

Informe N°012/2020

Montevideo, 24 de enero de 2020

**ASUNTO N° 36/2019: CARRAU Y CÍA S.A. - DIAGEO URUGUAY S.A. -
(Servicios logísticos y de distribución de bebidas alcohólicas) - Denuncia**

1. ANTECEDENTES

a. De las argumentaciones planteadas en la denuncia

Viene el expediente para la realización de informe económico, en virtud de la denuncia presentada por Carrau y Cía. S.A. (Carrau) en contra de Diageo Uruguay S.A. (Diageo).

En la misma se establece que ambas empresas se encuentran vinculadas por una relación de más de veintidós años de duración, la que se manifiesta a través de distintos acuerdos contractuales celebrados en diversas oportunidades, habiendo sido Carrau el “operador logístico de Diageo para la distribución de bebidas alcohólicas en el mercado doméstico, superando a los efectos diversos procesos competitivos establecidos por Diageo y celebrando diversos contratos.”

Desde la empresa Diageo se manifiesta que el más reciente de los acuerdos entre ambas firmas (“Contrato de prestación de servicios logísticos”) se acordó que Carrau prestaría a Diageo diversos servicios de logística y distribución que se llevarían a cabo “a través de la infraestructura, experiencia y recursos de Carrau en Uruguay que, de acuerdo al denunciante “...se desarrolló y cumplió normalmente, prestando Carrau un servicio de excelencia, lo cual fue reconocido expresamente por Diageo.”

De acuerdo a la denunciante, estando vigente el contrato anteriormente mencionado Diageo “...lanzó una licitación...para la prestación de servicios análogos a los que en ese momento se encontraba desarrollando Carrau.”, agregando a posteriori que la denunciante fue “activamente incentivada por Diageo a participar en la Licitación como forma de continuar prestando los servicios contractuales que ya venía suministrando a dicha empresa de larga data y, más recientemente, en virtud del Contrato.”

La denunciante plantea que antes, durante y después de finalizado el proceso licitatorio, la denunciada le planteó sobre la necesidad de que construyera e hiciera funcionar “...**un sofisticado y complejo depósito logístico, como condición indispensable para la continuidad de la relación entre ambas empresas...Carrau invirtió tiempo y cuantiosas sumas de dinero...en la construcción de dicho depósito, obteniendo la aprobación del correspondiente proyecto por parte de la Comisión de Aplicación de la Ley de Inversiones - COMAP.**” (Destacado en el original).

Más adelante, se manifiesta que a pesar del esfuerzo económico realizado, la denunciada no adjudicó la Licitación a la denunciante, aún a pesar de que “...la oferta de Carrau, entendemos, ocupaba el primer lugar en el proceso licitatorio establecido por Diageo...” que “...Diageo tampoco adjudicó la Licitación a ninguna de las demás las firmas competidoras...Por el contrario, lo que hizo Diageo fue contratar -luego de cerrado el proceso licitatorio referido y con

precios vistos- a una tercera empresa. Almena S.A. ('Almena'), **que no había participado en la Licitación y a la que no le fueron impuestas las leoninas exigencias a que si habían debido someterse los ofertantes**, como la prohibición de consolidar la mercadería de Diageo con productos que compitieran con la misma (por ejemplo, bebidas alcohólicas).”, agregando posteriormente que Carrau no tuvo la oportunidad de conocer o mejorar los términos contractuales ofrecidos por Almena y en base al vínculo de más de veinte años entre las empresas y la existencia de negociaciones en curso entre las empresas.

Es así que se expresa sobre la comunicación de Diageo a sus clientes sobre la finalización del contrato con Carrau y el comienzo de la relación contractual con Almena, habiéndose expresado en esa comunicación que tendría las mismas responsabilidades que Carrau.

Según la denunciante, la conducta de Diageo vinculado a la Licitación y el cese de relación con Carrau “...constituye un cúmulo de prácticas anticompetitivas, vulneratorias de lo dispuesto por la Ley N°18.159, en tanto se encuentran orientadas -en abuso de la posición dominante que ostenta Diageo en la materia...a restringir y distorsionar la competencia y perjudicar ilegítimamente a la posición de Carrau en el mercado uruguayo de venta de bebidas destiladas, en particular del whisky, y, en definitiva, a los consumidores todos.”

