



RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/DTDCDN N° 118/2012
La Paz, 30 de noviembre de 2012

VISTOS:

La Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de 18 de septiembre de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP); el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 185/2012 de 28 de noviembre de 2012; el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/N° 187/2012 de 29 de noviembre de 2012, todos emitidos por la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la AEMP; los Autos de Apertura de Término de Prueba de 05 de octubre de 2012; los antecedentes, la documentación aportada dentro el procedimiento sancionador, la normativa aplicable vigente, y todo lo que ver y se tuvo presente.

CONSIDERANDO: (Antecedentes)

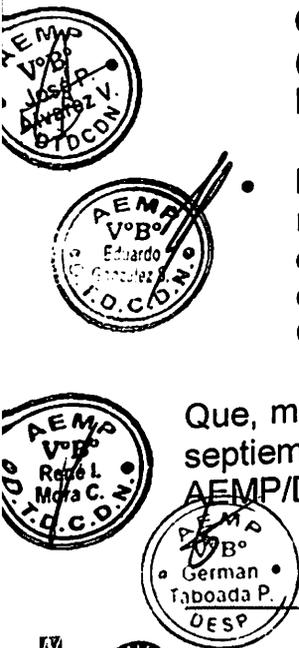
Que, mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de 18 de septiembre de 2012, la AEMP resolvió iniciar procedimiento sancionador en contra de la Compañía Industrial de Tabacos S.A. (CITSA) por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas disponiendo notificar a CITSA con los siguientes cargos, para que sean atendidos en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos:

- Contravención al numeral 1, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519.
 - En relación a supuestas cláusulas de exclusividad de producto.
 - En relación a supuestas cláusulas de exclusividad de territorio.

Los argumentos bajo los cuales, la AEMP determinó los cargos en contra de CITSA fueron los siguientes:

- Presunta infracción al numeral 1, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, por razón de situación geográfica, ante la existencia de indicios de que la empresa CITSA a través de los contratos suscritos con los distribuidores de su producto (cigarrillo), fija, impone o establece la comercialización o distribución exclusiva de bienes (cigarrillos) en determinados territorios..
- Presunta infracción al numeral 1, artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, por razón de producto, ante la existencia de indicios de que la empresa CITSA a través de los contratos suscritos con los distribuidores de su producto (cigarrillo), fija, impone o establece la comercialización o distribución exclusiva de los bienes producidos por CITSA (cigarrillos) por razón de producto.

Que, mediante notas CITSA: 0122/2012 y CITSA: 0123/2012 recibidas en fecha 26 y 27 de septiembre de 2012, respectivamente, la empresa CITSA solicitó copia de los informes AEMP/DTDCDN/EGS/N°0109/2012 y AEMP/DTDCDN/RIMC/N°0117/2012 así como de todo





ESTADO PLURINACIONAL
DE BOLIVIA



el expediente, solicitudes concedidas mediante Auto de fecha 01 de octubre de 2012, notificado en fecha 02 de octubre de 2012.

Que, por Auto de fecha 05 de octubre de 2012, se abre el término probatorio dentro del procedimiento sancionador iniciado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP) en contra de CITSA S.A., actuación notificada en fecha 10 de octubre de 2012.

Que, mediante memorial recibido en fecha 04 de octubre de 2012, la empresa CITSA formula descargos a la Resolución Administrativa RA/AEMP/N°102/2012, y ofrece en calidad de prueba lo siguiente:

- a) Habilitación de depósitos fiscales de CITSA ante el SIN.
- b) Habilitación de dosificación de facturas a nombre de CITSA.
- c) Reportes relativos a la segmentación de mercado y,
- d) Certificaciones de la existencia de otras empresas de distribución.

Que por nota CITSA: 0141/12 recibida en fecha 30 de octubre de 2012, la empresa CITSA solicitó ampliación de plazo para la presentación de prueba que es concedida mediante Auto de fecha 01 de noviembre de 2012, notificado en la misma fecha. En fecha 31 de octubre de 2012, ratifica los argumentos presentados a través del memorial de fecha 04 de octubre de 2012 y en fecha 15 de noviembre de 2012, presenta alegatos y se ratifica en toda la prueba aportada durante el procedimiento administrativo de investigación preliminar, y la contestación a la formulación de cargos, solicitando audiencia de presentación de alegatos. Asimismo, presenta las siguientes pruebas de descargo:

- a) Detalle de agencias de Ventas.
- b) 39 Tomos de libros de ventas IVA.
- c) Fotocopias de Declaraciones juradas gestión 2009-2012.
- d) Listado de depósitos fiscales de las agencias de CITSA.
- e) Dosificación de facturas de las agencias.
- f) Copias de las facturas emitidas por las agencias.
- g) Pago de comisiones a las agencias.
- h) Copia de Guías telefónicas con empresas de distribución de productos masivos.
- i) Carta de RUIZMIER CONSULTING & RESEARCH SRL.

Que, mediante Auto de fecha 16 de noviembre de 2012, se clausura el término de prueba dispuesto mediante Auto de fecha 05 de octubre de 2012 y en fecha 19 de noviembre de 2012, la empresa CITSA reitera la solicitud de audiencia para la presentación de alegatos, solicitud concedida mediante Auto de fecha 20 de noviembre de 2012, llevándose a cabo la audiencia en fecha 23 de noviembre de 2012 en la que dejó constancia impresa de los alegatos verbales expuestos.

Que, mediante memorial recibido en fecha 28 de noviembre de 2012, la empresa CITSA, de forma extemporánea presentó documentación consistente en Copia magnética de la presentación de alegatos llevada a cabo en fecha 23 de noviembre de 2012; Guías de tránsito; Notas de ingreso y egreso de inventarios.

CONSIDERANDO: (Descargos presentados por CITSA)

Que, en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012, CITSA presentó memorial de 04 de octubre de 2012, a través del cual da respuesta a los cargos formulados en su contra, de la siguiente forma: "solicitamos a su Autoridad considere los descargos presentados, se aplique de manera correcta las normas jurídicas, procediendo a declarar inexistentes los cargos formulados mediante Resolución Administrativa RA/AEMP N° 102/2012 de 18 de septiembre de 2012, y proceder en consecuencia al correspondiente Auto de Conclusión de Trámite y al Archivo de Obrados".

Que, la respuesta de CITSA descrita en el párrafo precedente, contiene diversos argumentos que serán atendidos de acuerdo a lo siguiente:

a. Conclusiones y Agravios.

De los argumentos de descargos podemos concluir lo siguiente:

- 1) *No se ha procedido a realizar un análisis riguroso en términos económicos de los pasos mínimos establecidos en la normativa vigente, en el Manual de Prácticas Anticompetitivas y en la Doctrina Económica (identificación del Mercado Relevante, análisis de concentración en el Mercado Relevante, evaluación del poder de mercado, evaluación de la competencia dinámica y evaluación de la eficiencia económica y de los beneficios - costos- asociados a la estructura de mercado), para realizar un análisis económico que establezca la existencia o no de efectos negativos al Interés Económico General, condición indispensable para considerar cualquier acuerdo vertical como sancionable, por lo tanto los cargos carecen de fundamento para su formulación.*
- 2) *Los Contratos de Distribución (en el sentido amplio) suscritos por CITSA con terceros, constituyen más propiamente contratos de Agencia, a través de los cuales el Distribuidor (Agente) obra por cuenta y cargo del Productor (CITSA) a cambio de una comisión y no adquiere la propiedad de los productos para revenderlos, por lo que simplemente actúa como parte de su fuerza de ventas y procede a vender los productos de acuerdo al sistema de precios fijado por CITSA, otorgando para ello la correspondiente factura de CITSA.*
- 3) *Tomando en cuenta lo señalado en el punto anterior, no se producen los efectos contrarios ni dañinos a la competencia tanto intra marca como inter marca, que pudieran haberse dado en el caso de existir una transferencia de la propiedad del productor al distribuidor, en la que el distribuidor hubiera tenido la posibilidad de fijar precios aprovechando un poder de mercado obtenido (trasladado artificialmente a su favor) como resultado de una exclusividad geográfica o de producto.*
- 4) *La política de precios fijada por el productor (CITSA) en sus ventas, que no fue analizada al momento de formular los cargos, es la misma en cualquier parte del*



territorio nacional, sea que intervenga un tercer distribuidor (agente) o se haga directamente a través de distribución propia.

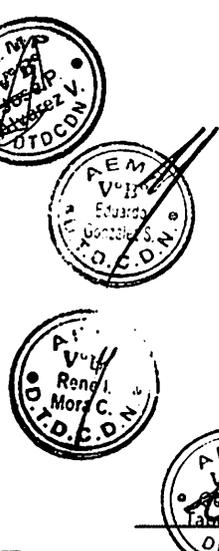
- 5) El Canal de Ventas que corresponde a Distribuidores Independientes (Agentes), representa menos del 25% del total de ventas realizadas por CITSA y su participación no afecta en absoluto los precios hacia los puntos de venta quienes tienen la libertad de competir en precios.
- 6) Las empresas competidoras en el Mercado de Cigarrillos, que en el caso del segmento "Premium" incluso cuenta presumiblemente con Posición Dominante, tienen un sistema de distribución propio, por lo que no existe posibilidad alguna de que los acuerdos de distribución del tipo Agencia, que se tiene con terceros, pueda implicar de modo alguno un cierre del mercado por exclusividad de producto. La propia RA 102 señala claramente que la exclusividad de una Agencia no infringe la normativa de Defensa de la Competencia.
- 7) Del mismo modo, cualquier competidor potencial, al momento de decidir ingresar al mercado, puede acudir a la extensa oferta de empresas de distribución (de alcance nacional y regional) existente, tomando en cuenta que para la distribución de este tipo de productos no se necesita de ninguna infraestructura especializada o diferente a la ya existente para la distribución de otros productos de consumo masivo. Por lo que, el sistema de distribución del tipo Agencia, utilizado por CITSA, no implica de ningún modo, una barrera de entrada para potenciales competidores.

Las conclusiones descritas anteriormente, fueron argumentadas por la empresa CITSA en su defensa, a continuación se transcriben los fundamentos de hecho y de derecho que según esta empresa, respaldan dichas conclusiones:

2.2 Observación al Cumplimiento de Principios Rectores en la RA/AEMP/ N° 102/2012.

Consideramos importante resaltar la razón por la cual un Estado (en este caso el nuestro) decide intervenir en los mercados, regulando y vigilando las relaciones de competencia. Al respecto, en el marco de la teoría del bienestar, el Interés Público de una intervención en los mercados, radica en el propósito de lograr un adecuado funcionamiento de los mismos, para incrementar los niveles de eficiencia y de esta manera maximizar el bienestar social.

En este sentido y dicho en términos de Derecho de la Competencia, el bien jurídico tutelado resulta ser el "Interés Económico General", concepto mucho más amplio y genérico que el de libre competencia o concurrencia y que inclusive en muchas legislaciones trasciende el concepto de "eficiencia económica". Al respecto, Roberto Dromi (Competencia y Monopolio), señala: "La regulación de defensa de la competencia, es una regulación de la interacción social en el plano de las relaciones económicas. Esta regulación está comprometida con el interés colectivo, con el bien común, con el bienestar general y, por tanto, con la justicia distributiva".





Por tanto, desde la doctrina, la evaluación de una conducta presumiblemente anticompetitiva, debe realizarse considerando los efectos que la misma pueda causar sobre el Interés Económico General, el mismo que no se limita a un grupo de personas ni a un sector aislado de la producción.

Este tipo de análisis es aún más relevante cuando el tamaño de las economías y por ende de los mercados es relativamente pequeño -como es el caso boliviano. En estos casos, la probabilidad de que un número reducido de empresas ocupen gran parte de los mercados es mayor que en el caso de economías más desarrolladas. Por tanto, es de esperar que en mercados donde la demanda es relativamente pequeña, se observen niveles de concentración más altos que en economías más grandes, debido a que se requieren menos empresas para satisfacer la demanda. En este escenario, es importante que la evaluación esté guiada por el principio rector de eficiencia económica (eficiencia productiva, eficiencia asignativa y eficiencia dinámica).

