



COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO

DE 2010

()

Versión Pública

Radicación No. 09-077242

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la Resolución No. 29937 de 2010

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución N° 29937 del 11 de junio de 2010, la Superintendencia objetó la operación de integración entre las sociedades TRIOUMVIR ENTERPRISES LIMITED, FLENTEX HOLDINGS LIMITED, PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA., en adelante PROTABACO, y LATIN AMERICA AND CANADA INVESTMENTS B.V., subsidiaria de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC. y COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A., en adelante COLTABACO.

SEGUNDO: Que dentro del término concedido en la Resolución de objeción, los apoderados de las sociedades COLTABACO y PROTABACO presentaron el 21 y 23 de junio de 2010, recursos de reposición en contra de la Resolución No. 29937. En los recursos solicitaron como petición principal la revocatoria de la mencionada Resolución y como petición subsidiaria la revocatoria de la misma sometida a una serie de condicionamientos por ellas ofrecidos.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 43653 del 23 de agosto de 2010, esta Superintendencia decretó de oficio la práctica de algunas pruebas durante el curso de la vía gubernativa, con el fin de resolver los recursos interpuestos por las empresas Intervinientes.

CUARTO: Que una vez practicadas las pruebas decretadas, y estando dentro del término probatorio previsto en la Resolución No. 43653 de 2010, este Despacho, una vez evaluada la información requerida, consideró necesario la práctica de otros medios probatorios. En tal virtud se adicionó el acto de pruebas mediante la Resolución No. 49246 del 16 de septiembre de 2010.

QUINTO: Que estando dentro del término previsto en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo este Despacho procede a resolver los recursos interpuestos así:

5.1. Argumentos de la petición principal de los recursos interpuestos

Los argumentos en los que los Intervinientes sustentan los recursos presentados, así como las consideraciones de este Despacho al respecto, se presentan a continuación. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo para resolver todas las cuestiones que fueron planteadas y las que aparecieron con motivo del recurso.

5.1.1. Sobre la definición de los segmentos del mercado de cigarrillos colombiano

5.1.1.a Definición incorrecta de los segmentos dentro del mercado de producto relevante

Se señala en el recurso presentado por COLTABACO, que la Superintendencia realizó una definición incorrecta de los segmentos dentro del mercado de producto relevante, lo que la llevó a fundamentar la Resolución No. 29937 del 11 de junio de 2010, en el supuesto impacto de la transacción notificada sobre un segmento Medio-Bajo hipotético.

Indica el Apoderado de COLTABACO que, para definir el segmento Medio. Bajo, la Superintendencia se basó exclusivamente en la brecha de precios entre las marcas en los segmentos de precio Medio y Alto y no tuvo en cuenta o malinterpretó las pruebas que demuestran la existencia de dos segmentos separados, el Medio y el Bajo. De acuerdo con lo señalado por el Recurrente, las pruebas que respaldan la existencia de los segmentos de precio Medio y Bajo son:

- i. Los resultados de las elasticidades precio cruzada de la demanda, estimados por LECG, que muestran que *un aumento en el precio de una marca llevaría a una pérdida significativa en ventas a (a) otras marcas en el mismo segmento y (b) otras marcas en otros segmentos de precio.*
- ii. Los resultados de la Encuesta de Hábitos de Consumo, GCTS 2008 que confirman los estimados de elasticidad precio cruzada de LECG y muestran que hay una presión de precios significativa entre segmentos de precios.
- iii. Utiliza el Apoderado la misma encuesta para mostrar que es el sabor y no el precio, el factor más importante en la elección de los consumidores. Lo anterior sugiere *que las marcas con un sabor más fuerte en el segmento bajo, tales como Pielroja, no pertenecen en el mismo segmento que las marcas del segmento medio con un sabor más suave tales como Belmont.*

De otro lado, afirma el Recurrente que *en su argumentación ante la SIC, BAT también reconoció la existencia separada del segmento Bajo y que ninguna otra importante autoridad de competencia ha sugerido la resegmentación de un mercado de cigarrillos que difiera de las divisiones generalmente usadas por los participantes de la industria.*

Finalmente, el Apoderado de COLTABACO manifiesta que, al no tener en cuenta la existencia de los segmentos de precio Medio y Bajo, el análisis de la Superintendencia *se encuentra soportado en sus opiniones sobre el impacto de la transacción notificada sobre el nivel de concentración en un segmento medio-bajo hipotético.*

5.1.1.b Consideraciones del Despacho

En relación con este aspecto, es preciso señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio no desconoce que, para efectos de la comercialización, los fabricantes de cigarrillos diferencien el producto en los siguientes segmentos de precio: Alto, Medio y Bajo, tal y como lo sugirieron las Intervinientes y lo reconoció la empresa BRITISH

AMERICAN TOBACCO (BAT); sin embargo, para efectos del análisis que corresponde a esta Entidad deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

5.1.1.b.1 Sobre la brecha de precios

Frente al argumento del Apoderado según el cual esta Superintendencia desestimó la evidencia presentada por los Intervinientes y consideró únicamente la brecha en precio para determinar los dos segmentos señalados en la Resolución No. 29937 de 2010, es importante realizar las siguientes consideraciones.

- i. Que al igual que otras autoridades de competencia en el mundo, esta Superintendencia reconoce que existen diferentes criterios para realizar la segmentación en el mercado de cigarrillos¹.
- ii. Que esta Superintendencia, a partir de la información suministrada por las Intervinientes observó el comportamiento del precio sugerido de marcas como Caribe, Pielroja, Líder y Apache y encontró que su precio para marzo de 2010, era exactamente el mismo. En este sentido, llamó la atención a esta Entidad que las marcas referidas correspondieran, de acuerdo con las Intervinientes, a segmentos distintos².
- iii. Que tal como fue descrito en la Resolución No. 29937 de 2010, esta Entidad analizó las diferencias de precios existentes para todas las marcas del mercado y encontró que la más alta brecha de precios observada se presentaba entre las marcas del segmento Alto y el resto de marcas del mercado.

Por todo lo anterior esta Superintendencia reconoce la existencia de dos segmentos de precios: el segmento Alto y el segmento Medio-Bajo.

5.1.1.b.2 Sobre los resultados de las elasticidades precio cruzadas de la demanda estimados por LECG y la Encuesta de Hábitos de Consumo, GCTS 2008

Sobre este punto, resulta preciso indicar que, a diferencia de lo señalado por el Recurrente, quien indica que esta Entidad no tuvo en cuenta o malinterpretó las pruebas que demuestran la existencia de dos segmentos separados, el análisis realizado con base en los resultados obtenidos por LECG y los de la Encuesta de Hábitos de Consumo, GCTS 2008, le permitió a la Superintendencia encontrar que, si bien el grado de sustituibilidad que se presenta al interior de los segmentos es más elevado que aquel que se presenta entre marcas que pertenecen a otros segmentos, se evidencia la existencia de una presión competitiva entre las marcas de distintos segmentos de precio, tal y como lo señala el Recurrente.

Ahora bien, respecto a la afirmación del Recurrente según la cual *el sabor es el factor más importante en la elección de los consumidores, sugiriendo que las marcas con un*

¹ Para un ejemplo ver la decisión de de la Comisión Europea en el caso Case No COMP/M.2779 . Imperial Tobacco Group plc / Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH, en la cual se afirma que "Al interior del mercado de cigarrillos manufacturados es posible realizar varias segmentaciones. Para propósitos de mercadeo los productores y distribuidores segmentan el mercado internamente principalmente por sabor o por precio."

² Obra a folio 10 del cuaderno reservado de COLTABACO y PROTABACO.

sabor más fuerte en el segmento bajo, tales como Pielroja, no pertenecen en el mismo segmento que las marcas del segmento medio con un sabor más suave tales como Belmont. + vale la pena anotar que fueron las mismas Intervinientes quienes indicaron en su escrito de notificación, que el criterio que se tendría en cuenta para estudiar el mercado de cigarrillos correspondería a la segmentación por precio y en ningún caso a una segmentación adicional que incluyera el precio y el sabor de los cigarrillos³. (Subrayado fuera de texto).

5.1.1.b.3 Sobre el eventual análisis de la integración a partir de tres segmentos de mercado

En todo caso, teniendo en cuenta el peso que tiene el segmento Medio en el total del mercado de cigarrillos, la definición separada de los segmentos Medio y Bajo no cambiaría los resultados que en materia de concentración obtendría la entidad integrada en el segmento Medio una vez se lleve a cabo la operación de integración y, por el contrario, sí produciría un monopolio en el segmento Bajo, en el que solo participan COLTABACO y PROTABACO.

5.1.2. Sobre la estimación incorrecta del impacto de la transacción notificada sobre los precios

5.1.2.a Estimación incorrecta del impacto de la transacción notificada sobre los precios

Se señala en el recurso presentado por COLTABACO que la Superintendencia incurrió en errores en el uso del análisis económico y ha desestimado, malinterpretado o aplicado incorrectamente la evidencia presentada por COLTABACO. Fundamenta este argumento en los siguientes aspectos:

- i. La Superintendencia rechazó la evidencia que se reseña a continuación, por razones que COLTABACO considera incorrectas.
 - Rechazar las elasticidades precio propias estimadas por COLTABACO, al comparar las elasticidades precio a nivel de marca presentadas por COLTABACO, con las elasticidades precio a nivel de mercado consistentes con la literatura económica citada en la Resolución. Afirma además que la elasticidad precio propia a nivel de marca es típicamente mucho mayor que la elasticidad de la demanda de mercado. Y señala que el análisis presentado en nombre de COLTABACO se basó en elasticidades precio a nivel de mercado idénticas a aquellas que se tienen en cuenta en los estudios a los que se hace referencia en la Resolución.
 - El Apoderado afirma que la Superintendencia ignora o al parecer rechaza por razones que COLTABACO considera incorrectas, las estimaciones de impacto en precio presentadas, con base en información real para América Latina de 2000-2006. Además, señala que dichas estimaciones se realizaron con base en información real en el período antes mencionado, y afirma que *%(a.) contrario de*

³ Obra a folios 9 y 10 del cuaderno reservado de COLTABACO y PROTABACO.

lo que dispone la Resolución, no dependen de la referencia de la marca (i.e. Boston); el aumento estimado en precio presentado por Coltabaco (US\$0.16) representa un aumento de [REDACTED] en relación con el precio de Boston en 2006 y un aumento de [REDACTED] en relación con el precio promedio ponderado del segmento medio en 2006 y [REDACTED] en relación con el precio promedio ponderado en 2008+

- Manifiesta el Apoderado que la Entidad rechaza incorrectamente los resultados del test de Farrell y Shapiro, donde se indica que la operación no generará efectos unilaterales. Esta afirmación se fundamenta en dos razones. Primero, porque la Resolución da un enfoque exclusivo sobre los efectos unilaterales de la transacción notificada, y segundo, porque la aproximación estándar es asumir un aumento de la eficiencia del 10%.
- ii. Posteriormente, señala el Apoderado que la Superintendencia ha utilizado un análisis econométrico defectuoso, porque el estudio presentado en la Resolución contiene problemas metodológicos que no tienen en cuenta el impacto en los precios de la asimetría del mercado, la evolución tributaria y la evolución de costos; y que por tanto, omitir estas variables del análisis econométrico, las cuales son relevantes para explicar la evolución de los precios, ha llevado a la Entidad a sobreestimar el impacto en precios de la transacción notificada.
- iii. Por otra parte, señala el Apoderado que la Entidad malinterpretó los resultados del análisis econométrico que realizó y que fue presentado en la Resolución, porque no tomó en cuenta adecuadamente los siguientes factores compensatorios que podrían restringir el impacto de la integración en los precios, tales como: la posición de BAT en el mercado, los planes de PMI de apoyar y mejorar las marcas de PROTABACO en el segmento Medio, asegurando continuar la variedad y la competencia intra-segmento entre marcas, el reposicionamiento de producto, la entrada de jugadores nuevos o establecidos, y las eficiencias que surjan de la integración.
- iv. De otro lado, manifiesta el Apoderado que las conclusiones de la Entidad acerca de un incremento probable del 4% en los precios de las marcas del segmento Medio-Bajo, son contrarias a la práctica de otras importantes agencias de competencia a nivel internacional⁴.
- v. Expresa a su vez el Apoderado, que el impacto en precios estimado de la transacción es un aumento de una sola vez a largo plazo, con base en el cambio estructural en el mercado generado por la transacción, y que por lo tanto, es incorrecto compararlo con un promedio de variaciones individuales en precio a corto plazo (mensual), y que en realidad, entre 2002 y 2008, los precios reales en

⁴ En el mismo sentido, manifiesta el apoderado de PROTABACO lo siguiente: %a.] debe advertirse que en el evento hipotético de que la operación pudiera conducir a un incremento máximo del 4% en los precios, ese aumento teórico se encuentra por debajo de los niveles que las autoridades de competencia del mundo considerarían problemáticos+ Recurso Radicado con el Número 09-077242-00179.

el segmento Medio aumentaron aproximadamente 38%, 10 veces más que el aumento estimado en precio de la integración por la Superintendencia.