La denunciante manifiesta que “...la no adjudicación de la Licitación, y la contratación por fuera de la misma de la empresa Almena, menoscaba antijurídica y sustancialmente la posición en el mercado relevante de una empresa competidora en el mercado de destilados y whiskies como Carrau, que trabajó con Diageo durante más de 22 años, sin que existiera ningún cuestionamiento de su desempeño, y si por el contrario, numerosas distinciones por la excelencia del mismo. De hecho, Carrau, más allá de su relación asociativa histórica con Diageo, compite con esta última tanto en whisky (marca Gregson´s) como en otras bebidas destiladas (Campari, entre otras)...No existe razón técnica

y comercial alguna que justifique el referido menoscabo hacia Carrau, violando así la regla de razonabilidad que impera en la materia y consagra nuestra Ley...Todo ello hace que la conducta de Diageo deba considerarse **ilícita y violatoria de la normativa vigente en la materia, y pasible de las sanciones que esa Comisión está facultada a aplicar**...(destacado en el original)."

Desde Carrau se expone que la misma fue inducida a "...participar en la Licitación, imponiéndole para ello importantes desembolsos incluso después de finalizado el plazo de presentación de ofertas, para posteriormente contratar por fuera de la misma a un tercero a quien no impuso las rigurosas condiciones que surgían del pliego licitatorio, Diageo ha obrado en frontal violación del artículo 2 de la Ley N° 18.159...En cuanto a cuál es el mercado relevante, parece indudable que el mismo **está dado por la venta de bebidas alcohólicas destiladas (whisky, vodka y licores) en el mercado uruguayo, pero con mayor preponderancia e importancia en el mercado relevante del whisky en particular** (destacado en el original)...Diageo posee posición de dominio tanto en lo referido al mercado de lo que se denomina 'destilados', conformado por whisky, licores, ron y vodkas, así como, en particular, en el mercado relevante del whisky, tanto nacional como importado...**en el mercado relevante delimitado, tanto para el caso de que se consideraran las bebidas destiladas en general, como para el caso de que se considerara sólo el mercado del whisky en particular, resulta incuestionable que la posición dominante pertenece a Diageo** (destacado en el original)"

Más adelante, la denunciante establece que "Si a la posición claramente dominante de Diageo en este mercado le sumamos el monto de las importaciones de Almena (a quien, a diferencia de a los oferentes de la Licitación, no se le ha exigido la no competencia en la materia), por un valor de CIF...., esta posición de dominio se ve todavía más incrementada...**en el futuro, cabe esperar una consolidación de poder oligopólica, y tendiente al monopolio de Diageo, en**

manos de estas dos empresas que operan conjuntamente (destacado en el original)..."

Relacionando lo relatado a conductas futuras, la denunciante plantea en el documento de denuncia que "Vale agregar que, donde Diageo coloca sus productos, la competencia no puede vender, dados los acuerdos de exclusividad que invariablemente realiza con sus clientes. La única excepción realizada con Carrau, en el decurso de su vínculo contractual con Diageo, fue la venta de Gregson's, producto de Carrau, único whisky respecto del cual Diageo toleraba la distribución en paralelo y que es esperable que deje de ocurrir. Véase que Carrau compite con Diageo no solo por su whisky Gregson's son también en otras bebidas alcohólicas como el Campari, Cinzano, vodka Skyy, Appleton Estate Ron, Fernet Branca y Aperol. Es por ello que debe esperarse una agravación de esta posición a raíz de su relacionamiento contractual con Almena, todo lo cual justifica las medidas de cese solicitadas...La posición dominante no es *per se* ilícita. Lo que resulta ilícito y anticompetitivo es el modo en que Diageo la ha ejercido, implementando una Licitación en definitiva trunca, rescindiendo el Contrato con Carrau a pesar de los ingentes esfuerzos exigidos a ésta, y celebrando un contrato con una tercera empresa -ya con precios vistos de los participantes de la Licitación referida- no participante en la Licitación, restringiendo a Carrau -y a los demás participantes de la Licitación- en su participación en el mercado de venta de bebidas alcohólicas destiladas (Subrayado en el original).

Según la denunciante, el accionar de Diageo obligándola a realizar desembolsos económicos en aras de la continuidad del vínculo comercial constituye una práctica contraria a la competencia: "...al movilizar de mala fe un proceso licitatorio con elevadísimas exigencias, que inducen a por lo menos uno de los oferentes a realizar importantes desembolsos para, en definitiva, adjudicar los servicios objeto de la Licitación a un tercero no participante en ella, en los hechos

se está distorsionando la competencia en los términos establecidos en la norma citada (subrayado en original) Se la está restringiendo, desvirtuando y limitando por la vía de obligar a diversos agentes económicos a realizar dispendios y destinar recursos a una Licitación destinada deliberadamente a quedar trunca...para salir a contratar a otra empresa ajena al proceso en condiciones más beneficiosas para Diageo y en perjuicio de Carrau y del mercado.”

