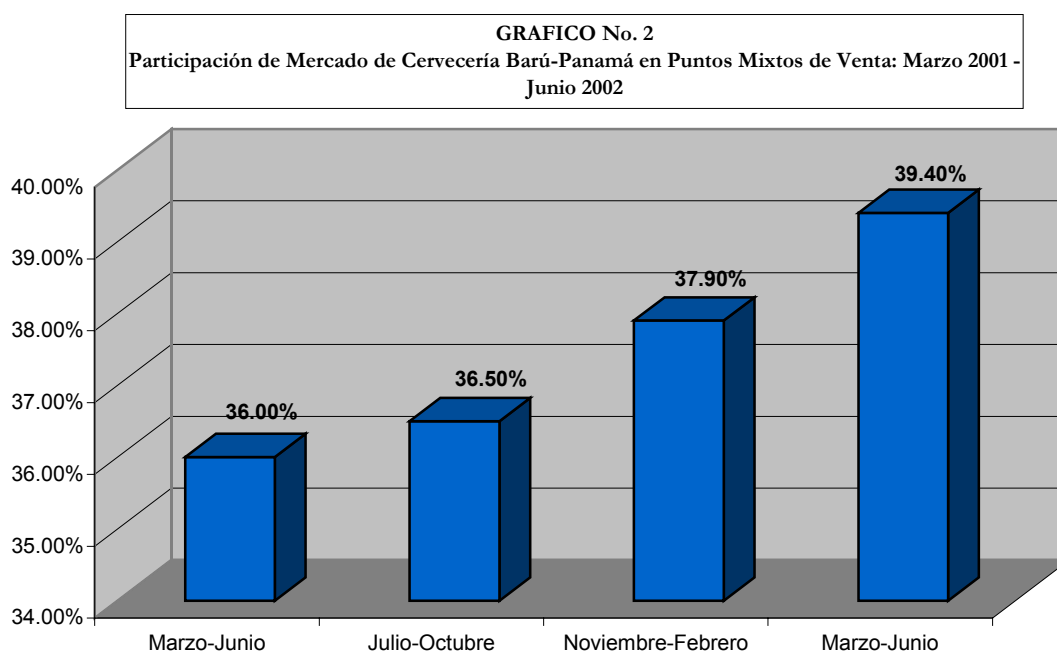
los puntos de venta la competencia intermarcas, se le niega la posibilidad a los consumidores de adquirir otros bienes con iguales características y utilidad.

- III. La creación de externalidades negativas (efectos colaterales negativos), porque supone un costo adicional de búsqueda del consumidor, ya que éste se ve limitado a adquirir bienes que de otra forma estarían fácilmente disponibles en el mercado.

Una empresa que tenga una participación arriba del 70% en un mercado específico, sólo aplica una restricción vertical como lo es un contrato de exclusividad, para proteger y mantener y aumentar el *status quo* de su cuota de mercado. Para la CLICAC resulta imposible señalar que la aplicación de tales restricciones pueda generar algún tipo de beneficio económico colectivo positivo al consumidor y mucho menos eficiencias al mercado.

La aplicación de las contratos de exclusividad, impide ampliar la participación de mercado de cualquier competidor y que este sea del mercado al excluirse de los puntos de ventas controlados por CNSA y por consiguiente le impide al consumidor obtener directamente cualquiera oferta basada en el precio.

Esta situación tiene repercusión directa no sólo hacia los consumidores, sino a la rentabilidad de la empresa. Cuando se le impide a un competidor ampliar su cuota de mercado de manera no competitiva, porque existen restricciones verticales, se pone en riesgo el proceso de libre competencia a través de la realización de ciertas prácticas, e igualmente se pone en riesgo la estructura misma del mercado porque de esas conductas o prácticas, sólo se puede esperar posterior al levantamiento de barreras, el desplazamiento indebido de los agentes que interactúan en ese mercado.



Fuente: Cervecería Barú-Panamá, S. A

De tal manera, tenemos que en los puntos ventas mixtos la participación de mercado de CBP, se incrementa de manera importante, precisamente por la posibilidad que tienen los consumidores de obtener el bien que es restringido en los puntos de venta exclusivos.

El gráfico No. 2 nos demuestra como se incrementa la participación en las ventas de los productos de CBP, y, por consiguiente, su posicionamiento en el mercado de hasta un 39% en aquellos puntos de venta donde no existen restricciones verticales, y en donde existe una competencia efectiva intermarcas.