Por su parte, el Apoderado de PROTABACO señaló que *“[las cifras de la SIC no coinciden con los incrementos de precios reales que se registraron en las marcas de PROTABACO durante el mencionado lapso de tiempo+”*

5.1.2.b Consideraciones del Despacho

5.1.2.b.1 Sobre el rechazo de la evidencia presentada por COLTABACO

Respecto del estudio de elasticidades presentado por COLTABACO, se reitera de acuerdo con la Tabla 7 presentada en la Resolución No. 29937 de 2010, que las elasticidades precio propio en el segmento Alto se presenten como mayores que las mismas en el segmento Medio-Bajo. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en principio, consumidores con mayor nivel de ingreso podrían tener una mayor capacidad de continuar consumiendo una misma marca ante un incremento en precios, a lo cual se suma la presencia de menor número de marcas sustitutas cercanas, lo que, podría pensarse, no ocurre igual respecto de quienes en principio tienen menor capacidad de compra y mayor número de marcas disponibles. Se aclara que ésta es la razón por la cual se cuestionan las magnitudes de las elasticidades presentadas por COLTABACO.

En cuanto a las estimaciones de impacto en precio presentadas por COLTABACO, esta Entidad reitera que el Apoderado, en el documento de respuesta al requerimiento de información del 26 de febrero de 2010, señaló que el cálculo del probable aumento de precios se realizó con base en el precio medio de Boston 2006. No se encuentra evidencia en el expediente de estimaciones de impacto en precios en relación con el promedio ponderado de la totalidad de marcas pertenecientes al segmento Medio en 2006, ni estimaciones relacionadas con el mismo precio promedio ponderado en 2008.

En lo referente al test de Farrell y Shapiro (FS)⁵, el estudio presentado por COLTABACO asume un 10% de ganancias de eficiencia generadas por la operación de integración, pero se reitera que no justifican con algún método de valor técnico la forma como se obtuvo dicho porcentaje. Por el contrario, se observa que este porcentaje de eficiencia (10%) es igual al que asumen los autores⁶ mencionados para ejemplificar el cálculo del test.

En el mismo sentido, esta Entidad recalca que, tal como lo reconocen los autores del test, la metodología no contempla la medición de efectos coordinados que puedan derivarse de una integración, así como aquellos efectos que sobre variedad y calidad de producto pudiesen resultar. Así, aún cuando el test mencionado se hubiese podido construir consistentemente con la información que consta en el expediente, esta Entidad no habría

⁵ El test de Farrell y Shapiro tiene como propósito identificar la existencia de una conducta unilateral que afecte potencialmente los precios de mercado de forma significativa y por tanto el bienestar de los consumidores. Este test tiene en cuenta por una parte, la estimación del efecto unilateral que podría originarse como resultado de una integración y lo contrasta con las potenciales ganancias de eficiencia subyacentes en la operación.

⁶ Farrell, Joseph y Shapiro, Carl, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition* (febrero 15, 2010). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1313782>.

podido adelantar un examen de la operación presentada que incluyera todos los aspectos relevantes utilizando esta metodología.

5.1.2.b.2 Sobre las variables omitidas en el modelo presentado por esta Entidad

En relación con la no inclusión de las variables citadas por el Apoderado en el modelo, se aclara que cualquier variable que mida coeficiente de asimetría en los niveles de concentración, no podría ser considerada dentro del mismo en el presente caso. La razón que justifica la afirmación anterior, radica en que se generaría una fuerte restricción econométrica para su implementación, toda vez que a diferencia del modelo construido por LECG y presentado por los apoderados, en las 15 principales ciudades de Colombia entre los años 2003 a 2009, siempre existió igual número de participantes, razón por la cual el *benchmark* o referente hipotético del grado de concentración del mercado permanecería invariable a través del tiempo. De esta forma, el coeficiente de asimetría resultaría ser una transformación lineal del índice de concentración que efectivamente fue incorporado en el modelo por parte de esta Superintendencia y llegaría a generarse perfecta colinealidad entre las variables seleccionadas dentro del modelo.

En cuanto a la omisión de la evolución tributaria, se recalca el hecho de que esta variable en el mercado colombiano es prácticamente una constante, por cuanto es igual para todas las ciudades del país, y es de anotar que para el período de abril de 2003 a marzo de 2009, solo se registró el cambio en los tributos a los cigarrillos, establecido por la Ley 1111 de 2006. En este sentido, es de anotar que aún si se tuviera en cuenta dentro del modelo este único cambio tributario observado hace 5 años, el efecto generado sobre el nivel de precios no puede ser considerado como estructural y significativo sobre el mercado.

En lo referente a la omisión de la evolución de los costos, esta variable fue suministrada por las Intervinientes solo para los años 2007 y 2008, y por tanto no se contaba con la información necesaria que permitiera incluir en la estimación de impacto en precios realizada por esta Entidad, ya que el periodo mensual considerado fue el comprendido entre abril de 2003 a marzo de 2009.

Teniendo en cuenta que la información antes mencionada no podría ser incluida en el modelo por las razones expuestas, se consideró que aunque su omisión llevaría a problemas de sesgo, este efecto podría ser eliminado, y el problema econométrico terminaría siendo superado, gracias a la implementación de un modelo de datos en panel, tal como fue elaborado por esta Entidad.

5.1.2.b.3 Sobre los factores compensatorios que debieron incluirse en el modelo

En relación con los factores compensatorios que deberían incluirse en el modelo, debe señalarse que la posición de BAT en el mercado, es capturada en el modelo por la inclusión del Índice de Herfindahl y Hirschman (IHH) que permite cuantificar el grado de concentración presente en el mercado, tal como esta Superintendencia efectivamente lo realizó y describió en la Resolución No. 29937 de 2010.

En cuanto a los planes de PMI de apoyar y mejorar las marcas de PROTABACO en el segmento Medio, asegurando continuar la variedad y la competencia intra-segmento entre marcas, COLTABACO no aportó la suficiente información que soportara el efecto

compensatorio mencionado. Aún si las Intervinientes hubieran aportado dicha información, resultaría cuestionable su inclusión en un modelo econométrico, debido a que se refiere a un suceso del cual no existe la certeza que ocurra.

En lo que se refiere a las eficiencias que surjan de la integración, esta variable no fue incluida, toda vez que en el expediente, no está disponible la información necesaria para realizar dicha medición. Llama la atención a esta Superintendencia que las Intervinientes en ninguno de los estudios presentados, hubieran incluido metodología alguna para reconocer el comportamiento a través del tiempo de las eficiencias generadas en este mercado. Más aún, si se tiene en cuenta la afirmación del Apoderado según la cual reconoce que la medición de eficiencias resulta ser una variable difícil de cuantificar con precisión.

Por su parte, las variables reposicionamiento de producto y entrada de jugadores nuevos o establecidos son variables conjeturales no observables, y por tanto no medibles para efectos de obtener una estimación objetiva del efecto que la integración pudiera tener sobre los precios. Por esta razón esta Superintendencia presentó el modelo econométrico en las condiciones referidas en la Resolución No. 29937 de 2010.

No obstante lo anterior, esta Superintendencia reconoce que el efecto estimado sobre los precios se realizó a través de la implementación de un modelo de datos en panel que consideró la variabilidad de los precios y los niveles de concentración del mercado en 15 ciudades principales de Colombia (Bogotá, Ibagué, Villavicencio, Medellín, Cali, Pasto, Popayán, Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Bucaramanga, Cúcuta, Pereira, Manizales y Armenia) en el período comprendido entre abril de 2003 y marzo de 2009, y tuvo en cuenta marcas importantes pertenecientes al segmento Medio-Bajo como Mustang, Boston, Belmont, Green, Piel Roja y Premier.

5.1.2.b.4 Sobre el efecto estimado de un incremento del 4%

Considerando lo manifestado por el Apoderado en este punto, esta Entidad reitera que el efecto estimado de un incremento del 4% en precios fue contrastado con la evolución tendencial de precios de cada una de las marcas y su grado de volatilidad. Se encontró que este efecto sería superior 6,3 veces a la variabilidad promedio de los precios reales de las marcas del segmento Medio-Bajo que se presentó en el período de enero de 2000 a marzo de 2009⁷. Sin embargo, es de aclarar que la estimación del incremento de precios realizada por esta Superintendencia correspondió a una periodicidad mensual, y las consideraciones que usualmente utilizan las autoridades de competencia a nivel internacional, se refieren a un incremento entre el 5-10% con periodicidad anual.

⁷ "[...] la tradición de considerar incrementos en precios superiores al 5% en la política de competencia es pernicioso, en el sentido que en algunos mercados (en los que los volúmenes son altos y los márgenes son estrechos, por ejemplo, de 1%), un incremento del 5% en precios puede corresponder a un incremento de 500% en la rentabilidad. Relacionado con lo anterior, la pérdida de bienestar que asume el consumidor asociada con un incremento del 5% puede en algunas circunstancias ser enorme (especialmente en mercados muy grandes). En estos casos, puede ser apropiado preocuparse sobre la tendencia hacia la monopolización en mercados aun cuando ésta facilita el incremento en los precios de, por ejemplo, 1% o 2%+ Davis, Peter & Garcés, Eliana *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton University Press, 2010 Pg. 202.

5.1.2.b.5 Sobre la contrastación del efecto estimado en precios generado por la operación y la variación promedio mensual del precio real de las marcas de COLTABACO y PROTABACO

Al respecto, se aclara que esta Superintendencia con base en la información reportada por NIELSEN, y teniendo en cuenta el **IPC Base Diciembre 2008=100**, calculó la variación promedio mensual del precio real de cada una de las marcas del segmento Medio-Bajo, para el período de enero de 2000 a marzo de 2009, encontrando que para marcas como Mustang, Boston, Premier y Belmont la variación promedio mensual para el período considerado fue de 0,6%, 1,03%, 0,85% y 0,04%, respectivamente. Es de anotar, que las estimaciones obtenidas por el modelo mostraban los efectos sobre la variación mensual de precios, y por tanto, considera esta Superintendencia legítima, y con el sustento técnico necesario, comparar las estimaciones del modelo con el promedio de variaciones individuales en precio a corto plazo señaladas para cada una de las marcas.