La denunciante manifiesta que la práctica llevada a cabo por Diageo, consistente en “...utilizar las propuestas recibidas en una licitación para obtener que otro potencial co-contratante, informado por ellas, realice una mejor oferta...es considerada...como ‘aborrecible’, ‘antiética’ y ‘anticompetitiva’, tesitura que también ha sido seguida por la jurisprudencia norteamericana...” manifestando más adelante que la relación con la denunciada implicó impedir una nueva relación comercial con otra empresa amén de que se le habría exigido una exclusividad que no se le exige a la empresa finalmente contratada (Almena).

La contratación de Almena según la denunciante “...**augmenta exponencialmente la posición de dominio de Diageo, que suma a su de por sí extenso portafolio las marcas ya distribuidas por Almena, consolidando un oligopolio con vocación de convertirse, en el futuro cercano, en monopolio sobre el mercado de bebidas alcohólicas destiladas** (destacado en original).

La denunciante considera que “...una clara alternativa a contratar a Almena S.A., que era precisamente la de contratar a Carrau, **empresa que fue activamente estimulada a presentarse a la licitación y a realizar desembolsos, consistentes en la construcción y puesta en funcionamiento de un sofisticado centro de distribución, para continuar con dicho vínculo contractual.**”

Según la denunciante Diageo incurrió en prácticas anticompetitivas de acuerdo a: a) las condiciones que le habría exigido esta última en cuanto a la comercialización de productos, la no asignación de la Licitación a Carrau y la mencionada imposición de construcción de centro logístico; b) por restringir

injustificadamente la distribución y venta de bienes al contratar a Almena y potenciar un futuro monopolio, la negativa a contratar luego de más de dos décadas de relación entre las empresas y que, según expone no tendría justificación; c) por aplicar injustificadamente condiciones desiguales a terceros, según plantea, habiéndola colocado en desventaja frente a otras empresas, al exigírsele la construcción de un centro de distribución y al no obligar a Almena a “...renunciar a la distribución ni a la venta de sus propias bebidas alcohólicas...Además, lo más relevante es que Almena no fue obligada a participar del proceso licitatorio, contando -obviamente- con los precios vistos de los demás participantes a la hora de sentarse a negociar con Diageo si relación contractual.”(Subrayado en original) agregando a posteriori que “...No existe justificación posible ni verosímil para la implementación de un complejo proceso licitatorio para, finalmente, someter las ofertas presentadas en buena fe por cinco empresas (que realizaron esfuerzos y dispendios para participar) a una sexta que no participó y que, en definitiva, se vale de la información obtenida para resultar adjudicataria...”; d) por exigir que “...Carrau no comercializara marcas de bebidas alcohólicas en competencia con ella. La posición dominante de Diageo en el mercado de bebidas alcohólicas destiladas fue la que le permitió imponer esta condición a Carrau...esta imposición de condiciones abusivas se manifestó...en la prohibición de Diageo a Carrau de que esta última tomara la operación logística de Pernod Ricard, a pesar de que el Contrato de 1º de diciembre de 2016 no prohibía dicha actividad; por el accionar de Diageo respecto a la licitación y el proceso desarrollado en el mismo, habiendo dado información a terceras empresas que no participaron del proceso de precios; por el establecimiento de zonas al no permitirle vender a Carrau dentro del territorio nacional de bebidas que fueran una competencia para Diageo; finalmente por “...la negativa a aceptar servicios...a través de la tesitura de Diageo de rehusarse a contratar con Carrau, resolviendo el contrato vigente en forma intempestiva

(preaviso de tres meses para una relación contractual de más de dos décadas) y excluyéndola de *facto* del mercado de venta de bebidas alcohólicas destiladas donde Diageo ostenta posición dominante.”

Finalmente, la denunciante establece a fs. 266 vto. que “...Diageo posee la potencialidad de generar daños graves al mercado en general, que se ve distorsionado por el abuso que Diageo realiza de su posición dominante para imprimir condiciones leoninas a sus oferentes y, en definitiva, manipular dolosamente sus ofertas para celebrar un contrato con una empresa ajena a la Licitación. Es claro que este tipo de manipulación de precios y condiciones operativas no puede sino enturbiar el mercado, contaminar la competencia y perjudicar al consumidor final mediante el debilitamiento abusivo de lícitos concurrentes y la consolidación, en última instancia y en un futuro cercano avizorable, de una posición monopólica a través de la incorporación por parte de Diageo de la cartera de productos de Almena.”

b. De las argumentaciones planteadas por la denunciada

La denunciada establece que “Es cierto que Diageo y Carrau mantuvieron una relación comercial que data de varios años, mediante la cual Carrau prestó servicios logísticos de almacenamiento y transporte de mercadería a Diageo. También es cierto que las partes suscribieron el último contrato de prestación de servicios logísticos -de almacenamiento y transporte de mercadería- el 1º de diciembre de 2016...plazo de vigencia desde el 1º de noviembre de 2016 hasta el 31 de octubre de 2018...Se pactó asimismo, en la cláusula 9 “Plazo”, la posibilidad para cualquiera de las partes de terminar el contrato, anticipadamente y sin responsabilidad, luego de cumplido el primer año de vigencia...”