Estos preceptos, son recogidos en la legislación boliviana en materia de competencia, específicamente en el tratamiento de las conductas restrictivas. En este sentido, el artículo 12 del D.S. 29519 de 16 de abril de 2008 (DS 29519), establece en su numeral I, que: "Para determinar si las conductas a que se refiere el artículo anterior (Artículo 11 sobre conductas anticompetitivas relativas) deban ser sancionadas, la Superintendencia de Empresas (ahora la AEMP) analizará las ganancias de eficiencia de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia".

Como su Autoridad podrá advertir, de todo lo anteriormente señalado, en la parte considerativa y de análisis técnico de la RA/AEMP/No 102/ 2012, este aspecto trascendental y fundamental que guía el propósito de las políticas de competencia no se menciona, ya que al trasladarse los cargos a CITSA se extraña este análisis de eficiencia sobre las conductas observadas, para determinar si las mismas son sancionables.

2.3 Observaciones Sobre la Metodología del Análisis de Competencia contenido en la RA/ AEMP /Nº 102/2012.

La Resolución Ministerial 190/2008, reglamenta los procesos de investigación seguidos a Agentes Económicos en el marco del DS 29519 en materia de Regulación de la Competencia.

Los artículos 12 y 13 del referido reglamento, establecen los criterios mínimos que se deben tomar en cuenta, primero en la definición del Mercado Relevante y luego en la determinación del Poder de Mercado del agente o agentes investigados; todo ello para cumplir con las condiciones mínimas necesarias para que una determinada conducta sea sancionable.

Del mismo modo, el Manual de Prácticas Anticompetitivas publicado por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, aprobado mediante Resolución Administrativa de la AEMP, señala a detalle los pasos necesarios para realizar un



análisis económico de competencia, indispensables para evaluar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas sancionables.

Por tanto, definir el Mercado Relevante sin tomar en cuenta de manera adecuada estos criterios de análisis económico, imposibilita evaluar los efectos supuestamente anticompetitivos ocasionados y menos aún es posible ejercer el Derecho de Defensa del cual goza todo administrado.

Al respecto, si bien no existe una metodología universal para el análisis de competencia, la experiencia comparada reflejada plenamente en la normativa nacional, señala los componentes esenciales y procedimientos fundamentales que deben estar presentes en el análisis de competencia en los mercados, de forma tal que éste tenga una rigurosidad mínima en términos de la doctrina económica y de derecho de la competencia.

Estos componentes esenciales señalan que el análisis debe contener al menos como elementos: la identificación del Mercado Relevante, el análisis de concentración en el Mercado Relevante, la evaluación del poder de mercado, la evaluación de la competencia dinámica y la evaluación de la eficiencia económica y de los beneficios (costos) asociados a la estructura de mercado al adoptar las medidas de promoción y defensa de la competencia.

Coincidentemente con lo anterior, el Manual de Prácticas Anticompetitivas, herramienta técnica con la que cuenta la AEMP para realizar sus análisis de competencia en los procesos de investigación de posibles prácticas anticompetitivas, señala puntual y gráficamente el procedimiento en tres pasos que debe cumplirse para efectuar un análisis económico de la competencia, los mismos que se resumen a continuación:

Paso 1: Evaluación de la existencia de un Mercado Relevante que sea definido de forma razonable y si la operación bajo investigación entraña una elevada cuota de mercado.

Paso 2: Ante la existencia de un Mercado Relevante razonable dentro del cual la empresa investigada pudiera ser dominante, entonces será necesario realizar un análisis completo de los efectos económicos de la práctica sometida a examen.

Paso 3: Demostración de un daño significativo a la competencia como efecto de la práctica investigada, y del efecto económico adverso causado por dicha práctica comercial.

2.3.1 Equivocada Identificación del Mercado Relevante contenida en la RA/AEMP/N° 102/2012

Es importante identificar con la mayor precisión el Mercado Relevante, debido a que la competencia implica rivalidad entre empresas para ganar un negocio para vender productos, por tanto, la definición del Mercado Relevante permitirá conocer dónde están los límites de la rivalidad entre las empresas y hasta dónde la presencia de los competidores restringen la capacidad de hacer negocio. En definitiva, el propósito es conocer a los





competidores reales y potenciales que impiden a las empresas actuar de forma independiente, y permite reconocer el ámbito en el que se produce la mutua interdependencia entre las empresas competidoras.

Por tanto, la identificación del Mercado Relevante será una condición sine qua non para la evaluación de prácticas que puedan afectar, distorsionar o restringir la competencia. Al respecto, la Resolución Ministerial 190/2008 (RM 190) que reglamenta el DS 29519, recoge este criterio de la doctrina económica y de derecho de la competencia al referir la evaluación de una supuesta práctica anticompetitiva en el marco del Mercado Relevante (artículos 10, 11 y 12 de la norma referida).

El análisis del Mercado Relevante tiene al menos dos dimensiones: geográfica y de producto. En el primer caso, su importancia radica en la delimitación del espacio geográfico en el que las empresas involucradas en el análisis de competencia realizan sus operaciones. Este aspecto es relevante debido a que cada empresa hace frente a la competencia en función al punto de venta rival que tiene más cerca, según aumenta la distancia entre los puntos de venta, cada uno de ellos está menos condicionado por la competencia de los rivales. En este marco, la dimensión geográfica del mercado puede tener un alcance local, regional, nacional e inclusive internacional.

De lo anterior, se deduce la necesidad de definir el ámbito más pequeño en el que hay interacción de rivalidad entre empresas, donde las estrategias de unas están condicionadas por las estrategias de otras -competidores-. Para el efecto, se delimita como Mercado Relevante el espacio geográfico más pequeño sobre el que un monopolista hipotético tendría exclusividad para poder aumentar los precios (entre un 5% y 10%). En definitiva, en el análisis del monopolista hipotético se identifica el territorio mínimo, que al estar concentrado en manos de un solo vendedor, permitiría que los precios aumenten de forma no transitoria en más de un 5%.

Adicionalmente a la dimensión geográfica, las empresas consideran cuáles son los productos que se deben tomar en cuenta cuando definen sus estrategias competitivas -dimensión del producto-. En este análisis se evalúa si un aumento de precios de un monopolista hipotético hace que los consumidores se cambien a otros productos o, si empresas que producen y venden otros productos, comienzan a competir con el monopolista hipotético.

En este sentido, deberá responderse a dos interrogantes claves: i) ¿En qué medida es posible que los consumidores sustituyan el producto ofrecido por una empresa por otros similares? - sustitución por el lado de la demanda- y, ii) ¿En qué medida es posible que otros productores puedan sustituir o incrementar la producción de productos similares? - sustitución por el lado de la oferta-.

Por tanto, si un aumento de precios hace que los consumidores demanden otros productos (sustitución por el lado de la demanda) ó empresas produzcan



productos relevantes (sustitución por el lado de la oferta), dichos productos deberán ser parte de la definición del Mercado Relevante y viceversa. Para determinar el grado de sustitución debe acudir a estudios específicos de la demanda, series históricas de precios, estimaciones de elasticidades precio y cruzadas, encuestas a consumidores, etc., aspectos que como se verá más adelante, fueron en su mayoría obviados en el análisis técnico. Asimismo, se deben analizar las posibilidades de un aumento en la oferta de productos similares ante un aumento en el precio, lo que supone la verificación de la existencia de capacidad ociosa en la industria, costos hundidos, economías de escala y barreras de ingreso.

Adicionalmente, y no por ello menos importante, se debe definir con claridad absoluta el nivel de la cadena comercial en el que se adquiere el producto (mercado minorista, mercado mayorista, reventa, etc.).

La legislación vigente en la materia, recoge con total coincidencia estos preceptos de la doctrina. Sobre el particular el artículo 12 de la Resolución Ministerial 190/ 2008 en su numeral 1, establece que para la determinación del Mercado Relevante, deben considerarse:

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

Tomando en cuenta todo lo anterior, debemos señalar que en la parte considerativa de la Resolución Administrativa RA/AEMP N° 102/2012, se extraña este análisis del Mercado Relevante y solamente se cita las conclusiones del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/ No 0109/2012 (Informe Técnico 109) en el que se habría determinado que la empresa CITSA posee Poder de Mercado en la producción y comercialización de cigarrillos en las ciudades de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Sucre, Tarija y Trinidad, sin referir mayor explicación, lo que haría al menos insuficiente la fundamentación, requisito esencial de un acto administrativo de acuerdo a lo dispuesto por la Ley No 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 28. En nuestro criterio, existe un procedimiento íntegramente reglado y no discrecional, dado que su desenvolvimiento o desarrollo, no depende de ponderaciones sobre oportunidad o conveniencia. Es decir, que las reglas establecidas no dan opción o libertad de elección entre varios resultados posibles. Es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia Constitucional contenida en la Sentencia Constitucional SC 0752/2002-R de 25 de Junio de 2002 que recogiendo lo señalado de la SC 1369/2001-R de 19 de Diciembre de 2001, estableció que el derecho al debido proceso "... exige que toda Resolución sea debidamente fundada. Es decir, que cada Autoridad que dicte una Resolución, debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente, cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte





estructural de la misma, sino también en los hechos, toma una decisión de hecho, no de derecho, que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo, cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

El mismo Tribunal Constitucional, a través de la SC 1365/ 2005-R de 31 de Octubre de 2005, aclaró los alcances del debido proceso y la exigencia referida a la necesidad de fundamentar y motivar las Resoluciones, indicó: "...es necesario recordar que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos, la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador, lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución, tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no solamente de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados, sino de la forma en que se decidió".

A mayor abundamiento, y en la misma línea jurisprudencial, se tiene la SC 2227/2010-R que precisó: "...toda resolución, ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso, debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado".

Consecuentemente con el análisis precedente, en el que acusamos la falta de motivación o fundamentación en la RA AEMP 102/ 2012, toda vez que la evaluación fáctica y jurídica de los hechos acusados debe estar contenida como fundamento en la misma y no en otro documento, como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo, se genera una violación al debido proceso contenida en el Acto Administrativo hoy observado.





La actividad reglada de la Administración debe observar principios básicos del Derecho Administrativo. La Resolución Administrativa hoy observada, en cuanto a su parte considerativa -que compone algunos de los elementos objetivos del instrumento técnico como lo es el Acto Administrativo (Curso de derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría - Tomás- Ramón Fernández, Pág. 546 Tomo 1 Décima Edición), obvia un presupuesto de hecho fundamental, que es la ejecución de la norma legal, pues la norma como imperativo abstracto conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico, tal como la regulación normativa, estructura necesaria de un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Así también ha obviado una correcta motivación del acto administrativo, conocido como "hacer públicos mediante una declaración formal, los motivos de hecho y de derecho en función de los cuales se ha pronunciado (Curso de derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría- Tomás- Ramón Fernández, Pág. 547 Tomo 1 Décima Edición)".

Como su Autoridad podrá observar, la Resolución Administrativa, funda su acto en la emisión de un informe técnico, es decir, incurre en una desviación de poder -conocida en la doctrina Italiana-, al haber remitido la motivación del acto a otro documento interno vinculante solo para la Autoridad Administrativa.

No obstante de haberse establecido la falta de motivación en el Acto observado, es preciso aclarar que el vicio procesal advertido tampoco se subsana con la inclusión parcial del contenido del Informe Técnico 109, sino mediante una efectiva evaluación de las circunstancias, así como de elementos fácticos y jurídicos que lleven a la AEMP de acuerdo a la verdad material a concluir en la presunta existencia de violaciones a la competencia. Luego de tener acceso al Informe Técnico 109, se observa que el análisis del Mercado Relevante considerado por los técnicos de la AEMP, parte de la premisa de que existe un único mercado de cigarrillos y tabacos - inclusive en el informe de referencia se cita que los términos de tabaco y cigarrillos serán tratados de forma indistinta y como sinónimos-, contexto en el que se grafica la evolución del número de fumadores en Bolivia y se establece que el mercado del producto es el tabaco, bajo la siguiente consideración (pag. 7 del Informe Técnico 109): (este producto presenta una demanda sumamente específica por parte de los consumidores, debido principalmente a uno de sus componentes activos que actúa sobre el sistema nervioso, la nicotina, no existiendo sustitutos suficientes cercanos desde el punto de vista de los demandantes".