En relación con lo señalado por PROTABACO, se aclara que esta Entidad realizó sus cálculos de variaciones mensuales con base en las cifras de NIELSEN, suministradas por las Intervinientes, para el período enero de 2000 . marzo de 2009. Por su parte, el Apoderado de PROTABACO presenta los cálculos anuales de la variación de precios reales con base en los precios de venta sugerido al público, teniendo como fuente a PROTABACO. Por tanto, esta Superintendencia concluye que las cifras presentadas por PROTABACO no resultan ser perfectamente comparables con las cifras que fueron utilizadas por esta Entidad en la Resolución No. 29937 de 2010.

5.1.3. Sobre la estimación del impacto en los competidores reales

5.1.3.a Estimación incorrecta del impacto de los competidores reales

Señala el Apoderado de COLTABACO que la Superintendencia realizó una evaluación incorrecta de la presión competitiva que continuará ejerciendo BAT sobre la entidad integrada, y por marcas en otros segmentos. Su argumento es soportado por las siguientes consideraciones:

- i. La Superintendencia no ha considerado de manera suficiente el impacto competitivo ejercido por BAT. Lo anterior lo sustenta afirmando que la Superintendencia no tuvo en cuenta la evidencia presentada sobre la sustitución entre marcas tales como Boston, Mustang y Belmont, y tampoco consideró la condición de Maverick que BAT ejerce dentro del segmento Medio-Bajo.
- ii. Afirma que el hecho de que la Superintendencia no hubiera reconocido el efecto generado en el mercado cuando se dio lugar el cambio de la marca Belmont del segmento Alto al segmento Medio, le llevó a concluir erróneamente acerca de la baja presión competitiva ejercida por BAT.
- iii. Propone que la presencia de marcas competitivas en el mercado, con infraestructura ya establecida para la distribución y venta, les permitiría a los competidores actuales enfrentar a la entidad integrada a través de decisiones de expansión.

- iv. Extraña el Apoderado que la Superintendencia no haya verificado lo afirmado por BAT quien, en información suministrada al expediente, señala ■% de capacidad ociosa actual para Colombia de la planta en Chile. Sustenta el Apoderado de COLTABACO su afirmación, teniendo en cuenta la reducción de un ■% en las ventas de BAT en Chile, junto con la reducción en sus exportaciones desde Chile en un 27.7%, ambos datos correspondientes al año 2009.
- v. También afirma que BAT *"no enfrenta ningún obstáculo de competencia en Colombia"*, toda vez que, según éste, el principal negocio de BAT es *"importar tabaco sin arancel para Colombia de países vecinos"*. Afirma a su vez que la carencia de plantas de producción en Colombia no le representa obstáculo alguno para competir en el mercado e introducir nuevas marcas en los diferentes segmentos del mercado.
- vi. Finalmente plantea que BAT *"tiene una participación poderosa en el segmento alto y una participación en crecimiento en el segmento medio"*. Lo anterior, sumado a la nueva estructura tributaria llevaría a esta empresa a que indudablemente penetrara el segmento bajo con una marca como Pall Mall.

5.1.3.b Consideraciones del Despacho

5.1.3.b.1 Sobre el impacto competitivo ejercido por BAT

Al respecto, esta Superintendencia reafirma que en el análisis realizado en la Resolución No. 29937 de 2010, fueron consideradas cada una de las marcas más importantes que, de acuerdo con la información reportada por NIELSEN, conforman cada uno de los segmentos del mercado de cigarrillos en Colombia. En particular, para el caso del segmento Medio - Bajo, esta Entidad encontró que efectivamente las marcas Boston, Mustang y Belmont, son, en su orden, las más representativas del mercado. En igual sentido, en la Resolución en comento, esta Entidad acreditó que efectivamente las elasticidades al interior del segmento resultan ser estrictamente superiores que aquellas elasticidades entre los dos segmentos definidos.

Adicionalmente, esta Superintendencia no encontró, como evidencia suficiente en materia de competencia, el hecho de tener a BAT con una sola marca importante en el segmento Medio-Bajo para garantizar, ante la integración proyectada, un nivel satisfactorio de competencia efectiva. De hecho, en las condiciones en que fue informada la integración, a diciembre de 2009, esta Entidad pudo establecer que el ente integrado quedaría con un 83.5% del mercado, mientras que BAT quedaría con un 15%. De esta participación de BAT, el 80% de la misma sería explicada por la marca Belmont.

El hecho de que además del ente integrado exista un único agente, con una sola marca importante, con una porción de mercado equivalente 15%, resulta ser un punto insuficiente para esta Superintendencia con miras a garantizar en este mercado condiciones de competencia que permitan mitigar los potenciales problemas que la integración pudiese generar en el segmento señalado.

5.1.3.b.2 Sobre el efecto generado en el mercado cuando se dio lugar el cambio de la marca Belmont del segmento alto al segmento Medio - Bajo

En este punto, es importante señalar que esta Superintendencia, en la Resolución en comento, reconoció, a partir de la información contenida en el expediente, a la marca Belmont como una marca ubicada en los últimos tres años en el segmento Medio - Bajo. Dicha marca contaba con una participación del █████% para el mes de diciembre del año 2009 y una participación media de █████% en los últimos 5 años. No obstante, resulta absolutamente limitado para esta Entidad reconocer alguna dinámica adicional de competencia en dicho segmento por un hecho ocurrido hace más de tres años en el mercado, como lo constituyó la transición de la marca Belmont del segmento Alto al segmento Medio . Bajo en el año 2006.

Si bien esta Entidad reconoce como hecho notorio el que la marca Belmont haya logrado exitosamente cambiar de segmento a partir de una reducción de su precio, resulta imposible afirmar que este hecho sea un motivo que permita atribuirle a BAT mayor capacidad de ejercer actualmente presión competitiva al interior del segmento Medio - Bajo. Lo anterior encuentra soporte si se tiene en cuenta que dicha marca era reconocida y ya estaba posicionada en el mercado nacional de cigarrillos antes de la transición señalada.

Tampoco existe en el expediente ninguna evidencia que permita probar el interés de BAT de migrar alguna de sus marcas reconocidas actualmente en el segmento Alto al segmento Medio . Bajo. Por tal razón, esta Superintendencia no puede hacer nada distinto a analizar lo que efectivamente esta acaeciendo en el segmento, tal como fue propuesto en la resolución recurrida.

5.1.3.b.3 Sobre la presencia de marcas competitivas

Sobre el particular, esta Superintendencia reitera lo manifestado en la Resolución No. 29937 de 2010 en donde afirmó que, luego de haber realizado un análisis exhaustivo en materia de participaciones y precios de cada una de las marcas que existen al interior del segmento Medio - Bajo, no encontró evidencia alguna ni de competidor actual ni potencial, que tuviese la intención inminente de generar alguna expansión o construcción de su red de distribución y venta. Por esto, el argumento del Apoderado de COLTABACO no resulta de recibo como elemento mitigador de los problemas de competencia que la operación de integración generaría dentro del mercado.

5.1.3.b.4 Sobre la capacidad ociosa de BAT y su participación en el mercado colombiano

Frente a este tema, resulta importante señalar que la Superintendencia, mediante requerimiento de información realizado a BAT, recaudó información con el fin de tener una idea de las posibilidades de reacción que la empresa incumbente más importante, distinta al ente integrado, pudiese tener, y de esta manera lograr prever los efectos en materia de competencia que la integración generaría en el segmento Medio - Bajo.

Frente a la respuesta de BAT y bajo el supuesto manifiesto de veracidad de la información suministrada al expediente por parte de los agentes requeridos del mercado, esta Superintendencia concluyó que no existe evidencia de factores capaces de contrarrestar

los riesgos potenciales que la integración proyectada generaría en el mercado en materia de competencia. Lo anterior, teniendo en cuenta factores adicionales reconocidos en la Resolución No. 29937 de 2010, tales como la inexistencia de competencia potencial, importantes barreras a la entrada y tendencia decreciente de la demanda de cigarrillos en Colombia.

Respecto a las afirmaciones propuestas por el Apoderado de COLTABACO, según las cuales BAT "*no enfrenta ningún obstáculo de competencia en Colombia*", esta Superintendencia considera relevante ratificar lo expuesto en la Resolución No. 29937, en donde se reconoció que la presencia de BAT en el mercado de cigarrillos en Colombia, a diferencia del caso de PROTABACO y COLTABACO, es el resultado de las importaciones que desde Chile y Honduras realiza esta compañía.

En esa medida, la Entidad comparte lo afirmado por el Apoderado quien ratifica que la carencia de plantas de producción en Colombia no representa un impedimento para competir en el mercado colombiano. Sin embargo, este hecho no constituye un elemento que reduzca los riesgos de la integración proyectada, en la medida en que no se encuentra acreditada la presencia de un competidor potencial en el mercado ni un deseo de expandir el volumen de colocación que en el mercado BAT viene ubicando en Colombia.

Finalmente, en relación con lo planteado sobre la participación poderosa de BAT en el segmento Alto, su participación en crecimiento en el segmento Medio y la penetración en el segmento Bajo con una marca como Pall Mall, es importante mencionar que, si bien esta Superintendencia reconoce que BAT es una empresa líder en el segmento Alto, y que efectivamente ha ocurrido un cambio en la estructura tributaria, no es posible concluir de estos dos hechos, que la marca Pall Mall redujera su precio ubicándose en materia de precios en un nivel cercano al de marcas como Premier o Caribe.

En esta dirección, basta con afirmar que Pall Mall efectivamente ha estado en el segmento Medio - Bajo durante los últimos tres años con una participación media de █% en el mercado, representando cerca de la quinta parte de la participación de Belmont en el mismo segmento.

De esta manera, y aún si en gracia discusión se aceptara que BAT tomaría la decisión de reducir el precio de esta marca ubicándola en un rango inferior dentro del segmento Medio-Bajo, esta Superintendencia no tendría referente alguno para concluir que ello cambiaría la dinámica de competencia de este segmento.

5.1.4. Sobre la apreciación de los contratos con los agricultores

5.1.4.a Apreciación errónea de los contratos con los agricultores

En la Resolución No. 29937 de 2010, esta Superintendencia señaló que los contratos celebrados entre los cultivadores y las compañías compradoras de hoja de tabaco contienen cláusulas que constituyen un mecanismo de presión para el cultivador y, que de llevarse a cabo la integración, podrían restringir la comercialización de hoja de tabaco. Entre estas cláusulas se encuentran algunas que condicionan la compra a los esquemas

particulares de financiación con que trabajan, y otras cláusulas penales aplicables para los eventos de incumplimiento contractual⁸.

Basándose en dichos elementos de juicio, se concluyó que la operación proyectada llevaría a configurar un monopsonio en la compra de hoja de tabaco en el cual los agricultores podrían verse sometidos a las condiciones impuestas por la entidad integrada. Si bien la existencia del monopsonio no constituye en sí misma una preocupación insuperable para la autoridad de competencia, las cláusulas contractuales que limitan la movilidad de los cultivadores o que vinculan el suministro con la financiación pueden llevar a abusos de poder de mercado, afectando la competencia⁹.