El motivo de la terminación del contrato obedeció a “...la necesidad de Diageo de ser más eficientes conforme a los estándares globales y regionales de Diageo y de bajar costos, con fecha 1º de junio de 2018, Diageo realizó un llamado a

propuestas...'*Request for Proposal*'...", planteando los servicios comprendidos en dicho llamado de precios.

Según la denunciada, Carrau ya le prestaba servicios y también se presentó al llamado, el que "...estableció claramente en la cláusula 2.2 que: (i) la invitación a participar no establecía ninguna obligación de Diageo para con el Participante (dicho lineamiento también estaba establecido en la Carta de Confidencialidad suscripta por el denunciante al momento de la entrega del pliego de condiciones), (ii) no implicaba obligación alguna de Diageo de reintegrar cualquier tipo de cargo o costo en que los Participantes hayan incurrido en la elaboración de la propuesta; (iii) la posibilidad de Diageo, sin responsabilidad alguna, de retirarse de cualquier negociación que tenga con cualquiera de los Participantes con relación a una posible contratación; (iv) el derecho de descartar a cualquiera de los Participantes o incluso a todos a su solo criterio y sin necesidad de justificar o explicar en modo alguna su decisión...en la Carta de Confidencialidad...suscripta por Carrau con fecha 1º de junio de 2018, se estableció en el punto IV: '*...El Participante manifiesta comprender y aceptar que ninguna disposición de la presenta implica que Diageo y el Participante concretarán una relación comercial entre sí, ni los obliga a comprar o vender servicios de la otra parte.*'"

Con relación a la construcción del nuevo centro de distribución, la denunciada manifiesta que "...es falsa la afirmación que Diageo haya exigido o inducido de modo alguno a Carrau a la construcción de un nuevo centro de distribución, ni menos aún, que haya incidido en el comienzo de la obra bajo la expectativa de continuar con los servicios...hay indicios muy contundentes que demuestran que Carrau ha venido planificando la construcción de dicho centro de distribución desde hace casi una década...el propio Carrau agrega en el Anexo O de su denuncia un testimonio de compra venta del terreno. Sin embargo, el contrato data del mes de diciembre de 2013. No puede entonces señalar que, respecto a dicho terreno, fue "*activamente estimulada (...) a realizar desembolsos, consistentes*

en la construcción y puesta en funcionamiento de un sofisticado centro de distribución para poder continuar con dicho vínculo contractual' (fojas 255 vto.)", mencionando a posteriori que existe una resolución del Ministerio de Economía y Finanzas de marzo de 2011 en la que se resuelve declarar promovida la actividad del proyecto de inversión presentado por Carrau, agregando que "Es evidente, por ende, que la compra de dicho terreno y la planificación de la construcción del nuevo centro de distribución no se debió a la licitación de Diageo...con dicha acusación, Carrau sugiere algún tipo del cual habría sido parte (e incriminando así también a Diageo, lo que se rechaza enfáticamente, pues no se explica cómo estando en plena competencia en el marco del llamado a precios, Carrau habría aceptado una obligación de ese tipo; 'obligación' que solamente habría aceptado razonablemente de saber que habría sido asignado el contrato. Por ende, e increíblemente, el denunciante sugiere con su propia acusación algún tipo de 'arreglo' con Diageo, como si con la construcción de dicho centro pudiera sacar una ventaja en el marco de la licitación y asegurarse un resultado favorable previo a la selección del proveedor...Está claro que si Carrau realizó algún tipo de construcción o inversión previa a la selección del nuevo proveedor, nada tuvo que ver Diageo en dicha decisión. La fecha de compra del terreno (2013) pone en evidencia que la supuesta inversión de Carrau responde a necesidades exclusivas de dicha empresa, que aprovechó para ofrecer la construcción del depósito en el mencionado proceso, el cual comenzó en el año 2018...En definitiva...Carrau se encontraba y se encuentra obligado a modificar la ubicación de su centro de distribución por obligaciones que le son impuestas directamente por la normativa." (Destacado en el original).