Esta generalización a la que se recurre en el Informe Técnico 109, conlleva omitir aspectos básicos y fundamentales que debieron ser tomados en cuenta al definir el mercado relevante en la dimensión del producto. Al respecto, en la industria de cigarrillos la primera distinción que se realiza y que resulta la más evidente, obedece a la naturaleza de la materia prima - tabaco- que se utiliza para su fabricación. A partir de ella, los cigarrillos se clasifican en "rubios" y "negros", clasificación que está contenida desde las partidas arancelarias





hasta en el régimen tributario que impone diferentes alícuotas al Impuesto a los Consumos Específicos (ICE) a estos dos grupos de cigarrillos, entendiendo que cada uno tiene elasticidades precio de la demanda diferentes. Esta diferenciación no es marginal ni irrelevante, todo lo contrario, es esencial, tanto así que los cigarrillos "rubios" y los "negros" pertenecen a dos sub-categorías de producto distintas, ello debido a que no solo existe una sustancial diferencia en su proceso de producción y costos, sino también en los grupos y preferencias de quienes los consumen, tanto así que el grado de sustituibilidad (elasticidad cruzada) es muy bajo y casi nulo.

Adicionalmente, al interior de cada grupo de cigarrillos "rubios" y "negros" existe una diferenciación establecida por la marca, procedencia, calidad y precios (altos, medios y bajos), a lo que se suman las preferencias y comportamiento de los consumidores que hacen ineludible un análisis exhaustivo de sustituibilidad y que invalidan un análisis y tratamiento general. A manera de ejemplo, en la industria -tanto a nivel nacional como internacional- se distinguen varios segmentos como el "premium" compuesto por marcas de cigarrillos "rubios" de mayor calidad y precio (como Marlboro y Camel), le sigue el segmento "medio", posteriormente el "económico" y el "Ultra Low Price". Lo anterior hace ver que el simplificar el análisis considerando un tratamiento genérico del producto conduce a una deficiente identificación del mercado relevante.

En la línea de tratamiento general que se adopta en el Informe Técnico 109) se define como mercado geográfico todos los departamentos donde CITSA realiza sus negocios (textual): La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Chuquisaca, Tarija y Trinidad, sin tomar en cuenta que en cada espacio geográfico se observan diferentes características de la oferta y la demanda de cigarrillos. Al respecto, en algunas ciudades operan más distribuidores y marcas que en otras, inclusive los efectos del contrabando en ciudades fronterizas y provincias es mayor que en el resto del país, por lo que las estructuras de mercado son distintas.

Por otra parte, cuando se hace referencia al mercado en el que se midió el poder de mercado de la empresa CITSA, se cita sin distinción el mercado de la producción, de la comercialización y de la importación de cigarrillos; tampoco se delimita el nivel de la cadena comercial, lo que impide distinguir entre segmentos de mercado que están compuestos por un conjunto diferente de productos, preferencias y actores, por más que el producto genérico sean los cigarrillos.

Esta generalización, ha conducido a una simplificación (textual) del análisis del monopolista hipotético a momento de aplicar el test SSNIP, la misma que no es admisible para propósitos concluyentes. Este extremo se advierte en las propias conclusiones a las que se arriban en el informe luego de medir el SSNIP, cuando se señala que: "...para el cigarrillo comercializado por CITSA en el mercado interno muestran que ante incrementos mayores en 5% GTSA ha representado un decremento significativo de sus ingresos...".





Evidentemente, no existe una clara especificación del cigarrillo comercializado, cuando un precepto fundamental de la metodología del SSNIP exige identificar el conjunto más reducido de productos y productores. El análisis técnico simplificado de la AEMP, recurre a una ponderación de 4 productos cuyas características y mercados son totalmente diferentes, mezclando cigarrillos "rubios" con "negros", cigarrillos del segmento "Premium" con las de segmento medio, económico y "Ultra Low Price".

Por otra parte, el obviar, por ejemplo, el comportamiento de las importaciones de cigarrillos en el análisis resulta crítico, ya que no se estaría tomando en cuenta que éstas -importaciones- pueden hacer que los incrementos de precios que aplique un monopolista hipotético, sean no rentables ni sostenibles en el tiempo. Otro aspecto fundamental del análisis del monopolista hipotético para implementar el SSNIP, es la estimación de las elasticidades precio de la demanda y las elasticidades cruzadas de la demanda, lo que señala el grado de especificidad y rigurosidad que exige este ejercicio -aspectos que no se encuentran contenidos en el Informe Técnico 109-, mucho menos en la RA AEMP N° 102/ 2012.

2.3.2 Concentración en el Mercado Relevante y Poder de Mercado

Luego de la identificación y delimitación del mercado relevante, el siguiente paso del análisis de competencia es el de medir el grado de concentración en dicho mercado. La importancia de evaluar el grado de concentración, radica en el hecho de que las empresas dominantes en un mercado relevante tienen la posibilidad de imponer unilateralmente condiciones independientemente del comportamiento de otros oferentes -competidores- o de los consumidores, a lo que se conoce como poder de mercado. La alerta que advierte esta condición, es que la empresa que detenta dominio o poder de mercado, podría imponer condiciones que resulten lesivas para los competidores y/ o los consumidores.

Esta hipótesis surge del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño, que señala que a mayor concentración, mayor la probabilidad de conductas colusorias y abusivas que generaran mayores beneficios privados para los que las imponen, en desmedro del beneficio social. No obstante, en un enfoque moderno de este paradigma (Hipótesis de la Eficiencia Superior, Harold Demsetz), la relación de causalidad cambia, ya que la conducta de empresas que busquen maximizar su eficiencia a partir de: economías de escala, de economías de ámbito o de estrategias dirigidas a la calidad; innovación y la diferenciación de sus productos, podrían lograr una concentración de la demanda y la fidelización de sus clientes - estructura concentrada- y, por ende, un mejor desempeño.

La concentración en el mercado relevante se determina en función al número de empresas participantes en el mismo y sus respectivas cuotas de mercado. Las cuotas o participaciones se miden en términos de ventas totales o de la capacidad de producción destinada al mercado relevante -expresadas éstas en términos monetarios o de unidades físicas-, tomando en cuenta inclusive





aquella capacidad que podría ser incorporada en respuesta a un aumento pequeño y no transitorio en el precio.

Una vez establecidas las cuotas de mercado, se generan indicadores que revelen el grado de concentración en el mercado relevante, tal es el caso del Índice Herfindhal-Hirschman (IHH) que es referido en la RA 102. No obstante, es importante resaltar que una alta cuota de mercado no indica per se que la empresa pueda actuar sin tener en cuenta su interdependencia con sus competidores, sino representa un indicio de poder mercado. En este sentido, el análisis económico, debe considerar las posibilidades de la empresa con una alta cuota de mercado, de elevar sus precios sin que pierda clientes, sin que sus competidoras introduzcan al mercado productos similares y sin provocar que nuevos competidores se sumen al mercado para disciplinar los precios.

Para este propósito, se han desarrollado técnicas de análisis como el estudio de casos, en los que se realizan evaluaciones cualitativas del mercado relevante y de las empresas que lo conforman. En este enfoque se utiliza principalmente el denominado "Esquema de Porter", que se ocupa de valorar los factores que influyen en la competencia: la competencia real entre empresas, la desafiabilidad del mercado (amenaza de potenciales competidores), la posibilidad del ingreso de productos sustitutos, el poder de negociación de los proveedores, el poder de negociación de los clientes o consumidores, entre otros.

Del análisis precedente, surgen tres conclusiones importantes: i) nuevamente, la identificación correcta del mercado relevante razonable es determinante para el análisis de concentración, debido a que de esta manera se evitaría la inclusión o exclusión errónea de empresas a momento de medir las participaciones relativas, ii) es altamente riesgoso suponer ex - ante una relación directa entre una alta concentración y un alto poder de mercado, debiéndose considerar otros aspectos como la presencia de barreras de ingreso al mercado y, iii) se debe estudiar las características de la industria para verificar si el alto grado de concentración obedece a un esfuerzo de mejorar las condiciones para incrementar la eficiencia o se concreta para el ejercicio de un abuso de poder dominante.

Concordante con lo anterior, la RM 190 en su artículo 13, señala textualmente: "Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

- 1. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.*
- 2. La existencia de barreras en la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.*
- 3. La existencia y poder de sus competidores en el mercado relevante" (el subrayado es nuestro).*





Sin embargo, en la RA 102 de forma reiterada se menciona que CITSA posee poder de mercado en la producción y comercialización de cigarrillos, como consecuencia de una cuota de mercado del 92%. La argumentación expuesta al respecto se concreta en señalar lo siguiente:

"...las cuotas de mercado que pueden presentar distintas empresas, se utilizan como buenos indicadores del poder de mercado de las mismas, de acuerdo a Massimo Motta (2003) este análisis gira alrededor de la evaluación de las cuotas de mercado que posee la empresa (o empresas), aunque la valoración de cuotas de mercado puede ser complementada con otros análisis para determinar el poder de mercado de una empresa"

"...el llevar a cabo el análisis descrito en el párrafo anterior es comprensible debido a que "El poder monopólico o de mercado está asociado con altas cuotas de mercado ". En este sentido, se puede decir que en nuestro caso de análisis la empresa CITSA, dispondría de poder de mercado en el mercado relevante, toda vez que dispone de una cuota de mercado de 92%"

"...un aspecto importante a tomar en cuenta es que si bien altas cuotas de mercado pueden ser consideradas como legítimas señales de poder de mercado potencial, estas no deben ser considerados de inmediato como una prueba irrefutable del mismo. Es por ello que se deben considerar algunos indicadores (ej. HHI y SSNIP) que permitan concluir fehacientemente el que una empresa posea poder de mercado" (el subrayado es nuestro)

Inicialmente, debe indicarse que las consideraciones expuestas antes de apoyarse en las disposiciones legales vigentes y las herramientas conceptuales con las que cuenta la AEMP (Manual de Prácticas Anticompetitivas), -p.ej., en ningún momento de este análisis se hace referencia al artículo 13 de la RM 190- citan algunos criterios de la experiencia comparada (autores como Motta o decisiones de la Comisión Europea), pero sin aclarar o completar el contexto en que fueron expuestos e inclusive sin atender las recomendaciones de los autores citados (véase el subrayado anterior).

Entrando a los aspectos específicos del análisis de poder de mercado contenido en la RA 102, en primer lugar, debe mencionarse que éste omite una relación clara y contundente sobre el mercado relevante definido, por tanto, es imposible distinguir si las cuotas de mercado y por tanto los índices de concentración, fueron calculados para las ventas y/ o producción de cigarrillos en todos o cada uno de los mercados que se citan (La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Sucre, Tarija y Trinidad); para las ventas y/o comercialización en el mercado mayorista; para las ventas y/ o comercialización en los mercados minoristas, incluyendo las importaciones; para todos los tipos, marcas y procedencia de los cigarrillos, etc.





Sobre el mismo particular, llama la atención que en el Informe Técnico 109, previamente al análisis de mercado relevante se establecen las cuotas de mercado supuestamente sobre volúmenes de producción e importación de cigarrillos de manera general, cuando la doctrina y la legislación vigente señala una ruta de causalidad contraria, es decir, primero se debe definir el mercado relevante para luego medir las cuotas de participación en dicho mercado. Asimismo, cuando se concluye sobre la participación de CITSA, se hace referencia a los fumadores que consumirían productos de la empresa, añadiendo mayor confusión a los términos en los que fueron calculadas las cuotas de mercado. La definición clara y precisa del mercado relevante es absolutamente determinante para el presente caso, ya que como ocurre en el segmento (premium al que nos referimos anteriormente, el competidor inmediato de CITSA posee la mayor cuota de mercado, lo que puede verificarse en los datos de volúmenes de ventas registrados en los últimos años.