En el recurso presentado por COLTABACO se señala que esta Superintendencia ha malentendido la naturaleza de los contratos con los agricultores. Ello se debe a que, en primer lugar, la entidad integrada no conformará un monopsonio en el mercado de la compra de hoja de tabaco, el cual es global. Además, se plantea, los contratos celebrados con los agricultores son por un periodo de [REDACTED]. Por su parte, se anota que la obligación de los agricultores de entregar la cosecha concertada es una forma de garantizar la continuidad del suministro y de proporcionar un esquema por el cual COLTABACO puede financiar los préstamos que tramita sin los cuales los agricultores no podrían adelantar su labor. Además, se advierte que, como el pago de la cosecha se acuerda por anticipado, previo a la entrega, la entidad integrada no tiene la posibilidad de excluir a compradores competidores de hoja de tabaco, tanto en Colombia como en el mercado mundial, ni de explotar a los cultivadores. Así mismo, el Apoderado manifiesta que, en los documentos radicados y en las visitas realizadas, se apreció que *los agricultores son libres de trabajar en otros cultivos y la mayoría lo hace*¹⁰.

En segundo lugar, afirma el Apoderado que COLTABACO trabaja con autoridades locales, departamentales y nacionales para implementar programas para expandir el cultivo de tabaco en Colombia y generar beneficios para las comunidades agrícolas. De igual manera, COLTABACO se encuentra comprometida con la expansión del número de hectáreas dedicadas al cultivo de tabaco, de manera que pueda crear [REDACTED] empleos directos y muchos más e empleos temporales¹¹.

Por su parte, la empresa PROTABACO señaló que no comparte las apreciaciones de esta Superintendencia con respecto a las relaciones entre los cultivadores y las empresas compradoras de tabaco expresadas en la Resolución No. 29937 de 2010. Manifiesta el Apoderado que, en primer lugar, los cultivadores están en libertad de destinar sus tierras al cultivo de tabaco o de cualquier otro bien agrícola que les ofrezca mayores beneficios como se aprecia en las visitas administrativas realizadas. Por ello, la entidad integrada no estará en capacidad de ejercer presiones sobre los agricultores, ya que la competencia con otros productos por la tierra disponible para cultivar constituye en sí misma un factor que disciplina cualquier poder mercado que pudi era resultar de la operación¹².

⁸ Resolución No. 29337 de 2010, pg. 67.

⁹ Resolución No. 29337 de 2010, pg. 70.

¹⁰ Recursos 09-077242-0178, pg. 7.

¹¹ Recursos 09-077242-0178, pg. 7.

¹² Recursos 09-077242-0179, pg. 12.

En segundo lugar, se reitera que la duración de los contratos suscritos con los agricultores es de seis meses, que es el término de la cosecha. A su vez, se pone de presente que la compra de tabaco por parte de PROTABACO no está condicionada a esquema de financiación alguno, de manera que el cultivador es libre para gestionar los recursos con la fuente que mejor satisfaga sus intereses. Se agrega que, aún en los casos en los que PROTABACO ofrece financiación directa para el desarrollo de cultivos, el Banco Agrario también pone a disposición de los agricultores recursos para el cultivo de tabaco como también para el cultivo de cualquier otro producto agrícola. Finalmente, la financiación que se otorga a los cultivadores se termina con la respectiva cosecha, por lo que si para el siguiente periodo el agricultor decide destinar sus tierras a otro cultivo, el hecho de que hubiera obtenido financiación para tabaco anteriormente no le impide desarrollar otros cultivos. En vista de todo lo anterior, considera el recurso que la financiación no restringe la movilidad del cultivador, ni puede llevar a un abuso del poder de mercado a la entidad integrada¹³.

5.1.4.b Consideraciones del Despacho

Las apreciaciones sobre los contratos entre los agricultores y los compradores de tabaco que expresó este Despacho en la Resolución No. 29937 de 2010 tienen un fundamento en el texto de los mismos. En particular, al revisar nuevamente los contratos, este Despacho encontró que si bien la relación que describen no puede considerarse como restrictiva de la libre competencia, sí contienen una serie de cláusulas que pueden, eventualmente, restringir la comercialización de hoja de tabaco.

Con respecto a la pre-estipulación de esquemas financieros, encontró esta Superintendencia que la estipulación cuarta del contrato de PROTABACO señala lo siguiente:

[REDACTED]

¹³ Recursos 09-077242-0179, pg. 13.

¹⁴ Obra en folio 2384 del cuaderno reservado no. 1 de PROTABACO. (Cursiva y subrayado en el texto original).

Como podrá apreciarse, esta cláusula sugiere que el agricultor debe acudir a una institución financiera preestipulada, que en este caso es Banagrario, para tramitar un crédito. Nótese que el crédito queda a título del agricultor, pero este ni administra los recursos del crédito o sus desembolsos, y el comprador no asume responsabilidad alguna que lo vincule con las obligaciones que con respecto del crédito ha asumido el agricultor. Por lo tanto, no son acertadas las observaciones del Apoderado de PROTABACO cuando observa que la compra de tabaco por parte de PROTABACO no está condicionada por esquema de financiación alguno, de manera que el cultivador es libre para gestionar los recursos con la fuente que mejor satisfaga sus intereses.

Algo similar ocurre con la duración de las obligaciones del contrato. El Parágrafo segundo del artículo 6º del contrato en cuestión señala lo siguiente:

[REDACTED]

Como podrá apreciarse, la prenda constituida sobre el cultivo objeto del contrato es de doce meses, seis meses más de lo que dura el término de la cosecha. Ello supone que así una vez el agricultor haya ejecutado las obligaciones relacionadas con el suministro de hoja de tabaco, las obligaciones relacionadas con las garantías subsisten en el tiempo. Por lo tanto, no son del todo acertadas las observaciones del Apoderado de PROTABACO cuando observa que la duración de los contratos suscritos con los agricultores es de seis meses, que es el término de la cosecha, puesto que algunas de sus disposiciones producen efectos con posterioridad a la fecha formal de terminación del contrato.

De igual manera, este Despacho consideró que puede ser preocupante que los agricultores no conozcan de antemano los precios de las semillas y los insumos recomendados, suministrados o autorizados por el comprador para adelantar el cultivo. Así mismo, se consideró que puede ser preocupante que no haya de antemano varias marcas, de diferentes precios para que los agricultores puedan escoger aquellos insumos que considere adecuados para adelantar el cultivo¹⁶. La estructura de contratación genera una situación de deficiencia en la información que puede llegar a afectar la libre elección del agricultor relacionada con la decisión de cultivar hoja de tabaco u otro producto agrícola.

Finalmente, considera este Despacho que no es acertada la observación del Apoderado de COLTABACO cuando señala que la operación de integración proyectada no tendría un efecto negativo sobre el mercado de la hoja de tabaco, el cual es global y no local¹⁷. Si bien es cierto que las diferentes actividades relacionadas con la producción de cigarrillos han alcanzado una escala global, la idea de que existe un mercado global de hoja de tabaco merece ciertas precisiones.

¹⁵ Obra en folio 2385 y 2386 del cuaderno reservado no. 1 de PROTABACO. (Subrayado por fuera del original).

¹⁶ La obligación de los agricultores de utilizar solamente las semillas y los insumos que provee el comprador está consagrada en el numeral 3.6 del mencionado contrato de PROTABACO, que señala lo siguiente: *Utilizar solamente la semilla e insumos recomendados, suministrados o autorizados por el promitente comprador para el cultivo de tabaco, (õ)+*

¹⁷ Recursos 09-077242-0178, pg. 7.

La información que ha recopilado esta Superintendencia sugiere que mientras los compradores de hoja de tabaco hacen parte de compañías internacionales que tienen acceso a muchos vendedores de hoja de tabaco en diferentes países del mundo, los vendedores de hoja de tabaco no hacen parte de compañías internacionales con acceso a muchos compradores de hoja de tabaco. Por el contrario, los agricultores suelen ser personas independientes que no tienen forma de promocionar sus productos de manera autónoma en busca de un comprador adecuado. De hecho, como sugieren los contratos y las visitas administrativas realizadas, los agricultores no tienen acceso a insumos básicos para desarrollar un cultivo adecuado de manera independiente, ya que dependen de los compradores para el suministro de las semillas y demás insumos.

Lo anterior coincide con lo señalado por esta Entidad en la Resolución No. 29937 de 2010, en la que, a partir de las cifras suministradas por Fedetabaco en relación con el recaudo realizado por concepto de la cuota parafiscal, tan solo el 0,69% del total pagado entre el 2000 y el 2009 corresponde a compras de tabaco destinadas a la exportación. Por lo tanto, la opción de exportar hoja de tabaco no ha sido considerada como una verdadera opción para el cultivador¹⁸.

A partir de la información que consta en el expediente, se concluye que, si bien la demanda por hoja de tabaco es global, la oferta es local, y está supeditada, en el caso colombiano, a las condiciones establecidas y los insumos provistos por los compradores de dicho producto. Así las cosas, resultaría errado por parte de esta Entidad aceptar el argumento del Apoderado de COLTABACO y concluir que el mercado de hoja de tabaco es un mercado global.

5.1.5. Sobre la apreciación del impacto del sistema tributario en los precios

5.1.5.a Apreciación errónea del impacto del sistema tributario en los precios

Señala el Apoderado de COLTABACO que la Superintendencia ignoró una característica crítica del mercado, y es aquella que está directamente asociada con el papel que cumplen los impuestos al consumo de cigarrillos. En esa dirección, indica el Apoderado que:

- i. La dinámica de competencia en el mercado relevante de producto de la Resolución recurrida es motivada por los impuestos, analizado este último tanto en sus niveles, como en la ratio asociado al impuesto específico.
- ii. La estructura revisada del impuesto al consumo probablemente llevará a una disminución en las brechas de precios. Sugieren que ese fenómeno es *"muy frecuente en mercados nacionales a nivel mundial"* donde se han adoptado estructuras tributarias similares. Sustenta esta afirmación a partir de la evidencia del reposicionamiento de segmento de la marca Belmont y el lanzamiento exitoso de la marca Pall Mall, una de las marcas que el Apoderado de COLTABACO califica como prioritaria para BAT a nivel mundial.

¹⁸ Resolución No. 29337 de 2010, pg. 71.

- iii. En materia de precios al consumidor, los aumentos de impuestos juegan un papel fundamental en la determinación del cambio en precios, a diferencia de cualquier otra motivación que pueda tener el fabricante para considerar en dicha alza.

5.1.5.b Consideraciones del Despacho

Al respecto, esta Superintendencia permite precisar los siguientes puntos:

5.1.5.b.1 Sobre la dinámica de competencia

En relación con el argumento del Apoderado según el cual la dinámica de competencia es explicada por la estructura tributaria, resulta para esta Superintendencia un argumento sin fundamento alguno soportado en el expediente. Una vez revisada la información aportada por las Intervinientes, no fue posible encontrar algún sustento de tal afirmación. Más aún, esta Entidad reconoce que a partir del año 2006 quedan definidos dos niveles de impuestos para cada uno de los segmentos del mercado de cigarrillos y sin embargo, nada indica que este cambio haya generado una presión competitiva que permita mitigar las preocupaciones que en materia de competencia genera la integración en el segmento Medio-Bajo.

No obstante lo anterior, si bien la marca Belmont de BAT fue trasladada del segmento Alto al Medio - Bajo en el momento en el que se hace vigente la estructura de impuesto específico diferenciado por segmento, su participación media en los últimos 5 años ha sido de 10.3%. Lo anterior representa un valor significativamente distinto al 83.5% con el que, , contaría el ente integrado de llevarse a cabo la operación, hecho demostrado con los cálculos realizados por esta Superintendencia a partir de los datos suministrados por NIELSEN a diciembre de 2009.