En relación al mecanismo del llamado de precios de Diageo, la denunciada plantea que las ofertas económicas se realizaron a través de una plataforma "...que Diageo utiliza globalmente y que otorga garantías de confidencialidad...sin que en ningún caso puedan ver las propuestas realizadas

-ni económicas ni de servicios- de los demás participantes ni conocer quiénes son. Pues bien. La oferta de Carrau no fue la más competitiva, ni la esperada.", detallando una serie de hechos relacionados a la negociación para extender temporalmente el contrato entre Carrau y Diageo, cosa que finalmente no ocurrió y también respecto a la relación con Almena que "...se concretó de forma posterior a la comunicación a Carrau de la terminación del contrato. En efecto, Diageo y Almena firmaron el contrato el 17 de julio de 2019 (Carrau había sido notificado un mes antes de la terminación) y se le otorgó vigencia a partir de 26 de setiembre, día siguiente al de la terminación de la relación con Carrau..."

A posterior, relacionado a una posible conducta contraria a la competencia la denunciada plantea: a) que la denuncia realizada por Carrau es irrelevante para el mercado y para el consumidor, dado que se trataría de un problema comercial "...típicamente civil por la terminación supuestamente intempestiva de una relación contractual longeva..."; b) que no abusó de posición dominante alguna, contraponiéndose a la definición de mercado relevante de producto planteada por la denunciante; que no ocupa una posición dominante y finalmente c) argumentación en contra de las conductas imputadas por Carrau a Diageo, correspondientes a los literales A, B, C, D, E, H, I del Art. 4 de la Ley N° 18.159

2. ANÁLISIS

a. Las actividades desarrolladas por la denunciada y su relación con la denunciante

1. Las actividades desarrolladas por Diageo

De acuerdo a lo que surge del propio expediente, la empresa Diageo realiza la importación de bebidas que luego comercializa al interior del territorio nacional.

Para ello opera como demandante de diferentes servicios, asociados a la importación de las bebidas, el transporte de las mismas desde su llegada a determinados depósitos y luego la distribución hacia otras empresas que comercializan los productos importados.

Las actividades descritas en general, conllevarían a la demanda de determinados servicios asociados a ellos, relacionados a gestiones de internalización de los productos, etiquetados, empaquetados, consolidación de pedidos, entre otros.

De acuerdo a lo informado por Diageo, la actividad que demanda para el proceso de recepción de la carga importada y su nacionalización la realiza a través de una sola empresa que contrata, mientras que el resto de los servicios, asociados a la recepción de mercadería, almacenamiento, logística integral, fraccionamiento, embalaje y transporte hasta depósitos de otros agentes minoristas también lo lleva a cabo a través de otra empresa a la que también contrata. Finalmente, la logística de transporte a depósitos minoristas lo realiza a través de 30 operadores, según consta en el expediente.

Surge de la propia denuncia realizada que la empresa Carrau le prestó determinado tipo de servicios a Diageo, relacionados a logística y transporte una vez nacionalizada la carga. Luego del llamado a precios realizado por Diageo, esta contrató a la empresa Almena para la prestación de los servicios que realizó hasta cierto momento la empresa Carrau.

2. Sobre el tipo de relación entre denunciante y denunciada

En términos de una relación entre agentes de un mercado, es posible establecer que Carrau ofreció distintos tipos de servicios de logística, mientras que Diageo demandó de esos servicios relacionados al acopio y distribución de bebidas alcohólicas, entre otros.

Al mismo tiempo, se observa que ambas empresas realizan la venta de distintas bebidas alcohólicas.

Es decir, que las empresas venden bienes que podrían estar compitiendo entre sí, configurando desde el punto de vista de defensa de la competencia una relación de tipo horizontal: a través de la comercialización de bienes similares.

Sin embargo, la denuncia refiere a la no contratación de Carrau por parte de Diageo luego del llamado a precios realizado por esta última y ello se corresponde, desde una perspectiva de defensa de la competencia, a una vinculación de tipo vertical entre empresas, como la descrita arriba.

Es en base a esto último que habrá de proponerse una definición de mercado relevante y la realización de un análisis que arroje luz sobre la posible existencia de conductas contrarias a la competencia.

b. El mercado relevante

i. Los criterios establecidos por la Comisión para la determinación del mercado relevante

A través de la Resolución N°2/009 esta Comisión explicitó los criterios generales para la determinación del mercado relevante, abarcando el punto de vista del producto y el geográfico, como forma de conocer el espacio de competencia en el que actúan los distintos agentes económicos involucrados.

La primera de las dimensiones se puede analizar desde el lado de la demanda como de la oferta.