Por otra parte, la relación de causalidad expuesta por la AEMP respecto a la supuesta cuota de mercado de CITSA del 92% y, por tanto, el poder de mercado que detentaría esta empresa, parece obviar, no solamente los fundamentos que expone la teoría económica y el derecho de la competencia, sino también lo dispuesto por la normativa reglamentaria. De acuerdo al numeral 1 del artículo 13 de la RM 190, cuyo nomen iuris indica "Determinación del Poder del Mercado", establece que para considerar que un agente económico posee poder de mercado, debe ser capaz de fijar precios unilateralmente o restringir la oferta sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder. En este sentido, en la normativa prevalece la necesidad de efectuar un análisis cualitativo sobre la sola consideración cuantitativa de la cuota de mercado, concordante con los conceptos económicos expuestos anteriormente.

Al respecto, es importante señalar que el mercado de cigarrillos en varios de sus segmentos posee altos grados de desafiabilidad, es decir, que ante la posible existencia de rentas extra marginales se generará una rápida incorporación de competidores al mercado -importadores con bajos costos hundidos y de salida- .

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que en estos mercados la presencia de competencia desleal representada por el contrabando, que tiene indicadores considerables como el volumen de incautaciones a ser presentados en el periodo de prueba, es significativa, lo que representa una amenaza constante para las empresas legalmente constituidas de ver desplazada su demanda.

En cuanto a la consideración de la AEMP de que el IHH se constituye en prueba fehaciente de la existencia de poder de mercado, debe tomarse en cuenta que estos índices representan una herramienta para medir la concentración del mercado y su distribución y, en ningún caso están diseñados para medir por sí mismos el poder de mercado.





Tomando en cuenta todo lo anterior, al no haberse observado todos los elementos necesarios para hacer un análisis económico, no es posible determinar la vulneración que las conductas identificadas, pudieran haber ocasionado al bien jurídicamente tutelado.

2.3.3 Efectos sobre la competencia

En este punto, se analizará la supuesta conducta anticompetitiva de CITSA y la contravención al numeral 1 del artículo 11 del D.S. 29519, que textualmente señala:

"Artículo 11°.- (Conductas anticompetitivas relativas) Se consideran conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar, distribuir bienes, prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;..."

Desde de la doctrina económica y de derecho de la competencia, los actos a los que se refiere el numeral 1 del artículo 11 de la norma reglamentaria citada anteriormente, corresponden a los denominados "Actos Verticales", que son aquellos que pueden darse entre empresas que no compiten entre sí, sino que se encuentran en distintos niveles de la cadena de valor (p.ej. productores y distribuidores).

El presupuesto inicial de la teoría de organización industrial, indica que las motivaciones que conducen a las empresas a integrarse con otras, responden al propósito de reducir costos y ganar eficiencia. En un esquema de integración en el que las partes mantienen su autonomía, surgen una serie de "restricciones verticales" que regulan el comportamiento de los agentes económicos involucrados y permiten ahorros en costos de administración y costos de transacción (costos de búsqueda del proveedor o del cliente, costos de Negociación de contratos entre partes, costos ligados con la incertidumbre acerca de posibles incumplimientos y costos ligados a comportamientos oportunistas, entre otros). Asimismo y como sostiene Germán Coloma en sus Apuntes de Organización Industrial (Universidad del CEMA), los actos verticales pueden constituirse como mecanismos necesarios para que un productor acceda a efectuar ciertas inversiones en capacitación y equipamiento en empresas distribuidoras, cerciorándose - a partir de un contrato de exclusividad, por ejemplo- de que ésta última no se aproveche de

PEMA
VºBº
Eduardo
Gonzalez S.
D.C.D.N.
Rep.
Mora C.
D.C.D.N.
PEMA
VºBº
Taboada P.
DESP

PEMA
VºBº
Taboada P.
DESP



esas inversiones para encarar la distribución de otros productores (comportamiento oportunista y de aprovechamiento gratuito - free riding).

No obstante, los actos verticales pueden servir como instrumentos para incrementar el poder de mercado de las empresas. En este caso, debe ser evidente la intención de fijar o influir en los precios de modo de obtener márgenes entre precio y costo marginal mayores, creando de este modo poder de mercado o ejerciéndolo de manera más efectiva. Otra posibilidad, es que a través de actos verticales se intente excluir o perjudicar a competidores reales o potenciales en su concurrencia al mercado.

En todo caso, los efectos de los actos verticales sobre la competencia o la ganancia en eficiencia, deben ser evaluados -tal como se dispone en el artículo 12 del DS 29S19- para determinar si los mismos son pasibles de prohibición o sanción.

Utilizando el marco teórico expuesto, a continuación se analizarán los argumentos expuestos en la RA 102, con los que se fundamentó el traslado de cargos a CITSA por incumplimiento al numeral 1 del artículo 11 del DS29519, especialmente con relación a las figuras de exclusividad territorial y de producto.

De acuerdo al análisis técnico señalado en la RA 102, la AEMP presume la existencia de cláusulas de exclusividad de territorio y producto dentro de los contratos suscritos por CITSA y sus distribuidores. Estas cláusulas conducirían a una conducta de exclusividad descrita como práctica anticompetitiva de acuerdo al artículo 11, numeral 1 del DS 29519.

Al respecto, en primera instancia cabe resaltar un elemento que resulta esencial en el análisis de la ocurrencia de las conductas anticompetitivas relativas identificadas, y es que la Resolución de formulación de cargos, parte del supuesto de que CITSA como productor e importador de cigarrillos, vendería sus productos a los distribuidores independientes, para que éstos a su vez los distribuyan y comercialicen (revendan), asignándoles para el efecto, zonas exclusivas de distribución, evitando de esta manera la competencia entre distribuidores, y por lo tanto evitando la competencia "intra marca".

Sin embargo, corresponde manifestar que este presupuesto es erróneo, debido a que la forma en la que CITSA opera para la puesta en el mercado de sus productos, si bien es a través de distribuidores independientes, a éstos no se les vende el producto, sino que proceden a realizar la venta por cuenta y nombre de CITSA, a cambio de un porcentaje de la venta, y proceden por tanto a entregar las correspondientes notas fiscales (facturas) de CITSA, es decir, dosificadas por CITSA, impresas por CITSA, con el NIT de CITSA y datos de CITSA, como bien lo regula la normativa tributaria en la R.A. 05-0039-99 en cuyo numeral 7) indica:





"Aclárese, son comisionistas para fines del tratamiento tributario previsto en la Ley N° 843 (Texto Ordenado Vigente) y disposiciones conexas, las personas naturales o jurídicas, que realicen actividades por cuenta de terceros (Empresas Unipersonales, Empresas Jurídicas), facturando a nombre de estas empresas y percibiendo por esta tarea de intermediación una comisión, la cual debe estar respaldada por la factura, nota fiscal o documento equivalente que obligatoriamente emite el comisionista".

Este tipo de relación contractual existente entre CITSA y sus distribuidores, es denominada en términos más precisos como un Contrato de Agencia (que es un tipo de contrato de Distribución en su sentido amplio), cuyo principal elemento diferenciador del contrato de Distribución en su sentido estricto, es justamente la propiedad de los artículos o productos y como consecuencia lógica la traslación del riesgo de la cosa, que en el caso de la Distribución pasan a ser del Distribuidor, a diferencia del Agente que no adquiere la propiedad de los artículos o productos, sino que realiza la comercialización a nombre y por cuenta del productor. A continuación se describen las características y diferencias entre ambas figuras:

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE AGENCIA

a) **Esenciales:** constituyen los elementos que hacen al contrato; ellos son:

Promoción de Negocios: El agente, por cuenta y orden del principal; promueve la concreción de negocios en un territorio determinado.

Independencia: El agente es quien soporta el riesgo de su negocio afrontando sus propios costos y el mantenimiento de su organización con los ingresos provenientes de las comisiones.

Unilateralidad: Ya que su acción promotora se realiza en favor de una sola de las partes que intervienen en la operación y no en favor de ambas.

Estabilidad: Existe un contrato de duración entre el agente y el principal.

Asignación geográfica: El agente tiene asignado un territorio donde promueve; generalmente con exclusividad; los negocios del principal.

b) **Ocasionales:** son aquellos elementos que contribuyen a complementar este contrato.

Exclusividad: Puede o no estar contenida en el contrato. Generalmente lo está.

1. el fabricante/ principal no recurrirá a otros agentes en el territorio asignado.
2. el agente se obliga a no promover otros negocios más que para el fabricante.

Es decir que se limita la libertad de acción de ambas partes.

Representación: El agente representa al productor/fabricante/principal en el territorio acordado pudiendo concluir las operaciones que el mismo promueve. Es decir que para actuar como representante, debe mediar una autorización previa para ello.

En este caso el agente no se limita a realizar el contacto entre las partes; como sería el caso del comisionista; si no que se ocupa de concluir el contrato; realiza un seguimiento hasta la concreción del mismo.

Indemnización: El contrato puede prever la indemnización o no. Se da sólo en el caso de rescisión unilateral o anticipada del contrato; sin causa justificada o sin previo aviso.

c) **Naturaleza Jurídica:**

Mercantil: ya que es un contrato de empresa

Oneroso: ya que las partes acuerdan ventajas recíprocas

Sinagmático: las partes adquieren derechos y contraen obligaciones

Innominado: no se encuentra legislado



| | | |
|--|---------------|---|
| Elementos Esenciales del Contrato de Agencia | a) Esenciales | Promoción de negocios. Independencia. Unilateralidad. |
|--|---------------|---|





| | | |
|--|-----------------------------------|---|
| | | <i>Estabilidad. Asignación Geográfica.</i> |
| | <i>b) Ocasionales</i> | <i>Exclusividad. Representación. Indemnización.</i> |
| | <i>c) Naturaleza Jurídica</i> | <i>Mercantil. Oneroso. Sinalagmático. Innominado.</i> |

CONTRATO DE DISTRIBUCION EN SU SENTIDO ESTRICTO

Por Contrato de Distribución se entiende aquél por el cual el/ principal/productor o fabricante conviene el suministro de un bien final (producto terminado) al distribuidor, quién adquiere el mismo para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización, en una zona determinada, a cambio de un "porcentaje de descuento" sobre el precio de venta del producto.

El Distribuidor contrata con terceros a nombre propio y por su propia cuenta. o sea que concretamente "compra" los bienes al productor y los "vende" asumiendo todos los riesgos de la negociación con los terceros a quienes provee.

Queda en claro que la relación entre las partes se circunscribe a una mera cooperación económica".

Por esta metodología el productor logra que su producción llegue en masa, con mayor facilidad y menor riesgo a distintos lugares y con los más diversos clientes.

En resumen, la distribución, es una actividad económica que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor final.

Naturaleza Jurídica

Mercantil: ya que es un contrato de empresa

Oneroso: las partes acuerdan ventajas reciprocas

Innominado: no se encuentra legislado

Sinalagmático: las partes adquieren derechos y contraen obligaciones

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE DISTRIBUCION

a) En el Contrato de Agencia, "la ganancia" del agente es un porcentaje sobre el precio del producto cuantificado en función del volumen de venta.

b) En el Contrato de Distribución "la ganancia" del distribuidor es la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta.

e) Lo que ambos tienen en común, es que venden mercadería ajena

d) El agente vende por cuenta y orden del principal

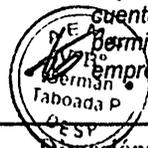
e) El distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta facturando al cliente y lucrando con la diferencia

Del mismo modo, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia al respecto podemos citar lo siguiente:

CONTRATO DE AGENCIA

La Agencia es el contrato por el cual una de las partes (fabricante) encarga a otra (agente) la promoción de ventas por su cuenta y orden en una zona determinada.