5.1.5.b.2 Sobre la disminución de las brechas de precios como resultado de la estructura tributaria

Extraña esta Superintendencia el no encontrar sustento alguno de la frase del Apoderado de COLTABACO cuando manifiesta que en otros mercados nacionales a nivel mundial las brechas de precios se han reducido como resultado de estructuras tributarias similares. Revisando cuidadosamente el recurso, la Entidad no encontró cita, referencia o estimación alguna que permitiese ilustrar cómo en otros mercados pudiera ser viable encontrar que efectivamente la relación causal señalada indujera a una reducción de los precios.

El único ejemplo que es utilizado por el Apoderado para soportar esta afirmación en el mercado colombiano, además del argumento ya refutado de BAT, lo constituye el lanzamiento de la marca Pall Mall. Este hecho no resulta para esta Entidad sustento probatorio alguno ni de disminución de precios en el segmento Medio - Bajo, ni de un incremento sustancial en la dinámica de competencia al interior de este mercado, toda vez que esta marca en promedio representó entre los años 2006 a 2009 una participación media cercana al 1.72% de este segmento, razón por la cual no es entendida en este mercado como una participación que marque una diferencia decisiva frente a las condiciones de competencia de ese mercado.

5.1.5.b.3 Sobre el papel que los aumentos de impuestos juegan en la determinación del cambio en precios

Frente a la afirmación del Apoderado según la cual aumentos en los impuestos juegan un papel fundamental en la determinación del cambio de precios en el mercado de cigarrillos, esta Superintendencia reconoce que efectivamente los cambios en los impuestos son determinantes en cualquier mercado aspecto que se destaca con particular incidencia en el mercado de cigarrillos.

Al respecto resulta importante señalar que antes de la promulgación del Decreto 127 de 2010, expedido dentro las medidas de emergencia económica, el régimen tributario del mercado de cigarrillos estaba establecido por un esquema de dos tarifas a pagar, dependiendo del precio de venta al público certificado por el DANE. De esta forma, la tarifa más alta, representaba el doble de la tarifa más baja. Lo anterior, generaba un desincentivo para que un productor del segmento Medio - Bajo optara por cobrar un precio que superara el umbral a partir del cual se hiciese necesario incrementar en el 100% la contribución tributaria. Así, la estructura impositiva del mercado, terminaba representando un mecanismo de control indirecto de precios para las marcas ubicadas en el segmento medio - bajo.

Sin embargo, con la expedición el Decreto 127 de 2010 ya mencionado, que posteriormente fue sustituido por la Ley 1393 de 2010, fue eliminada la diferencia entre tarifas señalada. Lo anterior produjo por tanto, la eliminación del tope máximo hasta donde era posible incrementar los precios, con lo cual efectivamente el consumidor quedaría expuesto a que una empresa, en uso de su posición de dominio, decidiera unilateralmente incrementar el precio de su producto.

Por lo anterior y a diferencia de lo que propone el Apoderado, la nueva estructura tributaria presente en el mercado no permite a esta Superintendencia concluir que la entidad integrada, en las condiciones que originalmente fue proyectada la operación, no generaría facultades para inducir unilateralmente a un incremento de precios.

5.1.6. Sobre la apreciación de las barreras de entrada al mercado colombiano

5.1.6.a Apreciación errónea de las barreras de entrada al mercado colombiano

Se señala en el recurso presentado por COLTABACO que la Superintendencia realizó una inadecuada evaluación de las barreras a la entrada respecto de la operación objeto de análisis, ya que no tuvo en cuenta la competencia en la industria de cigarrillos y sobredimensionó cada una de ellas. Fundamenta este argumento en los siguientes aspectos:

- i. La Resolución asume como barrera a la entrada la inversión en publicidad junto a las restricciones previstas en la Ley 1109 de 2006 y la Ley 1335 de 2009, razones que a juicio del impugnante son contradictorias pues no *“puede ser el caso que tanto la publicidad como la incapacidad de hacer publicidad puedan constituir barreras simultáneamente”*
- ii. Al referirse a los gastos en publicidad precisa que la operación informada solo afecta los segmentos de precios menores donde el papel de las marcas es menos

- importante, por ello debe aceptarse que el gasto y los esfuerzos para promocionar el capital marcario no son una característica importante de competencia en dicho segmento. Igualmente, indican que existe un nivel muy alto de intercambio de marcas por fumadores adultos en Colombia, lo cual permite argumentar que no existe una lealtad respecto de la marca en este mercado. Para sustentar este argumento, describen el comportamiento que han tenido marcas de bajo precio como Rumba en un corto plazo.
- iii. Argumenta que las prohibiciones previstas en la Ley 1335 de 2009, son propias de muchos mercados, donde la entrada y expansión de la marca son una característica común. Sostiene que este tipo de barrera afecta a todas las compañías que compiten en el mercado, situación que los obliga a competir vía precios.
 - iv. Precisa que la Superintendencia no tuvo en cuenta la capacidad que tienen los competidores potenciales de importar cigarrillos al mercado colombiano. Para ello, describe la forma como BAT llega al mercado y hace énfasis en las condiciones arancelarias propias para la importación de países como Argentina, Paraguay y Uruguay. Desestima la interpretación dada por el Despacho respecto del tratado de libre comercio con la Unión Europea y su impacto en el mercado local de cigarrillos.
 - v. Hace énfasis respecto de la competencia potencial precisando que empresas como IMPERIAL TOBACCO y JAPAN TOBACCO INTERNACIONAL tienen la capacidad de entrar a cualquier mercado vía importación desde cualquier base manufacturera ubicada en cualquier parte del mundo, ya que los costos de transporte son bajos. Lo anterior, aunado a los contratos de licenciamiento de fabricación de marcas que ambas compañías tienen para América Latina.
 - vi. Respecto al momento de la nueva entrada, el Recurrente manifiesta que, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre Concentraciones Horizontales, tanto las características y dinámicas del mercado, como las capacidades específicas de los potenciales entrantes, influyen en el hecho de que la entrada al mercado sea suficientemente rápida para impedir el ejercicio de poder de mercado. Así, señala que la Superintendencia, al evaluar la probabilidad de entrada, debería considerar las condiciones de mercado como serían después de la operación notificada.
 - vii. En cuanto a la red de distribución, señala que fue incorrecto incluir esta característica como razón para objetar la integración, dado que la Resolución No. 29937 encontró que los canales de distribución no representan una barrera de entrada significativa para los competidores potenciales.
 - viii. Al referirse a la capacidad ociosa, argumenta que la Superintendencia, al concluir equivocadamente que existe una capacidad ociosa en Colombia equivalente a ■■■ mil millones de unidades, malinterpreta el tamaño del mercado de producto relevante. Lo anterior, debido a que los datos que se tuvieron en cuenta para estimar el tamaño del mercado fueron los recogidos por NIELSEN que tan solo representan el ■■■% del mercado, razón por la cual el tamaño del mismo se ha debido duplicar. Sostiene además, que la capacidad ociosa no es un concepto

homogéneo, por lo cual, debe ser segmentada entre otras características por la longitud del cigarrillo y el tipo de empaque.

- ix. En el mismo sentido, indica que existe una gran inconsistencia en la posición de la Superintendencia cuando argumenta que, a pesar de la capacidad ociosa, la entidad integrada aumentaría los precios por encima de niveles competitivos, llevando a volúmenes más bajos. Adicionalmente, señala que es incorrecto asumir que la entidad integrada mantendría el nivel de capacidad ociosa a largo plazo para evitar la entrada de nuevos competidores, ya que no es eficiente para el fabricante, dadas las implicaciones en sus costos.

Por su parte, PROTABACO señaló que se aparta de la decisión de la Superintendencia sobre las supuestas barreras a la entrada, debido, en primer lugar, a que el análisis contiene errores de hecho, y en segundo lugar, a que desconoce las características del mercado nacional e internacional de cigarrillos. Específicamente trae al análisis los siguientes aspectos:

- i. Indica el Recurrente que la Superintendencia debe tener en cuenta que para ingresar y participar en el mercado nacional de cigarrillos no es necesario instalar una planta manufacturera en el país. Lo anterior lo sustenta con el caso de BAT quien para establecerse en el país como un competidor importante en el mercado lo ha hecho a través de un esquema de importaciones, y con el caso de las importaciones de cigarrillos realizadas por pequeños importadores que han obtenido participaciones del 1% en el mercado nacional.
- ii. Sobre la inversión en publicidad y las barreras legales, señala que las conclusiones de la Superintendencia son contradictorias, ya que la posibilidad de realizar publicidad y la imposibilidad de hacerlo, mal podrían ser al mismo tiempo barreras de entrada al mercado. Sostiene que cuando entren en vigencia de manera definitiva las restricciones sobre la publicidad, los costos hundidos de ésta desaparecerán en un término muy corto.
- iii. Adicionalmente, indica que si bien quedará prohibida la publicidad, es posible posicionar una marca a través de otras estrategias de mercadeo como las promociones, la comunicación y el correo directo, y la exhibición en el punto de venta.
- iv. Precisa que la Superintendencia incurre en un error acerca de la capacidad ociosa en el mercado nacional de cigarrillos, ya que en su cálculo se incluyó la maquinaria y equipos destinados al mercado de Estados Unidos que en la actualidad se encuentran inactivos. Adicionalmente indica que, debido a que los formatos de cigarrillos para los cuales están diseñados dichos equipos no se comercializan en el mercado colombiano, la capacidad de producción que representa dicha maquinaria no se puede tener en cuenta en el cálculo de la capacidad ociosa de PROTABACO.

5.1.6.b Consideraciones del Despacho

5.1.6.b.1 Sobre la inversión en publicidad y la prohibición a la publicidad de los cigarrillos

Según manifiestan los Apoderados de COLTABACO y PROTABACO no es posible que tanto la inversión en publicidad como la incapacidad de hacer publicidad constituyan barreras de entrada simultáneamente.

A este respecto, es preciso señalar en primer lugar, que la Superintendencia no considera que exista una contradicción; por el contrario, conviene manifestar que lo que esta Entidad consideró problemático de llegarse a realizar la operación, es precisamente que el ente integrado tendría una ventaja sobre un nuevo entrante que quiera posicionar sus marcas. Lo anterior, puesto que en años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1335 de 2009, tanto COLTABACO como PROTABACO pudieron realizar inversiones en publicidad que les permitieron posicionar sus marcas en el mercado nacional de cigarrillos, posibilidad que un nuevo entrante no tendría, como consecuencia de las restricciones impuestas por la referida normativa.

De otra parte, afirma el Apoderado de COLTABACO, que la Superintendencia debe aceptar que el gasto y los esfuerzos para promocionar el capital marcario en los segmentos de precios bajos, no es una característica significativa de competencia en dichos segmentos.

Sobre este punto, vale la pena señalar que, tal y como se presentó en las gráficas 11 y 12 de la Resolución recurrida, las cuales presentan la participación de cada una de las marcas del portafolio de PROTABACO y COLTABACO, la inversión en publicidad de las marcas que pertenecen al segmento Medio . Bajo, no es nada despreciable.

Al contrario, para el caso de PROTABACO esta Superintendencia encontró que, debido a que la empresa no participaba en el segmento Alto, durante el periodo comprendido entre los años 2005 a 2009, el [REDACTED]% del gasto en publicidad se hizo en marcas del segmento Medio . Bajo. Por su parte COLTABACO, realizó, en promedio, el [REDACTED]% de la inversión en marcas pertenecientes a dicho segmento en el mismo periodo.