El análisis desde el lado de la demanda se realiza sobre los bienes que podrían presentar potencialmente un alto grado de sustituibilidad entre sí para una proporción importante de consumidores, mientras que desde el lado de la oferta

el análisis se centra en aquellos bienes que podrían ser provistos por otras empresas en un periodo breve de tiempo, generalmente un año.

El análisis de la segunda dimensión se centra en delimitar geográficamente el espacio de competencia entre los agentes involucrados, estableciendo los límites geográficos donde se encuentran los proveedores de bienes o servicios a los que el consumidor puede ir a realizar la compra de los mismos.

En línea con lo resuelto por esta Comisión es posible encontrar una serie de publicaciones sobre las que se mencionan distintas técnicas para la determinación del mercado relevante.

Autores como Figari y otros¹ establecen que el mercado relevante de producto debe incluir a todos aquellos productos que resulten sustitutos de aquél y no necesariamente tienen que ser idénticos, “... sino que deben ser considerados sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad.” En el mismo trabajo destacan un pronunciamiento del Tribunal de Competencia de Perú: “El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores.”

¹ Figari, Hugo; Gómez, Hugo; Zúñiga, Mario. Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. Disponible en <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>

Baker (2007)², establece que el mercado relevante expresa que el mercado relevante consiste de bienes razonablemente intercambiables, por parte de los consumidores y para los mismos propósitos.

La Comisión Federal de Competencia Económica de México³ establece algunos criterios para la evaluación práctica de posibilidades de sustitución, entre los que se destaca la “intercambiabilidad y equivalencia funcional”, expresando que “Los productos son sustitutos uno del otro cuando los compradores los pueden cambiar y obtener casi los mismos beneficios...en la práctica se puede observar si los productos realizan las mismas cosas, si las personas los utilizan intercambiamente, y si se obtienen beneficios similares cuando lo hacen”. Adicionalmente en el mismo se agrega: “El enfoque de intercambiabilidad puede identificar adecuadamente el mercado relevante cuando los productos son, más o menos, sustitutos perfectos de cada uno y ningún otro producto es un sustituto cercano que atraería un número suficiente de consumidores marginales si el precio aumentara. En la práctica, los consumidores a menudo perciben diferencias (y llevan a cabo sus decisiones de compra con base en esas diferencias) entre productos que parecen ostensiblemente similares.”

Es decir, no existe una forma única de determinación del mercado relevante, pudiendo realizarse la misma a través de distintas técnicas, con información disponible o a través de información sobre las características del bien o servicio considerados en cada caso, entre otros.

² Baker, Jonathan. Market Definition: An Analytical Overview. *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, 2007.

³ Comisión Federal de Competencia. Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante. Marzo, 2011.

ii. Propuesta de definición

Los servicios brindados por Carrau a Diageo consistieron en servicios de tipo logístico, según la denunciante análogos a los que surgen del Anexo C, esto es⁴: almacenamiento de mercadería bajo determinadas condiciones y capacidad de operación, manejo de inventario a través de dos sistemas, recepción y despacho de mercadería, realización de inventarios físicos, realizar el etiquetado y estucheado de los productos, entre otros.

La relación entre denunciante y denunciada se corresponde a un vínculo de tipo vertical, en tanto una empresa presta servicios a la otra en distintas etapas del proceso de comercialización del producto. Es decir, Carrau brindó servicios de logística a Diageo oficiando de oferente, mientras que Diageo demandó los servicios de la denunciante para comercializar sus productos. Nuevamente, no surge que empresas estarían compitiendo entre ellas, sino que las une una relación de tipo vertical.

A grandes rasgos, se puede establecer Diageo demandó a Carrau servicios de logística asociados a los productos que la primera comercializa, en tanto se fijaron determinadas condiciones que debían cumplir los procesos asociados al mismo. Sin embargo, así como la denunciante realizaría la logística para otro tipo de producto compartiendo determinadas facilidades como el almacenamiento, transporte, personal asignado y otros recursos, también otras empresas se presentaron al llamado de precios realizado por Diageo para prestar dicho servicio, empresas que no necesariamente dedican su actividad principal a la logística asociada a bebidas alcohólicas.

Naturalmente existen en este caso economías de escala y alcance, en el sentido de que mismas instalaciones y recursos compartidos permiten llevar a cabo la

⁴ La descripción es general, dado que para cada uno de los distintos aspectos mencionados se establecen requerimientos particulares (fs. 87 a 120).

actividad logística para un sinnúmero de bienes, tal como lo realiza la denunciante así como otra serie de empresas, según surge del propio expediente. Esto último, permitiría concluir razonablemente que si bien la demanda de servicios de logística de Diageo se relaciona a los productos que importa y representa, desde el lado de la oferta corresponde considerar no solo la logística asociada a bebidas alcohólicas (es decir a los productos del giro principal de Diageo), sino a otros bienes de consumo: las empresas que pueden prestar el servicio demandado por la denunciada, no necesariamente lo deben hacer en su rubro principal, sino que pueden ser otras empresas que realicen las tareas demandadas de logística.