El óptimo pro competitivo resultaría de la existencia de un mercado sin restricciones. Sin embargo, muchas veces eso no es posible porque hay que tomar en consideración las características propias de la industria. En el mercado de cervezas la industria tiene un alto nivel de concentración, altas barreras a la entrada, y cuotas de mercados asimétricas que hacen que la competencia sea menos efectiva; pero si aparte de eso le incluimos restricciones contractuales adicionales, es seguro que el poco ejercicio competitivo que se pueda dar en el mercado se vea mayormente perjudicado.

Una de las particularidades de un mercado en competencia es la movilidad de las cuotas de mercado de los agentes económicos participantes. Un mercado donde nos encontremos que los segmentos participativos de los agentes económicos son estáticos o con poca oscilación, nos reflejan efectivamente muy poca competencia económica.

Si extrapolamos los datos obtenidos en el Gráfico No. 2 al mercado pertinente en su contexto global, y levantamos las restricciones de exclusividad a nivel de la cadena de comercialización, y tomando en cuenta que ambas empresas cuentan con sistemas de distribución extensivos a nivel nacional, esta Comisión estima que probablemente tendríamos un escenario donde CBP podría llegar a ampliar su participación aproximadamente cerca de 35% a 40% del mercado de cervezas, conformando una positiva situación de rivalidad entre competidores de similares capacidades.

4.2 Conclusiones sobre las cláusulas de exclusividad.

A manera de conclusión podemos establecer que la aplicación de los contratos de exclusividad CNSA en el mercado pertinente en discusión tiene como consecuencia directa los siguientes hechos:

1. La CBP si bien cuenta con contratos de exclusividad, carece de capacidad para excluir o levantar barreras. Este examen es para quien con poder sustancial puede causar un efecto exclusionario.
2. La CBP, S. A. no puede vender en los puntos de ventas captados por la exclusividad, lo que conduce a la exclusión de sus productos.
3. La restricción que se da en el último eslabón de la cadena de comercialización, a través de las exclusividades tiene efectos directos en la estructura superior porque las cuotas de mercado de las empresas involucradas tienden a hacerse más rígidas por la restricción de la competencia.
4. Existe una ausencia de competencia dentro de los establecimientos con exclusividades. En lo que se refiere a la distribución de las cervezas, los revendedores o puntos de venta sólo recibirán de la distribuidora para la venta las marcas de un solo agente económico, por lo que no existirá competencia intermarca.
5. El tiempo de duración de las exclusividades no compensará, si existiese la posibilidad remota de alguna eficiencia económica, la reducción de la competencia intermarca y su consecuente efecto ulterior en el mercado y en los consumidores.
6. La mayoría de las restricciones verticales sólo pueden plantear problemas si la competencia intermarca resulta insuficiente. En este caso, en una parte del mercado la competencia intermarca es inexistente. Por otro lado, dicha limitación puede tener efectos directos en la estructura del mercado porque existe un importante poder de dominio del proveedor EXCLUSIVO (este caso arriba del 70%) que es sustentado a través de restricciones verticales.
7. Los contratos que reducen la competencia intermarca son más perniciosos que aquellos que reducen la competencia intramarca. Estos contratos tienden a producir un efecto negativo neto, ya que cierran el mercado a otras marcas y por consiguiente, restringen substancialmente la libre elección del consumidor.

Se observa entonces una empresa con una gran participación de mercado que ejerce barreras en un mercado en el cual en si mismo existen altas barreras para generarse competencia efectiva alterna a la actual. El ejercicio efectuado en este apartado nos permite concluir que en atención al artículo 17 de la Ley 29 de 1996, la CNSA mantiene un poder sustancial en el mercado con el cual ejerce los pactos de exclusividad en el canal de distribución para la comercialización de la cerveza.

En la actualidad, la CNSA y sus subsidiarias se encuentran dirigidas por un grupo económico distinto al que en su momento lo hacía cuando se presentó la denuncia en

mención. Aunque para los efectos la conducta persiste en el tiempo y está siendo objeto de una investigación, es necesario distinguirla y complementarla como uno de los elementos que componen la conducta estratégica de la denunciada, para captar de manera indebida mayor participación en el mercado pertinente previamente descrito.

En este sentido, vemos que las conductas o actuaciones conllevan un debilitamiento del grado de competencia prevaleciente en el mercado en cuestión que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que deberá ser considerada una reducción injustificada de la libre competencia y por ende de la oferta y cantidades que puede ofrecer la CBP que se ve impedida de suministrar su producto a causa de los pactos de exclusividad de CNSA.