Lo anterior le permite a esta Entidad concluir que, contrario a lo manifestado por el Recurrente, la inversión en publicidad de marcas que pertenecen a segmentos de precios bajos, sí juega un papel importante a la hora de promocionar el capital marcario de las empresas.

Adicionalmente indica el Apoderado que existe un nivel muy alto de intercambio de marcas por fumadores adultos en Colombia, lo cual, en su criterio, permite argumentar que no existe una lealtad respecto de la marca en este mercado.

Al respecto esta Superintendencia afirma que, la marca es una de las características que los consumidores tienen en cuenta a la hora de elegir el cigarrillo a fumar, tal como se puede apreciar en la gráfica 2 de la Resolución No. 29937 de 2010, construida a partir de la información presentada por las Intervinientes.

A su vez, llama la atención a esta Entidad que, de acuerdo con los datos de inversión en publicidad, las Intervinientes realizan este tipo de inversiones teniendo en cuenta como elemento fundamental el tema marcarío. Ejemplo de esto lo corrobora lo señalado por el Apoderado de COLTABACO, al afirmar que *los gastos de publicidad para apoyar una marca en el mercado colombiano varían . como en todos los mercados de cigarrillos- según la naturaleza de la marca*¹⁹. A su vez manifiesta que *los gastos de publicidad por marca son determinados con base en múltiples factores, incluyendo la importancia estratégica de las marcas del portafolio de la Compañía, los cambios en la dinámica y tendencia del mercado, la actividad de marcas de los competidores y la necesidad de apoyar nuevas variantes de marca*²⁰. Por lo anterior, esta Superintendencia reconoce que la marca resulta importante en el mercado de cigarrillos en Colombia, tanto para los consumidores como para los productores, y que en este sentido representa una barrera importante para que un entrante pueda capturar parte de la demanda del mercado.

En cuanto a lo manifestado por el Apoderado de PROTABACO, según el cual una vez entren en vigencia de manera definitiva las restricciones sobre la publicidad, los costos hundidos asociados a ésta desaparecerán en un término muy corto, es preciso indicar que la Superintendencia no desconoce este hecho, sino que, como se dijo anteriormente, considera que la imposibilidad de realizar publicidad constituye una barrera de entrada para que un nuevo entrante logre posicionar sus marcas y por tanto, ingresar con éxito al mercado nacional de cigarrillos.

5.1.6.b.2 Sobre la entrada al mercado nacional de cigarrillos a través de importaciones

Manifiesta el Apoderado de COLTABACO, que empresas como IMPERIAL TOBACCO y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL tienen la capacidad de entrar a cualquier mercado vía importación desde cualquier base manufacturera ubicada en cualquier parte del mundo.

Por su parte, el Apoderado de PROTABACO manifiesta que para ingresar y participar en el mercado nacional de cigarrillos no es necesario instalar una planta manufacturera de cigarrillos en el país ya que es posible que el nuevo entrante lo haga a través de un esquema de importaciones.

Las anteriores afirmaciones son acertadas. No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que esta Superintendencia encontró que BAT ha sido históricamente el principal importador de cigarrillos a Colombia y que, aunque han existido importaciones realizadas por otras firmas en el periodo comprendido entre el año 2000 y marzo de 2010, éstas han sido marginales y de manera esporádica. De hecho, en la gráfica 9 de la Resolución No. 29937 de 2010, se muestra la evolución por empresa de las importaciones de cigarrillos hacia Colombia. Llama la atención que de los 10 años analizados, solo en el 2009 se aprecia a una empresa diferente de BAT y de las Intervinientes generando importaciones dentro del mercado.

¹⁹ Obra a folio 2651 del cuaderno reservado número 3 de COLTABACO.

²⁰ Obra a folio 2740 del cuaderno reservado número 3 de COLTABACO.

5.1.6.b.3 Sobre la red de distribución

Indica el Recurrente, que fue incorrecto incluir la red de distribución como razón para objetar la integración dado que la Resolución No. 29937 encontró que los canales de distribución no representan una barrera de entrada significativa para los competidores potenciales.

Sobre el particular, se hace preciso señalar que la Superintendencia no objetó la integración propuesta por considerar que la red de distribución mayorista constituya una barrera de entrada al mercado nacional de cigarrillos. Al contrario, lo que la Resolución No. 29937 de 2010 señaló fue que *un competidor potencial tendría que buscar una red de distribución para garantizar la presencia de sus productos en los puntos de venta, lo cual representa un costo mayor que el que enfrentan las partes intervinientes aún cuando no constituyan necesariamente una barrera considerable*+ (Subrayado fuera de texto).

5.1.6.b.4 Sobre la capacidad ociosa

Se reitera que la capacidad ociosa fue calculada teniendo en cuenta las cifras suministradas sobre la capacidad instalada y utilizada de las Intervinientes, mientras que la demanda de cigarrillos fue calculada con datos de NIELSEN, entidad que fue contratada por las partes para obtener información sobre aspectos importantes del mercado. Asimismo, se aclara que si bien COLTABACO indicó que las cifras de NIELSEN en 15 ciudades excluían las ventas rurales, en ningún momento durante el trámite adelantado, señaló que éstas representaban el ■% del mercado total, razón por la cual esta Entidad no consideró en su análisis duplicar las cifras NIELSEN.

Se reitera además, que la existencia de capacidad ociosa genera desincentivos para un competidor potencial. Lo anterior es justificado, por el hecho de que, un competidor presente en el mercado con una alta capacidad ociosa cuenta con la posibilidad de incrementar su producción, de manera tal que restrinja significativamente las estrategias generadas por un nuevo entrante.

Además, es evidente que una forma de ejercer poder de mercado por parte de un oligopolista es controlar los niveles de producción, de tal manera que se logre afectar el precio de mercado. De esta forma, si el incremento en precios es más que proporcional que la reducción de la demanda, resultaría económicamente sustentable, llevar a cabo tal estrategia aún cuando se incrementa la capacidad ociosa.

Ahora bien, señala el Apoderado de PROTABACO que, al incluir en el cálculo de la capacidad ociosa de la empresa la maquinaria y los equipos que estaban destinados a la producción de cigarrillos para Estados Unidos, la Superintendencia incurrió en un error respecto al cálculo de dicha capacidad.

Sobre el particular, es preciso indicar que de acuerdo con la información aportada en la solicitud inicial, la producción de PROTABACO no solamente estaba destinada al mercado nacional, sino que también estaba destinada al mercado internacional²¹, el cual

²¹ Obra a folio 818 del cuaderno reservado No. 1 de PROTABACO.

representaba el ■% de la producción total. Así, al observar las cifras de exportaciones aportadas por PROTABACO, esta Superintendencia encontró que en el año 2008 la empresa exportó cigarrillos a Estados Unidos, Ecuador, Perú, Aruba y Antillas Holandesas. No obstante, esta Superintendencia manifiesta que si bien parte de la capacidad ociosa actual había sido diseñada para cubrir el mercado de exportaciones, no es posible dejar de considerarla como parte de su capacidad instalada.

En todo caso, si el cálculo de la capacidad ociosa se realiza teniendo en cuenta solamente la capacidad que PROTABACO indica que es destinada a producción para el mercado nacional y, la capacidad utilizada para el mismo, esta Entidad encuentra que la capacidad ociosa de PROTABACO sigue siendo del orden del ■% y la capacidad ociosa que obtendría el ente integrado sería del ■%, cifra aún significativa. La siguiente tabla indica el cálculo de la cifra señalada.

Tabla 1
Capacidad ociosa de la entidad integrada

Capacidad instalada (Unidades)	Capacidad utilizada (Unidades)	Capacidad ociosa (%)
■	■	■

Cálculos SIC. Fuente: Información aportada por las intervinientes, folios 87, 818, 992, 3169.

Dado lo anterior, esta Superintendencia reitera su posición con respecto a que la capacidad ociosa constituye una barrera a la entrada en el mercado de cigarrillos. De esta forma, se desvirtúan los argumentos de los apoderados, según los cuales *existe una gran inconsistencia en la posición de la SIC cuando argumenta que, a pesar de la supuesta capacidad ociosa, la entidad integrada aumentaría los precios por encima de los niveles competitivos, llevando así a volúmenes aún más bajos y las conclusiones de la SIC acerca de la capacidad ociosa del mercado y de la consecuente barrera de entrada que ello representaría, no corresponden a la realidad*.

Por último, se debe señalar que revisados los condicionamientos propuestos como pretensión subsidiaria en los recursos presentados por las Intervinientes resulta palmaria la deficiencia de los mismos para restablecer las condiciones de competencia del mercado. Por una parte, este conjunto de ofrecimientos no comprende condicionamientos estructurales los cuales como se desprende de los racionamientos integrales desarrollados en la presente Resolución resultan imperativos para conseguir el fin mencionado. De otro lado, los condicionamientos de comportamiento ofrecidos apuntaban principalmente a permitir la participación de un nuevo entrante del mercado y si bien se hicieron algunos ofrecimientos adicionales en relación con algunos aspectos sobre la comercialización y distribución, así como con el mercado de compra de hoja de tabaco, en realidad dichos ofrecimientos no resultaron sustanciales para garantizar las condiciones de competencia respecto de los efectos verticales de la operación presentada.

SEXTO: Que no obstante las consideraciones tenidas en cuenta por el Despacho en la Resolución No. 29937 de 2010, junto con los argumentos expuestos en el numeral **QUINTO** del presente acto administrativo que reafirma las razones que tendría esta Superintendencia para objetar la operación de integración en los términos y condiciones en que fue presentada y, en vista de que la pretensión subsidiaria presentada en los recursos de reposición interpuestos por las Intervinientes no mitiga en su totalidad los problemas que en materia de competencia identificó esta Superintendencia, en virtud de la

facultad conferida por la Ley 1340 de 2009, se presenta a continuación el condicionamiento estructural que esta Entidad considera idóneo para asegurar la preservación efectiva de la competencia en el mercado relevante objeto de análisis.

En vista de lo anterior la integración que se decide queda sujeta al cumplimiento integral del condicionamiento estructural que se describe a continuación, dentro del plazo que se fijará en la presente Resolución. Si por cualquier razón no se da cumplimiento al mismo a satisfacción de esta Superintendencia, no podrá realizarse la operación de integración presentada. En este sentido, las Intervinientes se abstendrán de realizar cualquier actividad o acuerdo encaminado a integrarse, hasta tanto esta Superintendencia no haya aceptado el cumplimiento del condicionamiento estructural, en los términos señalados en el numeral **OCTAVO** de la presente Resolución.

Se deja en claro que la autorización de la operación de la integración, contenida en la presente decisión, se sujeta a la aprobación por parte de esta Superintendencia del cumplimiento del condicionamiento estructural, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución.

Por su parte, el cumplimiento de dicho condicionamiento constituye una obligación de resultado y no de medio, por lo que su cumplimiento solo se daría en el momento en que efectivamente se suscriba y se acredite la realización plena, integral, satisfactoria y oportuna de los actos jurídicos o se produzcan los hechos en que consiste el condicionamiento. La demostración o alegación de haber empeñado un diligente esfuerzo en la realización de los actos que representan el cumplimiento del condicionamiento no constituye por si mismo su cumplimiento.

6.1. Definiciones: Para efectos de los presentes condicionamientos, los términos que a continuación se enuncian, tendrán el significado que en cada caso se especifica:

6.1.1. Intervinientes: Son las empresas COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. (COLTABACO) y PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA. (PROTABACO). Para los efectos de los presentes condicionamientos, el término COLTABACO agrupará a la sociedad COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A., a su matriz y a las subordinadas de ésta, a no ser que se indique expresamente lo contrario.