Para una mejor delimitación del mercado relevante, es necesario y pertinente realizar una consideración adicional, en línea con lo establecido en el Informe Técnico N°58/011 de esta Comisión: la consideración de un mercado mayorista, dado que la “actividad logística” en sí misma y definida como tal, podría dar lugar a delimitaciones erróneas sobre todo en la consideración del mercado relevante desde el punto de vista geográfico. Ello amplía el rango geográfico en el que se mueven los bienes por la escala que se maneja -según surge del expediente- y las distancias cubiertas.

Por lo anterior, es que se propone definir el mercado relevante como el los servicios de logística y distribución mayorista en el territorio nacional.

Si bien del expediente no surge información cuantitativa sobre el mercado relevante propuesto, se considera que plantear una posición dominante de la denunciada en el mismo no sería una hipótesis verosímil, sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de distintas empresas y de variada escala que demandan los mismos servicios que Diageo y similares, compartiendo la disponibilidad de distintos recursos, como se manifestó al considerar el lado de la oferta.

c. De la posible existencia de conductas contrarias a la competencia

Carrau imputa a Diageo sobre la posible comisión de diferentes conductas contrarias a la competencia, vinculadas principalmente al llamado a precios realizado por la denunciada que se relacionan al abuso de posición dominante y a algunas de las establecidas en el Artículo 4º de la Ley N°18.159.

i. Sobre el abuso de posición dominante

La denuncia se centra en la relación comercial que Carrau y Diageo desarrollaron a través del tiempo, es decir en los servicios que la denunciante prestó a la denunciada como operador logístico, lo que implicó la existencia de una relación de tipo vertical, en la que cada una de las empresas ocupó un eslabón en la cadena de comercialización, en este caso de determinadas bebidas alcohólicas.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia las conductas horizontales son las que desarrollan mayor interés, en el sentido de que a partir de las mismas se suelen observar los efectos más dañinos sobre los mercados. Sin embargo, las prácticas o conductas que se observan a partir de una vinculación de tipo vertical se investigan considerando la existencia de posibles eficiencias que las justifiquen.

Como fuera desarrollado en el análisis del mercado relevante, sería poco verosímil establecer una posición de dominio de Diageo como demandante en el mercado de la logística y distribución mayorista en el territorio nacional, dadas las características que tendría el mismo y a partir de lo observado en el llamado a precios realizado.

La no contratación de Carrau por parte de la denunciada podría encuadrar en un rechazo a contratar, lo que se le conoce en la literatura internacional como *refuse to deal*, conducta que para reputarse como contraria a la competencia se estudia, en todo caso, a partir de una posición de dominio y en general desde el lado de la oferta, en el que un agente rechaza brindarle un insumo a otro. En este caso se

trataría desde el lado de la demanda, aspecto que no surge *a priori* como contrario a la competencia en tanto la denunciada no detenta una posición de dominio, amén de que no se observa ni surge cómo a partir de la no contratación de Carrau se podría perjudicar a los consumidores ni como dicha contratación afecta negativamente la competencia en el mercado relevante propuesto. Tampoco surge cómo a partir de un cambio de operador logístico de una empresa se puede afectar el mercado en el cual esta vende sus propios bienes, en tanto la vinculación es de tipo vertical -y no horizontal-, conformada por empresas distintas.

Naturalmente que la no contratación de Carrau tras el llamado pudo perjudicar a dicha empresa, pero en todo caso la normativa de defensa de la competencia no debe proteger a agentes económicos, sino a la competencia en los mercados.

ii. Sobre las conductas relacionadas al Artículo 4º de la Ley de Defensa de la Libre Competencia en el Comercio

Además de las conductas denunciadas respecto al llamado a precios, otras conductas imputadas por Carrau refieren a posibles prácticas o conductas que no se relacionan con el mercado relevante propuesto, sino que refieren a otros mercados, relacionados con los productos de venta de la denunciada.

En primer lugar, Carrau establece en su denuncia que Diageo habría establecido condiciones de manera abusiva, cosa que surgiría a partir de una posible condición de exclusividad que no se le habría exigido al contratar a Almena, aspecto que no necesariamente sería contrario a la competencia por varios motivos: se trata de empresas con una relación o vinculación de tipo vertical; que la prestación del servicio implica compartir recursos como ocurre en el presente caso; que se trataría de vinculaciones distintas en el tiempo y finalmente, en la medida de que exista competencia en el mercado de dichos bienes.