Se trata de un contrato que presenta las siguientes características: a) Independencia del Agente. En efecto se trata de un contrato de colaboración entre empresarios con plena capacidad de decisión. En este sentido no se consideran agentes, los representantes de comercio o los viajantes, ni en general las personas que se encuentran vinculadas con el empresario por cuya cuenta actúan por una relación laboral. b) Carácter duradero de la relación mercantil, lo que permite diferenciar este contrato con la comisión e) Actuación del agente por cuenta del empresario con el que está vinculado a través del contrato de agencia. Puede darse la figura del





agente-representante, cuando el empresario atribuye al agente la facultad de concluir operaciones en su nombre, en cuyo caso se producirán los efectos jurídicos de la representación ordinaria, y d) El agente actúa como intermediario, es decir, no asume por lo general, el riesgo en las operaciones que interviene.

No hemos incluido en esta enumeración de las características del contrato la exclusividad, o que es lo mismo, actuar para un solo empresario, pues, aunque en la práctica suele darse con mucha frecuencia, no es esencial.

CONTRATO DE DISTRIBUCION EN SENTIDO ESTRICTO

Son aquellos contratos en los que el productor o fabricante acuerda con el distribuidor el suministro de un bien para su reventa en una zona determinada.

Estos contratos presentan las siguientes características: a) Son contratos celebrados entre empresarios independientes b) Son contratos de duración continuada y c) En estos contratos el Distribuidor actúa por cuenta propia y por tanto asume el riesgo empresarial de las operaciones en que interviene. Esta característica es la que permite la diferenciación entre los contratos de agencia y de distribución y explica también su diferente tratamiento por el Derecho de la Competencia, como mas adelante veremos.

PROHIBICION DE ACUERDOS VERTICALES

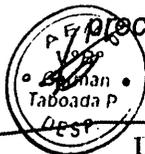
Tan solo quedaran al margen de la prohibición, los contratos de Agencia pues, al ser el agente un mero intermediario que actúa siempre por cuenta ajena sin asumir el riesgo de las operaciones en que interviene, se considera desde una perspectiva económica que no puede hablarse de acuerdo de partes (fabricante y agente

De lo anterior se ha podido establecer de manera clara, la diferencia entre un Contrato de Distribución en sentido estricto y el Contrato de Agencia que es un tipo de Contrato de Distribución en sentido amplio, el cual es el utilizado por CITSA y sus Distribuidores (Agentes).

Es así que dos comercios que se encuentran atendidos por un mismo "Distribuidor" en un determinado territorio, compran el producto de CITSA y no del "Distribuidor" (CITSA es la empresa que les da la factura) a un mismo precio, y tienen por lo tanto la libertad de fijar el precio final al consumidor, por lo que no existe ninguna limitación a la competencia intra marca hacia el consumidor final, mencionada en la formulación de cargos.

Por otra parte, cabe hacer notar que los costos de transporte hacia mercados distantes son asumidos por CITSA, en los que se venden los productos a través de los "Distribuidores" (Agentes) a un precio homogéneo en cualquier parte del territorio nacional, lo que en definitiva beneficia al cliente, característica que estaría ausente si se tratase de un contrato de distribución en el sentido estricto, por el cual el Distribuidor adquiriría el producto y tendría la posibilidad de revenderlo a un mayor precio por ejemplo en lugares distantes aprovechando incluso la asignación geográfica.

Por el contrario, en caso de que CITSA no procediera a asignar territorios referenciales a los "Distribuidores" independientes (Agentes), estos optarían por atender únicamente aquellas zonas que resultan más rentables, dejando desatendido parte del mercado y provocando seguramente un incremento de precios al consumidor final en aquellas zonas poco rentables.





En este tipo de contrato de Distribución que como pudimos revisar es denominado más propiamente "contrato de agencia", el productor, asume los riesgos del negocio, e inclusive los costos asociados a la comercialización y marketing (publicidad, servicios informativos, asesoramiento, capacitación, etc.), además de mantener la responsabilidad sobre el producto hasta llegar al consumidor final. Esto último es particularmente importante en la industria de cigarrillos, debido a que la regulación en temas de salubridad que la rige es especialmente estricta, razón por la cual CITSA debe velar en todo momento por su cumplimiento en toda la cadena, bajo su responsabilidad.

Por lo expuesto, resulta claro que los contratos suscritos con los distribuidores independientes de CITSA fueron suscritos por razones de eficiencia y especialización como parte de su "fuerza de ventas". No obstante, debe advertirse que menos del 25% de la distribución de los productos de CITSA se realiza bajo esa modalidad, ya que más del 75% se la efectúa a través de su propia Fuerza de Ventas, así como su brazo comercial AIDISA, sin que la intermediación de los distribuidores (agentes) implique variación alguna en la política de precios uniforme a nivel nacional. Al respecto, es importante indicar que en el Informe Técnico 109 se hace referencia a la forma de comercialización de los productos de CITSA a través de AIDISA, señalándose que ésta surge de la facultad de CITSA de tomar este tipo de decisiones internas libremente, sin que ello significase una afectación a la competencia.

El establecimiento de algunas previsiones contenidas en los contratos suscritos por CITSA para la distribución y comercialización de sus productos, resultan totalmente legítimas, ya que en términos de racionalidad económica se espera que la empresa tome todos los recaudos necesarios para asegurar que los recursos invertidos en los servicios contratados le aseguren una cierta fuente de rentas. Asimismo, se esperaría que CITSA busque resolver las externalidades horizontales que se generen en sus relaciones verticales, que se expresan por lo general en comportamientos oportunistas del tipo free-rider. En el caso específico, CITSA realiza importantes inversiones en publicidad comercial e informativa y en servicio de suministro, las mismas que podrían ser aprovechados por otros proveedores de cigarrillos si los distribuidores comercializaran productos de las mismas líneas de CITSA, sin que dichos proveedores hubieran incurrido en las inversiones referidas aprovechándose ilegítimamente de sus beneficios. Por tanto, el margen de exclusividad requerido por CITSA, que como se menciona en los contratos aludidos por la AEMP, no es absoluto, sino más bien relativo, busca evitar tales comportamientos oportunistas y de aprovechamiento gratuito.

Si continuamos con este razonamiento, es de esperar que CITSA que produce e importa cigarrillos, al contratar un servicio de distribución o realizarlo por cuenta propia, lo haga para comercializar los productos que produce e importa, aspecto que como se mencionó anteriormente es considerado en el Informe Técnico 109 como una facultad interna de la empresa. Solamente en el caso hipotético de que su giro de negocio fuera el de distribución y



comercialización de cigarrillos, se podría esperar el caso de que la empresa ofrezca este canal a otros agentes y productos competidores.

Al respecto corresponde citar de manera textual lo aseverado en la RA 102 (página 8):

"La exclusividad de producto ocurre cuando un productor insiste en que un distribuidor venda los productos de la marca del productor exclusivamente. Por ejemplo que las agencias de los automóviles 'X' estén prohibidas de vender automóviles distintos a los productos de dicha empresa (La exclusividad en una agencia no infringe la normativa de la competencia.)"

Por lo que al haber quedado demostrado que CITSA tiene suscritos contratos de distribución del tipo Agencia con sus distribuidores, en los que el Agente no adquiere la propiedad de los productos, sino que los vende por cuenta y nombre de CITSA (otorgando la factura con el NIT de CITSA), nos encontramos exactamente con la misma figura del Agente que vende los automóviles por cuenta del productor.

La competencia de CITSA en el mercado de cigarrillos en Bolivia, utiliza canales de Distribución propia, elemento que no fue analizado por la AEMP, y solicitamos expresamente que se lo haga, para demostrar que con la suscripción de este tipo de contratos, no se ha cerrado de ninguna forma los canales para que las empresas puedan competir en el mercado.

Por otra parte, CITSA a partir de la regionalización de la distribución pretende mantener una oferta continua y racionalizada, procurando niveles eficientes de stocks de producto en cada mercado y de esta manera racionalizar sus costos.

Finalmente, el hecho de contar con un número limitado de empresas que le prestan a CITSA los servicios de distribución y comercialización, se apoya también en un prme1p10 de eficiencia, ya que cualquier agente económico racional evitará en lo posible establecer una cantidad numerosa de contrataciones, que le puedan significar desde altos costos de administración y de transacción hasta multiplicar las posibilidades de conflictos de tipo agente - principal. En este último caso, dichos conflictos podrían repercutir negativamente sobre la imagen de la empresa ya que a pesar de tomar todos los recaudos, CITSA está expuesta a los efectos de la selección adversa, ello debido a la posibilidad de que los prestadores de este servicio cuenten con mayor información u oculten ciertas acciones o conductas que puedan no solo perjudicar a CITSA (ineficiencias deliberadas en la distribución), sino peor aún, tengan trascendencia negativa sobre los consumidores, por ejemplo en la distribución de productos reñidos con la legalidad como los de contrabando o, productos falsificados.

Tomando en cuenta que no se realiza la venta de productos al distribuidor, sino que los distribuidores venden el producto por cuenta de CITSA (con la





factura de CITSA), a cambio de una comisión, no existe afectación alguna a la competencia entre distribuidores, ya que los distribuidores se constituyen simplemente en un mecanismo operativo que forma parte de su Fuerza de Ventas, para que CITSA llegue con sus productos al mercado. Como se dijo preliminarmente, la asignación de zonas referenciales para que los distribuidores independientes (agentes) comercialicen los productos por cuenta y nombre de CITSA, responde a un criterio de eficiencia a través del cual se evita que existan mercados desatendidos y consecuentemente se produzca un incremento en precios en zonas alejadas o no rentables.

Queda claro que no existe ninguna afectación a la competencia intra marca, ya que los distribuidores que atienden al mercado por cuenta de CITSA, venden al precio fijado por CITSA y dejan a los Puntos de Venta la libertad de fijar el precio al consumidor final, por lo que dos comercios situados uno al lado del otro atendidos por el mismo distribuidor, pueden competir vía precios. Sobre este punto, el Informe Técnico 109 señala que en el análisis realizado "aparentemente no se estaría requiriendo exclusividad a los puntos de venta", lo que excluye la presencia de prácticas exclusionarias en definitiva y de cara al consumidor final.

Por otra parte, la referencia que se hace respecto a la competencia inter marca que supuestamente sería casi inexistente, es también equivocada y carente de todo fundamento, ya que existen tipos de cigarrillos que por la calidad no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda y por lo tanto no corresponden al mismo Mercado Relevante, lo que hace presumir que la línea de cigarrillos denominados ~Premium" o de alta gama por ejemplo, no están dentro del mismo Mercado Relevante que la línea de cigarrillos de baja gama.

En la línea de gama alta, la Posición de Dominio la ostentaría los cigarrillos importados de la marca Camel, frente a la marca Marlboro que importa CITSA, lo cual significa que la competencia inter marca en este mercado, es mucho más activa que lo indicado en el traslado de cargos.

Más allá de que no existe base económica ni legal para considerar que se afecta la competencia intra marca con el esquema de distribución descrito (agencia), evidenciamos una vez más, que no se ha procedido a realizar una definición correcta del Mercado Relevante, lo cual afecta integralmente en el análisis realizado en el presente traslado de cargos.

Es oportuno también valorar los posibles efectos negativos que puede generar la exclusividad territorial, y al respecto corresponde mencionar, que en el presente caso y con el esquema de distribución en el que el distribuidor vende los productos por cuenta ajena, el distribuidor (agente) no tiene la libertad de fijar los precios al punto de venta, por lo que no puede abusar de un supuesto poder monopolístico.