La restricción a la competencia que ocasiona este tipo de práctica origina principalmente tres consecuencias: el daño al agente que no puede participar activamente del mercado ya que confronta la imposibilidad o la barrera de beneficiarse de las bondades de la competencia en los puntos de venta, la reducción de la competencia efectiva en el mercado relevante que se deriva en una paulatina exclusión del mercado, y el daño ocasionado a la población consumidora que ve reducida la gama de opciones de la que disponía con anterioridad.

El agente que emprende una conducta exclusionaria lo hace con la expectativa de adquirir un mejor posicionamiento en ese mercado, de mantener el que tenía anteriormente y de cerrar el mercado a las marcas de sus competencia. Tal posicionamiento le permitiría disfrutar de una mayor capacidad de influencia sobre los otros agentes que participan de ese mercado, de las condiciones de contratación que prevalecen en el mercado que se traducen en la práctica en condiciones más favorables para el agente que lleva a cabo la acción exclusionaria, y desfavorable para quienes no cuentan con el soporte económico para enfrentar las modalidades impuestas en el mercado. Así mismo, las condiciones del mercado favorecen a quien las practica con éxito y poder sustancial, ya sea en la adquisición de insumos, la prestación de servicios o en la distribución o venta de productos, restando a su vez poder negociador a los agentes que participan en el resto de la cadena de producción, distribución y venta, y por último, a los consumidores. Con esta conducta, el agente excluyente tendrá la posibilidad de obtener de manera más segura y permanente beneficios superiores a los que tendría en condiciones de mayor competencia y ésta paulatinamente va en decrecimiento al igual que su oferta al no poder hacer crecer su comercialización.

Las probabilidades de lograr el objetivo primordial (renta monopólica) están directamente relacionadas a la capacidad de la empresa para llevar a cabo la acción excluyente de efectivamente obstaculizar la permanencia o la entrada de posibles competidores, y al mismo tiempo, con la capacidad de los competidores efectivos o potenciales de contrarrestar dicha acción. Tales capacidades están relacionadas a su vez no solo con la capacidad financiera de ambas partes, sino con las condiciones estructurales del mercado en cuestión.

Observamos también que la existencia de barreras a la entrada o a la salida (altos niveles de inversión, restricciones legales, ambientales o contrataciones que fijen tiempos de permanencia, etc.) en el mercado pertinente determinarán en gran medida el alcance que pueda tener una acción exclusionaria. Mientras mayores sean las barreras a la entrada a un mercado, la exclusión de un competidor o su desplazamiento indebido perjudicará en mayor medida al mercado y en consecuencia a los consumidores, puesto que la recuperación de la competencia efectiva será más costosa, tomará mayor cantidad de tiempo, o en el peor de los casos, no tendrá lugar.

En atención a lo anterior, vemos que se configuran tanto el ejercicio de restricción en contra del suministro de los productos de CBP en el canal de distribución por parte de la CNSA y con ello una restricción a la oferta del mercado. Además se ve afectada la competencia efectiva desde el momento en que CNSA ejerce restricciones sobre la oferta de CBP producto de las barreras que impone con los contratos de exclusividad. Se observa que los competidores de la CNSA carecen de poder en el mercado que pueda contrarrestar las actuaciones y modalidad exclusiva de contratación que lideriza en el mercado y puede llevar a cabo la CNSA por su rentabilidad y participación en el mercado la CNSA.

Conclusiones finales

La contratación de pactos de exclusividad ha tenido como objeto y/o efecto impedir el acceso al mercado de, principalmente, la CBP creando barreras e impidiendo así el crecimiento de la empresa, manteniendo el mercado en un 72% para CNSA y 26% para Cervecería del Barú-Panamá.

En este sentido hemos comprobado los siguientes puntos:

La existencia de una restricción ilícita a la competencia en el mercado de producción y distribución para la comercialización de la cerveza, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley

29 de 1996, por limitación de la libertad empresarial acceder al mercado pertinente. Tal restricción es producto de una acción unilateral del Grupo Económico investigado con respecto al canal de distribución del producto cervezas, consistente en establecer con los minoristas contratos de exclusividad a fin de no permitir que los productos de la competencia, especialmente las cervezas de origen nacional, sean comercializados por dichos canales de distribución, contraviniendo la norma del numeral 4 del artículo 14 de Ley 29.