Sobre las posibles exigencias de Diageo para la construcción de centro logístico, las mismas no se corresponden con un análisis económico de defensa de la competencia, en tanto no surge cómo ello puede acarrear perjuicios a la competencia en el mercado relevante propuesto dado que lo que habría ocurrido es un cambio de proveedor de determinado servicio.⁵

En segundo lugar, se establece la negativa a contratar como algo contrario a la competencia. Sin embargo, se trata de una vinculación de tipo vertical en la que el agente demandante no ostenta una posición dominante y por lo tanto no surgiría como una conducta contraria a la competencia.

En tercer lugar, se denuncia la discriminación entre la denunciante y la nueva empresa contratada, aspectos que desde el punto de vista económico no necesariamente constituyen una restricción a la competencia en tanto no se ostenta una posición dominante y al mismo tiempo, las vinculaciones entre Diageo y la denunciante, y Diageo y la nueva empresa contratada, difieren en el tiempo, no surgiendo desde el punto de vista económico cómo lo denunciado afecta o puede afectar la competencia en el mercado relevante propuesto. Eventualmente podría haber un perjuicio a la denunciante, pero a ello en sí mismo no le corresponde un análisis relacionado a la defensa de la competencia. En cuarto lugar, se denuncia sobre la subordinación en la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que no tengan relación con el objeto de esos contratos, que se habría traducido en la obligación de no comercializar otras bebidas o respecto a la supuesta obligación de la construcción y puesta en práctica del centro de distribución logística. Sin embargo, lo denunciado en esa ocasión refiere nuevamente a una posible

⁵ En todo caso, surge como contradictorio en términos de la incertidumbre que lleva implícita la competencia en general, el hecho de estar construyendo un centro logístico para proveer un servicio teniendo una vinculación asegurada con una empresa y, al mismo tiempo, presentarse y participar de un llamado a precios entre oferentes de dicha empresa para proveer el servicio que ya se estaba brindando y que a futuro se realizaría utilizando dichas instalaciones.

exclusividad, cosa que podría ocurrir con una empresa dominante o no, dadas las características desde el lado de la oferta ya analizadas, y que ya fuera analizado anteriormente. El mismo análisis le corresponde a lo denunciado al comienzo de la fs. 264 vto.

En quinto lugar, respecto a las condiciones a las que se presentan las empresas a licitaciones, establece que habría "...una variante peculiar de conducta anticompetitiva en el marco de una licitación...involucra la participación de un agente económicas que no había sido parte del proceso original...". Sin embargo, en el llamado a precios se estableció que podría darse el caso de que Diageo pudiera descartar todas las ofertas, cosa que finalmente habría ocurrido, contratando posteriormente a Almena.

Al mismo tiempo, cabe plantear que quienes suelen coordinarse en licitaciones en todo caso son quienes se presentan como oferentes en la licitación, cosa que en este caso no parece no solo ocurrir, sino que se plantea una situación que no surge cómo la misma puede afectar a la competencia en el mercado relevante propuesto, dado que se hizo un llamado a precios y no fue seleccionada ninguna de las empresas que se presentaron, sino contratando a otra. Es decir, no se descarta que puedan haber existido perjuicios de algún tipo a alguna empresa de las que se hayan presentado al llamado de marras, pero ello excede el alcance de un análisis económico de defensa de la competencia.

En sexto lugar, se denuncia la no justificación de la venta de bienes o la prestación de servicios, lo que en defensa de la competencia se conoce habitualmente como "negativa de ventas". Sin embargo, a fs. 265 se hace mención a "...la negativa a aceptar servicios...", lo que no condice con lo establecido en el Literal I) del Artículo 4º de la Ley N°18.159. En efecto, la denunciada compra servicios a Carrau, por lo que no surge justificación en este caso de análisis económico de defensa de la competencia.

3. CONCLUSIONES

En base a la información que surge del expediente, el análisis realizado permite llegar a una serie de conclusiones.

En primer lugar, se determina el mercado relevante de producto y geográfico según surge del capítulo anterior de este informe.

En segundo lugar, que establecer una hipótesis de posición dominante de Diageo para el mercado relevante propuesto se considera como poco verosímil.

En tercer lugar, que del análisis realizado no surgen prácticas contrarias a la competencia, desprendiéndose que algunas de las prácticas denunciadas no se corresponden con un análisis económico de defensa de la competencia.