6.1.2. Negocio: Es el conjunto comprendido por los Activos Principales y los Activos Adicionales.

6.1.3. Activos Principales: Corresponden a los derechos sobre las marcas que contengan la expresión Premier y los derechos sobre la otra marca que se vaya a enajenar que cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 6.5.

6.1.4. Activos Adicionales: Corresponden a aquellos activos requeridos durante el proceso de elaboración, distribución y venta de cigarrillos. Estos son:

6.1.4.1 El inventario de paquetes de cigarrillos disponibles identificados con la marca Premier y de la otra marca que se vaya a enajenar .

6.1.4.2 El *know how* asociado a la elaboración de cigarrillos denominados con la marca Premier, junto con el *know how* asociado con la elaboración de cigarrillos de la otra marca que se vaya a enajenar.

6.1.4.3 Los activos asociados a la elaboración de los cigarrillos distinguidos con la marca Premier, y los activos asociados a la elaboración de cigarrillos distinguidos con la otra marca que se vaya a enajenar.

6.1.5. Adquirentes: Personas jurídicas independientes de las Intervinientes que, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el numeral 6.4 (Requisitos del Adquirente) adquirirán los Activos Principales, junto con todos o parte de los Activos Adicionales.

6.1.6. Auditor: Persona jurídica, independiente de las Intervinientes, que supervisará el cumplimiento de los condicionamientos y demás obligaciones inherentes al mismo, así como aquellas obligaciones establecidas en el presente considerando.

6.2. Parámetros del condicionamiento estructural

Con el objeto de restablecer las condiciones de competencia al interior del segmento del mercado afectado con la operación de integración presentada, esta Superintendencia considera que, previo a la realización de dicha operación, las Intervinientes estarán obligadas a enajenar los Activos Principales, junto con los respectivos Activos Adicionales, a un Adquirente que cumpla con los requisitos establecidos en el punto 6.4., en cumplimiento de los requisitos del contrato de Compraventa que se incluyen en el presente Condicionamiento.

Los Activos Adicionales harán parte del contrato de Compraventa y, por ende, serán objeto de transferencia en los términos de la presente Resolución en los mismos términos que los Activos Principales, salvo que a voluntad del Adquirente, éste decida excluirlos total o parcialmente de la negociación, de lo cual deberá quedar constancia escrita. Para determinar si la exclusión de los Activos Adicionales de la negociación es razonable, a la luz de las restricciones a la competencia, el Adquirente deberá justificar ante esta Entidad que la decisión tomada no reduce su independencia en la producción, distribución y venta de cigarrillos frente a las Intervinientes.

6.3 Requisitos del contrato de compraventa de los Activos Principales y Adicionales

El condicionamiento estructural correspondiente al contrato de compraventa de los Activos Principales y los Activos Adicionales, deberá seguir los requisitos que a continuación se señalan:

6.3.1. El contrato de compraventa de los respectivos activos implicará la transferencia plena, definitiva y libre de cualquier limitación o condición del dominio sobre los Activos Principales y los Activos Adicionales. En tal sentido, el contrato de compraventa no podrá contener ninguna disposición ni tener por efecto real alguna circunstancia que limite en algún sentido la libertad del adquirente de disponer de los Activos Principales y Adicionales, en los mismos términos en que lo puede hacer cualquier pleno propietario bajo las reglas del ordenamiento jurídico colombiano. Se proscriben la inclusión de cláusulas de reserva de dominio, transferencias bajo la modalidad de usufructo manteniendo la nuda propiedad, pactos de retroventa, o cualquier otra cláusula que tenga

por efecto mantener en el vendedor algún tipo de potestad sobre el destino, el manejo o la disposición de los Activos Principales o Adicionales o limitar en cabeza del comprador el pleno y libre uso y disposición de dichos activos.

6.3.2. En el caso en el que el Adquirente manifieste su interés en celebrar un contrato de maquila total o parcial sobre las marcas vendidas, las Intervinientes lo celebrarán dentro del plazo establecido en la presente Resolución para el cumplimiento del condicionamiento estructural. En caso de que el Adquirente, de manera libre y autónoma, decida no celebrar el mencionado contrato, deberá acreditarlo ante esta Entidad.

Dicho contrato de maquila podrá ser parte del contrato de compraventa de los Activos Principales y Adicionales. Sin embargo, no se podrá condicionar la venta de los respectivos Activos Principales y Activos Adicionales a la celebración del contrato de maquila.

6.3.3. En el caso en el que se celebre un contrato de maquila sobre las marcas vendidas, las Intervinientes otorgarán al Adquirente plena autonomía para las decisiones de producción y el manejo de los procesos de distribución, comercialización, publicidad, mercadeo y demás actividades comerciales inherentes a los Activos Principales.

En particular, las Intervinientes no podrán afectar ninguna de las actividades arriba referidas (producción, distribución, comercialización, publicidad, mercadeo y demás actividades relacionadas con la explotación de las marcas), so pretexto de reducir el valor de marcas propias o afectar su rendimiento en el mercado o bajo cualquier otra argumentación. De igual manera, el contrato de maquila debe estar exento de cláusulas que tengan por objeto o por efecto limitar la competencia, de tal manera que impidan o limiten la participación del Adquirente o de las Intervinientes en el mercado de cigarrillos, durante y después de finalizado el contrato de maquila.

6.4. Requisitos del Adquirente: El Adquirente deberá cumplir con los requisitos que a continuación se indican:

6.4.1. El Adquirente deberá ser un tercero totalmente independiente de las Intervinientes, de su matriz o cualquiera de sus subordinadas y con el que, en particular, no exista una relación de control, o dependencia económica.

6.4.2. El Adquirente deberá contar con el conocimiento del mercado de cigarrillos y de las actividades comerciales relacionadas con el mismo, de modo tal que permita vislumbrar que está en condiciones de competir efectivamente con las Intervinientes.

6.4.3. El Adquirente deberá tener capacidad financiera y operativa para competir efectivamente con las Intervinientes.

6.4.4. En caso de que el Adquirente no haga uso de la red de distribución de los Intervinientes en los términos anteriormente descritos, éste deberá contar con la capacidad operativa y financiera para establecer una red de distribución diferente que permita vislumbrar que se puede expandir o, al menos sostener, la presencia de las marcas y activos que integren los Activos Principales y Adicionales.

La Superintendencia evaluará el cumplimiento de los requisitos del Adquirente; para el efecto, en cualquier momento del plazo previsto para el cumplimiento del condicionamiento estructural, las Intervinientes presentarán el nombre de potenciales Adquirentes y acreditarán ante la Entidad el cumplimiento de los requisitos en mención.

6.5. Requisitos de la segunda marca a enajenar

La segunda marca que las Intervinientes deben enajenar deberá ser escogida por éstas. La elección de dicha marca deberá tener en cuenta los siguientes parámetros: la marca deberá tener una participación no menor a 2,0% en el segmento Medio-Bajo del mercado y su participación debe haber aumentado o haberse mantenido estable durante los últimos tres (3) años de acuerdo a los datos suministrados por NIELSEN, que obran en el expediente.

6.6. Obligaciones relacionadas

Hasta tanto sean enajenados los Activos Principales, las Intervinientes deberán cumplirlas siguientes obligaciones:

6.6.1. Obligaciones de Transparencia:

6.6.1.1 Las Intervinientes pondrán a disposición del Adquirente un Plan de transición por medio del cual se evite que, como consecuencia del Condicionamiento, exista un desabastecimiento temporal de los cigarrillos de marca Premier y de la otra marca que se venda de manera conjunta, según la opción elegida por parte de las Intervinientes, en sus diversas presentaciones, en las plazas que usualmente se expenden los productos.

6.6.1.2 Proporcionar suficiente información sobre el Negocio a los Adquirentes potenciales, sujeto a las garantías de confidencialidad.

6.6.1.3 Implementar las medidas y procedimientos que sean necesarios para mantener la información separada de los Negocios, de forma que permita verificar su normal funcionamiento, viabilidad económica y competitividad. Dicha información deberá ser de fácil acceso y encontrarse a disposición del Auditor y los Adquirentes potenciales. En consecuencia, las Intervinientes se obligan a mantener suficiente información desglosada del Negocio correspondiente a los 24 meses que precedieron a la realización de la operación de integración, la cual deberá incluir cuando menos, lo siguiente:

- a) Cobertura geográfica de los productos;
- b) Ventas mensuales (en volumen y valor);
- c) Oferta y surtido de productos;
- d) Listado de puntos de venta;
- e) Canales de distribución y comercialización utilizados;
- f) Cualquier otra información adicional específica que requiera el Auditor para verificar el funcionamiento, viabilidad económica y competitividad del Negocio.

6.6.2. Conservación de los Negocios: Para preservar la viabilidad económica y prestigio de la actividad empresarial asociada al Negocio, las Intervinientes deberán minimizar cualquier riesgo de pérdida de competitividad en dicha actividad que pueda alterar su naturaleza o su estrategia industrial o comercial. En particular, no podrán las Intervinientes

realizar, ni propiciar, ningún acto que conlleve un impacto adverso, contrario al riesgo natural del negocio, sobre el valor, manejo o competitividad de la actividad atinente al Negocio, que pueda alterar la naturaleza y el alcance de la actividad, o su estrategia industrial o comercial.

6.7. Auditoría

6.7.1. Requisitos del Auditor: Dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto, las Intervinientes deberán contratar un servicio de auditoría, que se encargue de verificar, monitorear y certificar, el cumplimiento por parte de las Intervinientes, del condicionamiento estructural. El Auditor deberá ser un tercero independiente, respecto del cual las Intervinientes, su matriz o cualquiera de sus subordinadas, no tengan una relación de control.

El Auditor será elegido por esta Superintendencia de una terna de candidatos que le presenten las Intervinientes, y deberá contar con las calificaciones necesarias para realizar sus funciones, evitando situaciones que originen o puedan llegar a originar conflicto de intereses. El Auditor será remunerado por las Intervinientes, quienes además deberán garantizar todo lo que sea necesario para el desarrollo efectivo de sus funciones. El Auditor ejercerá sus funciones de forma permanente hasta tanto se apruebe el cumplimiento del condicionamiento estructural por parte de la Superintendencia.

6.7.2. Funciones del Auditor

El Auditor deberá verificar el cumplimiento del Condicionamiento estructural establecido en el presente considerando. Para el efecto, el Auditor deberá cumplir las siguientes actividades:

6.7.2.1 Verificar que los Adquirentes potenciales reciban suficiente información referente al Negocio.

6.7.2.2 Proponer a las Intervinientes las medidas que considere necesarias para asegurar el cumplimiento del condicionamiento, dentro del plazo establecido.

6.7.2.3 Verificar que el Adquirente cumpla con los requisitos señalados en el punto 6.4 ~~Requisitos del Adquirente~~.

6.7.2.4 Verificar que se preserve la viabilidad económica y prestigio de la actividad empresarial asociada al Negocio.

6.7.2.5 Verificar que las Intervinientes cumplan con las obligaciones derivadas del Condicionamiento, en particular, aquellas señaladas en los puntos 6.4, 6.5, y 6.6 del presente considerando.