*Por otra parte respecto al supuesto Cierre de mercado para potenciales distribuidores, en primera instancia corresponde mencionar que en este punto se está analizando un Mercado Relevante distinto, que sería intuitivamente el mercado de Distribución de Productos Masivos, y se estaría precautelando la posibilidad de las empresas distribuidoras de ingresar en este mercado y de realizar sus actividades de distribución de manera libre. Al respecto, cabe mencionar que las empresas distribuidoras pueden realizar su actividad de distribución de la diversa gama de productos disponibles en el mercado nacional, que van más allá de los productos de CITSA, para lo cual no necesitan de una inversión específica o adicional y por lo tanto lo pueden hacer de manera libre, y por su lado CITSA tiene la libertad de contratar a los Distribuidores (agentes) que estime conveniente, bajo sus propios criterios de eficiencia, y no está obligada a contratar a todos los distribuidores disponibles en el mercado. El hecho de que CITSA por causa diversa decida no contratar los servicios de una empresa Distribuidora para que venda sus productos a cambio de un porcentaje de la venta, no implica un **cierre del mercado para que ésta pueda ofrecer sus servicios a cualquier otra empresa proveedora de productos.***

*Resumiendo, los recaudos adoptados por CITSA en su relación vertical con otras empresas, **además de no representar ninguna conducta o intención anticompetitiva, no solamente precautelan de forma legítima sus intereses, sino que, en términos económicos, incrementan el bienestar del consumidor, ya que sus acciones permiten una provisión más óptima y eficiente (menores costos y mayor cobertura al mismo precio), aspecto que se enmarca claramente en lo dispuesto por el numeral II. del artículo 12 del DS 29519.***

CONSIDERANDO: (Análisis Económico)

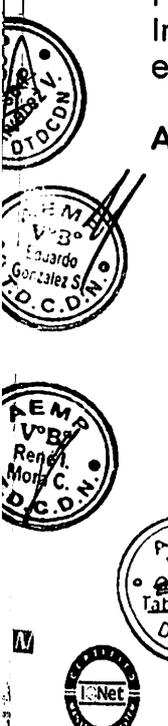
Que, de acuerdo al análisis técnico económico efectuado a los antecedentes del Procedimiento Sancionador iniciado por la AEMP contra la empresa CITSA, se emitió el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/Nº 0185/2012 de 28 de noviembre de 2012, que establece lo siguiente:

Análisis Económico de los descargos de CITSA

3. SOBRE LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

3.1. OBSERVACIONES A LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE COMPETENCIA

La empresa CITSA en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012 rescata del Manual de Prácticas Anticompetitivas utilizado por la AEMP, los "tres pasos que debe cumplirse para efectuar un análisis económico de la competencia", indicando erróneamente que estos son los pasos "necesarios" o "indispensables" que "deben" cumplirse para realizar análisis económico de la competencia "para evaluar la existencia de prácticas anticompetitivas sancionables".





Al respecto, cabe señalar que el Manual de Prácticas Anticompetitivas es un instrumento analítico utilizado por la AEMP que sirve para analizar, valorar y resolver temas referidos a la defensa de la competencia y la aplicación de prácticas competitivas en el mercado nacional, es en ese sentido que los pasos enumerados para efectuar un análisis económico de la competencia deben ser valorados, pero de ninguna manera debe considerarse estos aspectos como requisitos "indispensables" a ser cumplidos para poder realizar un análisis económico de la competencia.

Además de la errónea interpretación realizada por la empresa CITSA en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012 respecto a la necesidad de cumplir con los pasos utilizados para examinar la posible existencia de prácticas anticompetitivas, resaltar que en ninguna parte del mencionado manual se señala que estos pasos son "*indispensables para evaluar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas sancionables*", esta es una interpretación propia de CITSA presente en su memorial de descargos carente de fundamento, que amerita mayor análisis por parte del área legal.

Los pasos citados según CITSA en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012, para efectuar un análisis económico de la competencia son los siguientes:

"Paso 1: Evaluación de la existencia de un Mercado Relevante que sea definido de forma razonable y si la operación bajo investigación entraña una elevada cuota de mercado.

Paso 2: Ante la existencia de un Mercado Relevante razonable dentro del cual la empresa investigada pudiera ser dominante, entonces será necesario realizar un análisis completo de los efectos económicos de la práctica sometida a examen.

Paso 3: Demostración de un daño significativo a la competencia como efecto de la práctica investigada, y del efecto económico adverso causado por dicha práctica comercial".

Omitiendo los errores de interpretación en los que incurrió CITSA respecto a una supuesta figura tácita de cumplimiento de los pasos del análisis económico de la competencia para evaluar prácticas anticompetitivas **sancionables**, corresponde señalar que los pasos fueron valorados y plasmados por la AEMP en la RA N° 102/2012, como se evidencia a continuación:

3.1.1. Primer paso

"Evaluación de la existencia de un Mercado Relevante que sea definido de forma razonable y si la operación bajo investigación entraña una elevada cuota de mercado".

Que el mercado relevante sea determinado de manera razonable, implica que:

- i. Sea consistente con los conceptos de sustitución por el lado de la demanda y de la oferta.

Análisis de las características relevantes que determinan la demanda de los productos.



- iii. Las suposiciones de poder de mercado, han sido reafirmadas con estudios de concentración o de ganancias.

Respecto al punto i) relacionado con la sustitución por el lado de la demanda y de la oferta, indicar que la sustitución por el lado de la oferta fue considerada en la RA N° 102/2012, al valorar las barreras de entrada presentes en el mercado de los cigarrillos, toda vez que: *“Las barreras de entrada pueden entenderse como las desventajas de posibles entrantes respecto a empresas establecidas en el mercado...”*, es decir que, estas barreras de ingreso permitirán determinar el grado de contestabilidad que rivales potenciales tendrán por el lado de la oferta.

La presencia de barreras de ingreso determinadas en la RA N° 102/2012 como ser: sistema de distribución selectiva, costos hundidos, economías de escala, integración vertical y licencias exclusivas *“...permitirían prolongar la posición privilegiada de CITSA en el mercado de cigarrillos, y facilitarían además posibles incrementos de precios en el mencionado mercado...”*, es decir que, no existiría una contestabilidad por el lado de la oferta que permitiese ofertar productos sustitutos en el corto plazo.

Por el lado de la demanda, se estableció en la RA N° 102/2012 que el cigarrillo *“...presenta una demanda sumamente específica por parte de los consumidores, debido principalmente a uno de sus componentes activos que actúa sobre el sistema nervioso, la nicotina, no existiendo sustitutos suficientemente cercanos desde el punto de vista de los demandantes”*, por lo tanto, se estableció que no existen productos sustitutos próximos a los que pudiesen acudir los consumidores de cigarrillos.

Respecto al punto ii) sobre las características relevantes que determinan la demanda de los productos, señalar que la característica principal por la que los cigarrillos son demandados se debe a la presencia de nicotina (aspecto determinado en la RA N° 102/2012). En ese sentido, se entendería que todos aquellos cigarrillos que poseen nicotina son productos que pueden ser demandados como sustitutos, precisamente como se determinó en la RA N° 102/2012 (sin hacer una diferenciación de cigarrillos “rubios”, “negros” u otras características secundarias).

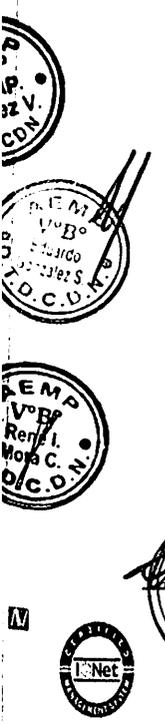
Respecto al punto iii) relativo a que suposiciones de poder de mercado sean reafirmadas con estudios de concentración o ganancias, señalar que en la RA N° 102/2012, se realizó un análisis de concentraciones que determinó que el mercado de cigarrillos se encuentra altamente concentrado, con un peso proporcionalmente mayor para la empresa CITSA que permite reafirmar el poder de mercado de dicha empresa.

Por lo tanto en base a los tres puntos anteriores, podemos decir que el mercado relevante fue definido de forma razonable y que la empresa objeto de investigación (CITSA) presenta una elevada cuota de mercado.

3.1.2. Segundo paso

“Ante la existencia de un Mercado Relevante razonable dentro del cual la empresa investigada pudiera ser dominante, entonces será necesario realizar un análisis completo de los efectos económicos de la práctica sometida a examen”.

Germán Taboada P.
DESP





Según Davis y Graces (2010)¹, las restricciones verticales (ej. Exclusividad producto y territorio) se pueden analizar tanto cualitativa como cuantitativamente, analizando la posibilidad de que dichas restricciones cierren el mercado y/o dañen al consumidor, versus, los beneficios que se puedan estar generando en favor del consumidor. Por otra parte, los mismos autores señalan que la mejor manera de evaluar las restricciones verticales es por la vía del análisis cualitativo.

En la RA N° 102/2012 se presenta un análisis cualitativo de los efectos económicos que las prácticas anticompetitivas identificadas tienen en la red de distribuidores comisionistas, entre los aspectos más relevantes cabe señalar que: *"Restricciones verticales de exclusividad de producto y territorio, al margen de la posible afectación al eslabón de la distribución vía eliminación de la competencia intra-marca²... presentan un posible efecto de desplazamiento o exclusión³ de la competencia en el eslabón de la producción, vía generación de barreras de ingreso"*.

En presencia de asimetrías estratégicas entre productores posicionados en el mercado y productores entrantes al mercado, y donde se presentan imperfecciones de mercado, las restricciones verticales pueden ser consideradas anticompetitivas porque pueden en el corto plazo disuadir de manera exitosa el ingreso de competidores y proteger ingresos monopolísticos en el largo plazo.⁴

Otro efecto económico analizado en la resolución de la AEMP, está relacionado con el hecho de que la eliminación de ventas activas y pasivas en territorios distintos a los asignados, afecta la independencia de los distribuidores **comisionistas afectando la competencia en dicho eslabón**, aspecto que se ve agravado si se considera que las restricciones exigidas están dirigidas a una **red de distribuidores comisionistas** y que por ello el efecto anticompetitivo será mayor en el mercado.

3.1.3. Tercer paso

"Demostración de un daño significativo a la competencia como efecto de la práctica investigada, y del efecto económico adverso causado por dicha práctica comercial".

Las restricciones verticales que frecuentemente han sido encontradas anticompetitivas después de un análisis por medio de la *regla de la razón*, son aquellas que incluyen restricciones territoriales y exclusividad de producto⁵.

Es por ello que no es de extrañarse que si bien la normativa de la Comunidad Europea permite a empresas con cuotas de mercado menores al 30% realizar ciertas restricciones verticales que pueden generar ganancias en eficiencia, no permite a dichas empresas realizar restricciones verticales "duras" como ser **restricciones territoriales**, toda vez

¹ Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Davis & Graces 2010, (pag.502)

² Reducir la competencia entre distribuidores de la misma marca

³ Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts; Hesselink, Rutgers, Bueno Díaz, Scotton y Veldman, 2006 (pag. 303)

⁴ Competition, Innovation, and Antitrust; Federico Etro 2007 (p.176)

⁵ Antitrust Law and Enforcement, Douglas Broder 2010 (pag 57)





que estas derivan en una división del mercado por territorio⁶ y limitan la competencia intra marca, ni hablar de empresas con cuotas superiores al 30%.

Es decir que a empresas con cuotas de mercado superiores al 30% del mercado, no se les permite la aplicación de restricciones verticales (ej. Exclusividad de territorio y producto), porque estas prácticas realizadas por empresas con amplias cuotas de mercado generan efectos anticompetitivos que no se ven justificados de ninguna manera por posibles ganancias en eficiencia.

El análisis realizado en la RA N° 102/2012 respecto a las cláusulas de exclusividad (territorio y producto) presentes en los contratos de la empresa CITSA con los distribuidores comisionistas, encontró indicios de que estas serían usadas como estrategias que reducen la competencia al excluir al rival del mercado de distribución de cigarrillos (conocidas como cierre del mercado), limitan la competencia intra marca, y distorsionan el precio de los cigarrillos, estas situaciones se agravarían debido a la elevada cuota de mercado de CITSA (92%) que invalidaría todo criterio de eficiencia atribuido a las restricciones verticales.

3.2. PRESUNTA IDENTIFICACIÓN EQUIVOCADA DEL MERCADO RELEVANTE

Como se determinó previamente, el mercado relevante fue definido de forma razonable en el RA N 102/2012, sin embargo, se a continuación se realiza un análisis más detallado de los dos aspectos que conforman el mercado relevante, el mercado geográfico y el mercado producto.