La existencia del primer supuesto del artículo 15 de la Ley 29 relacionado al poder sustancial que detenta el grupo económico de la Cervecería Nacional, S.A. en el mercado pertinente.

Observamos la acción unilateral tiene el objeto y el efecto levantar barreras en el mercado a fin de impedir a su competencia limitando así su crecimiento en el mercado.

Ha quedado claro en análisis del poder sustancial que el grupo económico investigado, que existen elementos suficientes para concluir que las empresas que conforman el Grupo Económico de la Cervecería Nacional, S.A. (compuesto por la Cervecería Nacional, S.A., Distribuidora Comercial, S.A., Cervecería Chiricana, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Financiera Pasadena, S.A.) han incurrido presuntamente en prácticas monopolísticas relativas ilegales en el mercado de producción y distribución para la comercialización de cerveza.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, a juicio de quienes suscriben, existen en el presente expediente elementos suficientes para presentar formal demanda ante los tribunales de justicia correspondientes contra las empresas Grupo Económico de la Cervecería Nacional, (Cervecería Nacional, S.A, Distribuidora Comercial, S.A., Cervecería Chiricana, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Refrescos Nacionales, S.A., Financiera Pasadena, S.A.) por la presunta comisión de prácticas monopolísticas prohibidas por la Ley 29 de 1996.

En el análisis hemos comprobado también que se cumple el segundo supuesto del artículo 15 de la Ley 29, el cual reza que dichas prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado pertinente de que se trate.

Una empresa puede detentar un poder de mercado pero no ejercerlo, sin embargo, en el caso que nos atañe el grupo económico de la Cervecería Nacional, S.A. ha ejercido su poder de mercado. Esto se puede concluir, entre otros aspectos, si observamos con detenimiento los

textos que hemos citado en los apartados anteriores y que serían innecesarios repetir en este espacio, pero que en definitiva constatan que la investigada ejerce su poder de mercado, sobre todo en el canal abierto y cuyas repercusiones se trasladan al canal cerrado.

Por lo expuesto concluimos que existe una presunta práctica monopolística relativa que consiste en una acción unilateral por parte del grupo económico antes mencionado consistente en la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicios producidos, procesados, distribuidos para la o comercialización por un tercero, con el objeto y efecto de impedir el acceso de la Cervecería del Barú-Panamá al mercado pertinente.

ACUERDA:

PRIMERO: Ordenar la interposición formal de demanda ante los tribunales de justicia contra las empresas que constituyen Grupo Económico de la Cervecería Nacional, S.A.: Cervecería Nacional, S.A., inscrita a tomo 3, folio 102, asiento 260, actualizada a ficha 12769, rollo 507, e imagen 43 de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público; Distribuidora Comercial, S.A., inscrita a tomo 311, folio 77, asiento 66961, actualizada a ficha 2709, rollo 100, e imagen 4; Refrescos Nacionales, S.A. inscrita a ficha 234094, rollo 29133, e imagen 116, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público, Financiera Pasadena, S.A. inscrita a ficha 228221, rollo 27476, imagen 28, de la Sección de Micropelículas Mercantil del Registro Público, por la presunta comisión de prácticas monopolísticas relativas ilegales establecida en el artículo 14, ordinal 4 de la Ley 29 de 1996, relacionadas con una “acción unilateral por parte del grupo económico antes mencionado consistente en la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, con el objeto de impedir el acceso de la Cervecería del Barú-Panamá al mercado pertinente.

SEGUNDO: Ordenar que la presente investigación quede en espera de la decisión final que surja de los Tribunales de Justicia producto de la acción interpuesta, para posteriormente imponer, si corresponde, las sanciones administrativas establecidas en la Ley 29 de 1996. Lo anterior sin perjuicio de que la CLICAC pueda tener conocimiento y/u obtener pruebas con posterioridad a la interposición de la demanda, conducentes a la comprobación de la causa propuesta ante los Tribunales de Justicia.

TERCERO: Comunicar la presente Resolución a las empresas involucradas en esta investigación administrativa.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley No. 29 de 1ro. de febrero de 1996, Decreto Ejecutivo No. 31 de 3 de septiembre de 1998 y Código Judicial de la República de Panamá.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

RENE LUCIANI L.

Comisionado

GUSTAVO PAREDES

Comisionado

CESAR CONSTANTINO

Comisionado

JOSÉ SIMPSON HIU

DIRECTOR GENERAL EN FUNCIONES DE
SECRETARIO.