6.7.3. Reporte del Auditor: Mientras permanezca en sus funciones, el Auditor deberá allegar a esta Superintendencia reporte mensual dentro de los primeros diez (10) días de cada mes. El Reporte del Auditor deberá incluir lo siguiente:

6.7.3.1 Mecanismos implementados por las Intervinientes para dar cumplimiento al presente condicionamiento.

6.7.3.2 Principales características de los Adquirentes potenciales, aportando las pruebas que correspondan para demostrar la intención de adquirir el Negocio.

6.7.3.3 Cumplimiento de las obligaciones de las Intervinientes para la enajenación del Negocio.

6.7.3.4 Un concepto, debidamente justificado, respecto al cumplimiento por parte del Adquirente potencial, de lo dispuesto en el numeral 6.4. ~~Condicionamiento estructural~~.

6.7.3.5 En caso de que el Adquirente excluya de las negociaciones los Activos Adicionales ofrecidos, el Auditor deberá presentar un informe en el que suministre elementos que permitan evaluar por parte de esta Entidad si la decisión del Adquirente reduce su independencia en la producción, distribución y venta de cigarrillos frente a las Intervinientes.

SÉPTIMO: Que no obstante las consideraciones tenidas en cuenta por el Despacho en la Resolución No. 29937 de 2010, junto con los argumentos expuestos en el numeral **QUINTO** del presente acto administrativo que mantiene la preocupación sobre los efectos de la operación de integración en los términos y condiciones en que fue presentada y, en vista de que la pretensión subsidiaria formulada en los recursos de reposición interpuestos por las Intervinientes no mitiga plenamente los problemas que en materia de competencia identificó esta Superintendencia, en virtud de la facultad conferida por la Ley 1340 de 2009, se presentan a continuación los condicionamientos de comportamiento que esta Entidad considera suficientes para asegurar la preservación efectiva de la competencia en el mercado relevante objeto de análisis.

Una vez ejecutoriado el acto mediante el cual esta Superintendencia acepte el cumplimiento del condicionamiento estructural a que se refiere el numeral **SEXTO** de la presente Resolución, las Intervinientes deberán cumplir los condicionamientos de comportamiento que se señalan a continuación.

7.1. Definiciones: Ténganse en cuenta las definiciones señaladas en el numeral 6.1. ~~Definiciones~~ del considerando **SEXTO**.

7.2. Relaciones comerciales con clientes

Una vez ejecutoriado el acto mediante el cual esta Superintendencia acepte el cumplimiento del condicionamiento estructural a que se refiere el numeral **SEXTO** de la presente Resolución, las Intervinientes deberán cumplir con las siguientes condiciones en desarrollo de sus relaciones comerciales con distribuidores y comercializadores de cigarrillos:

7.2.1. Eliminar, inaplicar y abstenerse de pactar cláusulas de exclusividad.

7.2.2. Eliminar, inaplicar y abstenerse de pactar requisitos en virtud de los cuales los distribuidores y comercializadores se obliguen a dar trato exclusivo a las Intervinientes.

7.2.3. Eliminar, inaplicar o abstenerse de pactar las cláusulas o requisitos en virtud de los cuales los distribuidores y comercializadores se obliguen a dar prelación o trato preferente

a las Intervinientes, respecto de sus competidores, así como abstenerse de aplicar requisitos, sanciones o consecuencias adversas para los distribuidores y comercializadores por no dar prelación o trato preferente.

7.2.4. Abstenerse de aplicar, pactar, solicitar, sugerir o imponer cláusulas, requisitos, sanciones o consecuencias adversas para los distribuidores y comercializadores relacionadas con la obligación de suministrar o aportar información sobre términos de negociación, precios, descuentos, promociones o condiciones comerciales que los anteriores tengan establecidas con los competidores de las Intervinientes.

7.2.5. Abstenerse de pactar, aplicar, solicitar, sugerir o imponer cláusulas o requisitos sanciones o consecuencias adversas para los distribuidores y comercializadores relacionados con la obligación de supeditar las condiciones de las negociaciones comerciales, tales como precios, descuentos, productos, espacios, cantidades, frecuencias de pedido y demás relacionados, a las condiciones que poseen los anteriores con los competidores de las Intervinientes.

7.2.6. Celebrar un contrato o convenio entre las Intervinientes y el Adquirente en el que se incorporaran las obligaciones establecidas en los numerales anteriores y, además, se acordarán las condiciones y políticas necesarias para garantizar que el Adquirente pueda, si así lo desea, disponer total o parcialmente de la red de distribución mayorista y minorista de los Intervinientes para la distribución de los Activos Principales, de una forma que resulte equilibrada y equitativa, esto es, equiparable al mismo tratamiento que se le da a las marcas con las que quedan los Intervinientes en dicha red de distribución.

7.3. Relaciones comerciales con agricultores

Una vez ejecutoriado el acto mediante el cual esta Superintendencia acepte el cumplimiento del condicionamiento estructural a que se refiere el numeral **SEXTO** de la presente Resolución, las Intervinientes también deberán cumplir los condicionamientos de comportamiento que se señalan a continuación:

7.3.1. Que se otorgue al cultivador información relacionada con costos asociados a insumos y vistas técnicas antes de la firma del contrato con la empresa compradora de tabaco. Para tal fin, se hará necesario suministrar a través de charlas y cartillas información detallada de marcas y costos de los insumos que pueden ser utilizados en el cultivo, número de vistas que recibirán en el proceso de siembra y cosecha, y elementos a tener en cuenta en la valoración del producto que el cultivador lleva al centro de compra.

Para ello, las Intervinientes deberán elaborar un listado de cada insumo en el cual señalen el valor de cada uno de ellos, o los elementos objetivos y claros a partir de los cuales se puede establecer dicho valor. En caso que los valores estén sujetos a la inflación, devaluación o cambio monetario, se hará esa precisión.

El listado será ampliamente difundido por la Entidad Integrada mediante:

- i. La fijación en los Centros de Acopio durante los 15 días anteriores a las fechas en que se deben celebrar las contrataciones;

ii. La impresión de cartillas informativas que se mantendrán a disposición de los agricultores en los Centros de Acopio durante los 15 días anteriores a las fechas en que se deben celebrar los contratos de cosecha y se deberán distribuir en las visitas regulares que se les realice por expertos agrónomos durante ese mismo período; y

iii. La entrega a cada uno de los posibles agricultores, antes de formalizar el contrato de cosecha, de lo cual se dejará constancia en un documento independiente del contrato.

7.3.2. Que en ningún caso la Entidad Integrada tendrá con los proveedores de fertilizantes, insecticidas u otros insumos para el cultivo de tabaco acuerdo en virtud del cual reciba reconocimientos económicos o de otra índole por inducir o influir a los agricultores a seleccionar una marca determinada.

En caso de que la Entidad Integrada ofrezca o recomiende el uso de fertilizantes, insecticidas u otros insumos para el cultivo de tabaco, pondrá a consideración, siempre que sea posible, más de una marca.

7.3.3. Que no exista cláusula de exclusividad alguna relacionada con el mecanismo de financiación de los insumos y otros activos necesarios para llevar a cabo el cultivo de hoja de tabaco. Para el efecto, deberá existir un listado de entidades financieras ante las cuales el cultivador puede tramitar solicitudes de financiación. Así mismo, el cultivador no deberá estar restringido a la opción de financiación sugerida en los contratos actuales.

7.3.4. Que la duración del contrato esté condicionada exclusivamente a la duración de la cosecha, cuando el crédito esté destinado a cubrir los costos variables de la misma. En aquellos casos en los que se requiera crédito para financiar la infraestructura relacionada con el desarrollo de varios cultivos de hoja de tabaco, el agricultor y el comprador de hoja de tabaco podrán celebrar contratos independientes con una duración mayor al tiempo de la cosecha.

7.3.5. Que no se incluyan, y si existen, que no se renueven cláusulas de exclusividad u otras que restrinjan la posibilidad de que un cultivador que haya contratado para la venta de su cosecha a la Entidad Integrada en el futuro pueda vender sus productos a otro adquirente de hoja de tabaco o que dedique la tierra o se dedique el mismo a un cultivo diverso de la hoja de tabaco.

Lo anterior, no afectará las posibilidades de la Entidad Integrada de exigir que cada agricultor que haya contratado con la Entidad Integrada para la venta de la cosecha, cumpla con la obligación de vender la cosecha y los otros deberes que se hayan contratado, cumpliendo con lo que aquí y en la ley se prevé.

7.4. Póliza de Cumplimiento

Las Intervinientes se comprometen a otorgar, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto mediante el cual esta Superintendencia acepte el cumplimiento del condicionamiento estructural, una póliza de seguro o un aval bancario a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por valor de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a reponer la suma asegurada o a obtener nuevo aval o una nueva póliza en los mismos términos que la anterior, en caso de comprobarse el incumplimiento a las obligaciones previstas en la presente decisión. La

Póliza de Cumplimiento tendrá una vigencia de tres (3) años, prorrogable de manera sucesiva por igual término, hasta que expire la vigencia de todos los condicionamientos.

OCTAVO: Los efectos de autorización de la Integración objeto de la presente Resolución se sujetan al cumplimiento del condicionamiento estructural dentro de un plazo máximo de tres (3) meses contados desde la fecha de ejecutoria de la presente Resolución. En caso de que existan razones suficientes para hacerlo, esta Entidad podrá prorrogar el plazo mencionado a petición de las Intervinientes.

Para el efecto, los Intervinientes deberán acreditar, dentro del mencionado plazo, el cumplimiento del condicionamiento estructural y la Superintendencia se pronunciará dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud.

NOVENO: Los condicionamientos a los cuales se refiere el numeral **SÉPTIMO** del presente acto, tendrán una vigencia de tres (3) años desde la ejecutoria del acto mediante el cual esta Superintendencia acepte el cumplimiento del condicionamiento estructural, prorrogable indefinidamente por períodos iguales de tres (3) años, salvo que la Superintendencia de Industria y Comercio considere la no necesidad de la prórroga. Por lo anterior, durante el periodo de vigencia de los condicionamientos de comportamiento, las Intervinientes deberán cumplir de forma constante y permanente las obligaciones que se derivan de los mismos.

DÉCIMO: Teniendo en cuenta la obligatoriedad del cumplimiento en todo momento de los condicionamientos por parte de las Intervinientes, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá en cualquier momento, sin necesidad de dar previo aviso a las Intervinientes realizar visitas administrativas con el propósito de verificar el cumplimiento de los mismos, así como pedir la documentación que considere necesaria.

Por lo anteriormente expuesto, el Superintendente de Industria y Comercio

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: DENEGAR las pretensiones principal y subsidiaria planteadas en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 29937 de 11 de junio de 2010, por parte de las Intervinientes.

ARTICULO SEGUNDO: CONDICIONAR de manera oficiosa la operación de integración empresarial informada por LATIN AMERICA AND CANADA INVESTMENTS B.V., subsidiaria de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC. y matriz de COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. y TRIUMVIR ENTERPRISES LIMITED, FLENTEX HOLDINGS LIMITED, PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA. en los términos señalados en los considerandos SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO del presente acto.

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución a los doctores Emilio José Archila Peñalosa y Gabriel Ibarra Pardo en su calidad de apoderados de COLTABACO y PROTABACO, respectivamente, indicándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

El Superintendente de Industria y Comercio,

JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Notificaciones

Emilio José Archila Peñalosa

Apoderado

COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. y OTRAS

NIT: 890900043-8

Carrera 14 # 94A-61 Of. 307

Ciudad.

Gabriel Ibarra Pardo

Apoderado

PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA. y OTRAS

NIT: 860003211-1

Carrera 11 # 82-01 Of. 902

Ciudad.