3.2.1. Mercado geográfico

De acuerdo al argumento de la empresa CITSA presentado en memorial de fecha 4 de octubre del 2012, la importancia de la delimitación de la dimensión geográfica *"...radica en la delimitación del espacio geográfico en el que las empresas involucradas en el análisis de competencia realizan sus operaciones. Este aspecto es relevante debido a que cada empresa hace frente a la competencia en función al punto de venta rival que tiene más cerca, según aumenta la distancia entre los puntos de venta, cada uno de ellos está menos condicionado por la competencia de los rivales. En este marco, la dimensión geográfica del mercado puede tener un alcance local, regional, nacional e inclusive internacional"* (las negrillas son nuestras).

Concordante con el punto anterior, la AEMP señaló en la RA N° 102/2012 que *"el mercado relevante geográfico es el área donde las partes hacen negocios y en el cual los bienes están sujetos a condiciones de competencia homogéneas"*⁷, considerando que *"el área en la que la empresa CITSA realiza sus negocios, engloba los departamentos⁸ de: La Paz, Potosí, Trinidad, Santa Cruz, Chuquisaca, Oruro, Cochabamba y Tarija"*, se determinó como mercado geográfico dichas zonas de influencia.

⁶ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 1, pag. 31)

⁷ Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 23)

⁸ Contratos de distribución remitidos por CITSA y AIDISA, e información adjunta a memorial de fecha 5 de octubre de 2011 remitido por





La empresa CITSA señala que para delimitar la dimensión geográfica (mercado geográfico) del mercado relevante se debería haber usado la prueba del monopolista hipotético (SSNIP) y que con ello se habría identificado "...el territorio mínimo, que al estar concentrado en manos de un solo vendedor, permitiría que los precios aumenten de forma no transitoria en más de un 5%". Es decir, que CITSA trata de dar un carácter absolutista al análisis del monopolista hipotético para determinar el mercado geográfico relevante.

Al respecto indicar que si bien el uso del test SSNIP para la determinación del mercado geográfico relevante es un método ampliamente utilizado, este no es el único método utilizado para determinar el mercado geográfico y que el análisis realizado es de igual manera válido.

La medición del patrón comercial puede ser utilizada para considerar si dos zonas pueden representar un mercado geográfico relevante, para ello basta con considerar si existe un **amplio tráfico comercial** entre ambas zonas, entonces dichas zonas deben ser consideradas parte de un **mismo mercado geográfico**. La capacidad de importación de cigarrillos como bienes sustitutos a los ofertados por CITSA, se ve limitada por los requisitos no arancelarios vigentes en la normativa boliviana, como ser que las cajetillas importadas tengan impreso en la cajetilla, en idioma español la leyenda de que "SE HA ESTABLECIDO QUE FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD", considerándose una inobservancia a la norma el hecho de que dicha leyenda se encuentre "impresa en el envoltorio de celofán o polipropileno u otro revestimiento que no sea la cajetilla del cigarrillo"⁹. El reducido tráfico comercial que representa la importación de cigarrillos (8%) refuerza aun más el hecho de que mercado geográfico es aquel determinado por la AEMP.

Otro análisis que valida el mercado geográfico determinado por la AEMP como "el área en la que la empresa CITSA realiza sus negocios, engloba los departamentos¹⁰ de: La Paz, Potosí, Trinidad, Santa Cruz, Chuquisaca, Oruro, Cochabamba y Tarija", es el análisis de **correlaciones de precios**¹¹ entre distintas zonas, el cual determina que una alta correlación de precios del producto relevante (cigarrillos) en dos zonas distantes podría señalar que estas zonas participan de un **único mercado geográfico relevante**.

Considerando que de acuerdo a lo expresado por CITSA en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012, los productos (cigarrillos) comercializados por dicha empresa, se vende "...a través de los "Distribuidores" (Agentes) a un **precio homogéneo en cualquier parte del territorio nacional**", se entiende que existe una **correlación perfecta** (precio homogéneo) entre los precios de venta de los cigarrillos a nivel nacional, por lo que todos los departamentos en los cuales CITSA comercializa sus cigarrillos representan un **único mercado geográfico relevante** (como lo determino la AEMP en la RA N° 102/2012).

⁹ DECRETO SUPREMO N° 27053

¹⁰ Contratos de distribución remitidos por CITSA y AIDISA, e información adjunta a memorial de fecha 5 de octubre de 2011 remitido por

CITSA. *El Marea* una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio, Figari, Nuñez y Zúñiga, 2004





Finalmente, un test de medición del patrón de comportamiento de los flujos comerciales ha sido desarrollado por Elzinga y Hogarty¹² mediante el uso de dos índices: LIFO (little in from outside) y LOFI (little out from inside). Según el test, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.

Las condiciones requeridas por el test de Elzinga y Hogarty se cumplen en el presente caso, ya que únicamente un 8% de cigarrillos es importado para el consumo en Bolivia, sin que existan productos elaborados por CITSA que sean transportados fuera de Bolivia para su comercialización, y considerando que un 100% de los cigarrillos producidos por CITSA (único productor en Bolivia) son consumidos en Bolivia. Por lo tanto el mercado geográfico relevante, sería aquel determinado por la AEMP en la RA N° 102/2012.

3.2.2. Mercado Producto

La AEMP en la RA N° 102/2012 señaló que: *"El Mercado relevante del producto normalmente consiste del producto o servicio en cuestión, y todos los productos o servicios considerados por los consumidores como sustitutos para ellos, en virtud a sus características, precio y uso"*¹³. Por lo tanto, como se planteó en la RA N° 102/2012 aquellos cigarrillos que poseen nicotina son productos que pueden ser demandados como sustitutos por los consumidores.

De acuerdo a un argumento de la empresa CITSA, presente en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012, *"para determinar el grado de sustitución debe acudir a estudios específicos de la demanda, series históricas de precios, estimaciones de elasticidades precio y cruzadas, encuestas a consumidores, etc., aspectos que como se verá más adelante, fueron en su mayoría obviados en el análisis técnico"*. Al respecto señalar que en materia de Defensa de la Competencia, tanto los análisis cualitativos (utilizados por la AEMP), como aquellos cuantitativos son plenamente aceptados para la determinación del mercado producto.

Sin embargo, con la finalidad de demostrar que el mercado producto se limita al tabaco (cigarrillos), basta con rescatar los resultados obtenidos en la RA N° 102/2012 correspondientes al SSNIP (prueba del monopolista hipotético), los cuales determinaron que CITSA posee la capacidad de incrementar precios de manera significativa entre un 5 y 10 %, sin que ello afecte la demanda de sus cigarrillos y menos aun sus ingresos.

Si bien los resultados del SSNIP coadyuvaron a la determinación del poder de mercado de CITSA en la RA N° 102/2012, estos datos pueden de igual manera ser utilizados para

¹² Elzinga y Hogarty (1973, p 45)

¹³ EU Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 24). *"The relevant product market normally consists of the product or service in question and all products or services considered by the consumer to be substitutable for them, in view of their characteristics, price and intended use"*.



señalar que el mercado de los cigarrillos es el mercado producto, toda vez que se ha demostrado que no existen sustitutos que contrarresten incrementos de precios significativos y no transitorios realizados por CITSA (incrementos superiores al 5% han permitido a CITSA incrementar sus ingresos en un 11%).

Respecto a la observación de CITSA de que para valorar el mercado producto es preciso considerar "i) *¿En qué medida es posible que los consumidores sustituyan el producto ofrecido por una empresa por otros similares?* - sustitución por el lado de la demanda- y, ii) *¿En qué medida es posible que otros productores puedan sustituir o incrementar la producción de productos similares?* - sustitución por el lado de la oferta-", señalar que en la RA N° 102/2012 fue considerado el grado de contestabilidad que rivales potenciales tendrán en el mercado por el lado de la oferta, y por el lado de la demanda, se estableció que no existen productos sustitutos próximos a los que pudiesen acudir los consumidores de cigarrillos (ver punto 3.1.1.).

Otro argumento utilizado por CITSA en lo que se refiere al mercado producto, es que en el informe técnico sobre el que se basa la RA N° 102/2012 omite "...aspectos básicos y fundamentales que debieron ser tomados en cuenta al definir el mercado relevante en la dimensión del producto", como ser la categorización de los cigarrillos como "rubios" y "negros" , "ello debido a que no solo existe una sustancial diferencia en su proceso de producción y costos, sino también en los grupos y preferencias de quienes los consumen, tanto así que el grado de sustituibilidad (elasticidad cruzada) es muy bajo y casi nulo".

Al respecto señalar que la teoría de Defensa de la Competencia no considera un aspecto "básico" ni "fundamental" el realizar la segmentación de un producto tratando de dividir el análisis (como sugiere CITSA), sino todo lo contrario ya que busca que se incorpore en el análisis no solamente el producto en cuestión, sino también "**todos los productos o servicios considerados por los consumidores como sustitutos para ellos**"¹⁴. Es decir que, corresponde incorporar en el mercado producto todos los tipos de cigarrillos que representan sustitutos para los consumidores, tal y como lo realizó la AEMP en la RA N° 102/2012.

Al margen del incorrecto análisis realizado por CITSA respecto a que el mercado producto requiere básicamente un análisis segmentado de los cigarrillos, es preciso resaltar la **total falta de fundamentación técnica** por parte de CITSA al momento de afirmar que "...el grado de sustituibilidad (elasticidad cruzada) es muy bajo y casi nulo" entre los cigarrillos "negros" y "rubios", toda vez que, al requerimiento¹⁵ realizado por la AEMP de la documentación que respaldaba dicha afirmación, CITSA respondió que se habría solicitado a la empresa consultora RUIZMIER CONSULTING & RESEARCH SRL la realización de un estudio para **determinar la elasticidad precio cruzada** de la demanda entre cigarrillos rubios y negros. Es decir que no poseían ninguna documentación que respaldase esta supuesta elasticidad cruzada "baja o casi nula" entre los cigarrillos negros y rubios sino que recién se habría pedido su elaboración.

¹⁴ Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 24).

¹⁵ Realizado mediante Auto de apertura de término probatorio de fecha 5 de octubre de 2012.





En el Manual de Prácticas Anticompetitivas se menciona *"En la práctica se han empleado dos criterios complementarios y estrechamente relacionados entre sí para determinar el mercado pertinente del producto; es decir, el carácter razonablemente intercambiable del uso y la elasticidad cruzada de la demanda."*

Según el enfoque del Marketing: *"El producto se compra por los problemas que resuelve, centrado en las necesidades del Cliente"*¹⁶. Es decir que un Producto tiene por objetivo el de cubrir las necesidades del cliente o del consumidor mediante la compra del mismo.

La empresa CITSA en su memorial de Descargos de fecha 4 de octubre del 2012, señaló que en la industria de cigarrillos la primera distinción que se realiza obedece a la naturaleza de la materia prima "Tabaco" y a partir de ella se clasifican en "rubios" y "negros". Esta diferenciación no elimina el hecho de que el Cigarrillo es un producto Funcional¹⁷, es decir, tienen la función concreta de solucionar problemas o en este caso de satisfacer una necesidad de los consumidores siendo este motivo suficiente para su consumo (carácter intercambiable del uso) dejando de lado el precio, marca, característica intrínsecas y extrínsecas.

Finalmente, es preciso resaltar el hecho de que la definición del mercado relevante - tanto en su dimensión de producto como geográfica- no resulta un fin en sí mismo sino que es un instrumento para evaluar el posible impacto anticompetitivo de la conducta investigada en cada caso en particular.

3.3. CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE Y PODER DE MERCADO

De acuerdo a lo expresado por CITSA en memorial de fecha 4 de octubre del 2012, el análisis económico para determinar el poder de mercado de una empresa, *"...debe considerar las posibilidades de la empresa con una alta cuota de mercado, de elevar sus precios sin que pierda clientes, sin que sus competidoras introduzcan al mercado productos similares y sin provocar que nuevos competidores se sumen al mercado para disciplinar los precios"*.

Al respecto, señalar que en la RA N 102/2012 se determinó que la empresa CITSA posee una elevada cuota de mercado 92% en un mercado altamente concentrado (HHI=8528) en el cual CITSA posee la capacidad de incrementar los precios de los cigarrillos de manera pequeña pero significativa y no transitoria, sin que ello represente una pérdida de clientes y por el contrario se observa que este incremento de precios genera un incremento en los ingresos de dicha empresa. Por lo tanto se habría cumplido con el análisis económico planteado por CITSA para determinar el poder de mercado.

La empresa CITSA señala erróneamente que: *"...en la RA 102 de forma reiterada se menciona que CITSA posee poder de mercado en la producción y comercialización de cigarrillos, como consecuencia de una cuota de mercado del 92%"*. Sin embargo, como



Fernando Simonato; Diapositivas de exposición para la maestría de Marketing y Finanzas de la UNIVALLE.
Fernando Simonato; Manual de Marketing Operativo



se detalló en el párrafo anterior el análisis de la AEMP no se limitó a la determinación del poder de mercado de CITSA en base únicamente a su cuota de mercado.

Respecto al argumento presentado por la empresa CITSA de que los resultados del índice IHH "...en ningún caso están diseñados para medir por sí mismos el poder de mercado", indicar que si bien el uso principal que se da a este índice es para evaluar casos de fusiones, también puede ser utilizado para medir el grado de poder de mercado de una empresa, ya que por ejemplo de acuerdo a Massimo Motta (2003) se ha establecido que "...*existe una relación directa entre el grado de concentración industrial y el grado promedio de poder de mercado*"¹⁸, aspecto corroborado por Davis & Garcés (2010), quienes señalan que el índice IHH "es proporcional a la rentabilidad de la industria y por ende puede ser relacionado con el poder de mercado de una empresa"¹⁹.

3.4. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

Como lo señala CITSA en su memorial de fecha 4 de octubre del 2012, las restricciones verticales, pueden promover eficiencia al tratar temas como las restricciones de comportamientos oportunistas o reduciendo costos de transacción²⁰, este es un argumento aceptado por la AEMP puesto que se enmarca en la teoría de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, es preciso resaltar que en presencia de asimetrías estratégicas entre productores posicionados en el mercado y productores entrantes al mercado, y donde se presentan imperfecciones de mercado, las restricciones verticales pueden ser consideradas **anticompetitivas** porque pueden en el corto plazo **disuadir** de manera exitosa el **ingreso de competidores** y **proteger ingresos monopolísticos** en el largo plazo.²¹

Según Davis y Garcés (2010)²², las restricciones verticales se pueden analizar tanto cualitativa como cuantitativamente, analizando la posibilidad de que dichas restricciones **cierren el mercado y/o dañen al consumidor**, versus, los beneficios que se puedan estar generando en favor del consumidor. Por otra parte, los mismos autores señalan que la mejor manera de evaluar las restricciones verticales es por la vía del análisis cualitativo.

El punto de partida para ver si una restricción vertical está haciendo daño (al consumidor/competencia), es identificar el **poder de mercado** del productor (monopolista hipotético).²³ Al respecto señalar que en la RA N° 102/2012 se determinó técnicamente que la empresa **CITSA posee poder de mercado** (ver punto 3.3), es decir que dicha empresa tiene la facultad de hacer daño al mercado.

18 Traducción del texto original: "... there is a direct relationship between the degree of industrial concentration and the average degree of market power". Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 3, pag. 23)

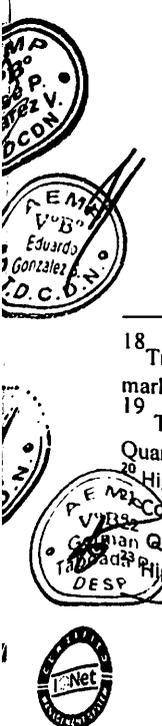
19 Traducción del texto original : "HHI is proportional to industry profitability and can therefore be related to firms' market power". Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis, Davis & Garcés, 2010 (pag. 288)

20 High-Stakes Antitrust The Last Hurrah?; Robert W. Hahn, 2003(pag. 38)

21 Competition, Innovation, and Antitrust; Federico Etro 2007 (p.176)

22 Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Davis & Garcés 2010, (pag.502)

23 High-Stakes Antitrust The Last Hurrah?; Robert W. Hahn, 2003(pag. 38)





De acuerdo a Weil, Wagner y Frank (2001) "la máxima restricción vertical, por supuesto, es tomar control de las firmas que participan en el mercado primario y aquellas del mercado secundario, que es lo que ocurre cuando las firmas están integradas verticalmente"²⁴, se entendería según este análisis que la integración vertical de CITSA con AIDISA representa la máxima restricción vertical posible llevada a cabo por una empresa con poder de mercado.

Esta integración se presenta debido a que industrias altamente dependientes de un canal de distribución, tendrán la tendencia a **integrarse verticalmente** con la finalidad de reducir la incertidumbre contractual²⁵. La integración vertical puede generar efectos anticompetitivos en el mercado²⁶, tales como incentivos para el **cierre del mercado**²⁷ o el **inducir a la colusión**²⁸ entre distribuidores (eliminando la competencia intra marca), o como lo señalo CITSA "...los actos verticales pueden servir como instrumentos para incrementar el poder de mercado de las empresas".

Los contratos de exclusividad (territorio y producto entre otros) pueden usarse como estrategias que reducen la competencia al excluir al rival (conocidas como cierre del mercado) y donde el poder de mercado de un productor es indirectamente incrementado por las estrategias que impiden la entrada, fuerzan la salida o incrementan los costos de un rival. De hecho la repartición de mercado por zonas geográficas, productos o clientes es vista por la legislación Europea como una práctica anticompetitiva²⁹.

Como se observó en el punto 3.1.3. empresas con cuotas de mercado superiores al 30% del mercado, no deben aplicar de restricciones verticales (ej. Exclusividad de territorio y producto), porque estas prácticas realizadas por empresas con amplias cuotas de mercado generan **efectos anticompetitivos que no son justificados de ninguna manera por posibles ganancias en eficiencia.**

Es decir que las restricciones verticales usadas por CITSA bajo el argumento de que estas tienen la finalidad de reducir costos, ganar eficiencias o eliminar comportamientos oportunistas, de hecho son infundadas toda vez que debido a su elevada cuota de mercado (92%) toda restricción vertical realizada por CITSA deberá ser considerada como **práctica anticompetitiva que afecta al mercado negativamente.**

Los efectos que las restricciones verticales tienen en la competencia y en los consumidores fueron analizados en la RA N° 102/2012 y se determinó que estos:

- i. **podrían generar barreras de ingreso a nuevos distribuidores, así como, barreras de ingreso a rivales potenciales de CITSA.**

²⁴ Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Davis & Garces 2010, (pag.504)

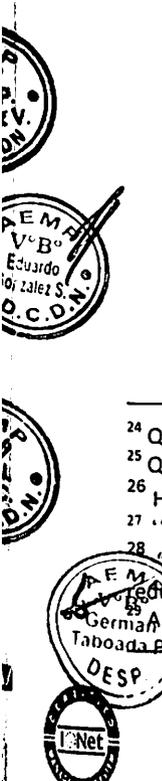
²⁵ Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Davis & Garces (2010)

²⁶ Handbook of antitrust economics, Paolo Buccirossi, 2007 (p 145)

²⁷ "Cierre de Mercado"; es la exclusión de competidores y consecuente monopolización del Mercado

²⁸ "Colusión", Acuerdo entre partes para restringir la participación en una actividad que se realizaría normalmente, con la finalidad de reducir la competencia y generar mayores ganancias.

²⁹ Alberto Vázquez (1997) (p.122)





- ii. podrían reducir la competencia entre marcas de distintas compañías (competencia inter-marcas) ya que, estas clausulas impedirían la comercialización de productos de distintas marcas.
- iii. podrían reducir la competencia interna (competencia intra-marca) de productos de la misma marca entre distribuidores, ya que, estas clausulas impedirían la comercialización de productos de una misma marca en distintos territorios.
- iv. podrían limitar las libertades de los consumidores en el mercado, impidiendo a un cliente, ser atendido por distintos distribuidores y limitaría las libertades de los consumidores al no permitir que productos rivales pudiesen estar a su disposición vía distribuidores independientes.

En memorial de fecha 4 de octubre del 2012, la empresa CITSA señala que la "Resolución de formulación de cargos, parte del supuesto de que CITSA como productor e importador de cigarrillos, vendería sus productos a los distribuidores independientes, para que éstos a su vez los distribuyan y comercialicen (revendan), asignándoles para el efecto, zonas exclusivas de distribución, evitando de esta manera la competencia entre distribuidores, y por lo tanto evitando la competencia "intra marca".

Al respecto resaltar que la RA N° 102/2012 emanada de la AEMP no parte de este supuesto, toda vez que en informe técnico AEMP/DTDCDN/EGS/ N° 0109/2012, de fecha 3 de agosto del 2012, sobre el cual se fundamenta la mencionada Resolución Administrativa, se aclara a los agentes económicos que comercializan (a nombre de CITSA) los productos del proveedor son **distribuidores comisionistas**, es decir que sus distribuidores trabajan por una comisión y no así revendiendo el producto como asevera la empresa CITSA.

En memorial de fecha 15 de noviembre del 2012, CITSA enumera una quincena de empresas distribuidoras con el fin de acuerdo a CITSA de "... demostrar la gran cantidad de empresas dedicadas al rubro de la comercialización y distribución de productos de consumo masivo, todas ellas ciertamente a disposición de cualquier competidor nuestro (presente o potencial)".

Al respecto señalar que ninguna de las empresas presentadas por CITSA comercializa cigarrillos, debido probablemente a las barreras de ingreso identificadas por la AEMP en la RA N° 100/2012.

4. RESTRICCIONES VERTICALES EN EL MARCO DE SUPUESTOS CONTRATOS DE AGENCIA

Mediante memoriales de fecha 15 y 28 de noviembre CITSA presenta prueba que supuestamente demostraría que los contratos suscritos con los distribuidores (comisionistas) en realidad serían contratos de agencia: Libros de ventas, guías de transito, notas de ingreso de inventarios. De acuerdo a CITSA, esta documentación demostraría que no se lleva a cabo una transferencia de propiedad sino tan sólo una "transferencia entre almacenes", elemento propio de un contrato de agencia.





La empresa CITSA respaldada en que los contratos suscritos con los distribuidores (comisionistas) son supuestamente contratos de agencia, acepta en memorial de fecha 4 de octubre del 2012 la imposición de cláusulas de exclusividad (producto y territorio) a las supuestas agencias con las que trabaja.

CITSA argumenta de que si "... no procediera a asignar territorios referenciales a los "Distribuidores" independientes (Agentes), estos optarían por atender únicamente aquellas zonas que resultan más rentables".

Además CITSA argumenta de que si no aplicase una exclusividad de producto, todas las inversiones realizadas por dicha empresa en publicidad comercial e informativa y en servicios de suministros "...podrían ser aprovechados por otros proveedores de cigarrillos si los distribuidores comercializaran productos de las mismas líneas de CITSA, sin que dichos proveedores hubieran incurrido en las inversiones referidas aprovechándose ilegítimamente de sus beneficios".

5. CONSIDERACIONES PARA LA GRADACIÓN DE LA SANCIÓN

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

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

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

El tabaco (cigarrillo) comercializado por CITSA, no presenta sustitutos de origen nacional al ser CITSA la única empresa que elabora cigarrillos en el mercado boliviano, la posibilidad de sustituir este bien mediante importaciones de producto extranjero, se ha identificado como muy reducida, ya que esta únicamente representa el 8% del mercado. es decir que los consumidores de cigarrillos se ven limitados a la hora de encontrara productos sustituto a aquellos comercializados por la empresa CITSA.

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



Se consideraron las restricciones no arancelarias determinadas en el Decreto Supremo N° 27053 de mayo del 2003, restricciones que limitan la posibilidad de importación de cigarrillos. De igual manera se analizaron las licencias de exclusividad de producción y comercialización que posee CITSA de la marca LM y la licencia exclusiva de comercialización de la marca Marlboro, situación que impide a posibles importadores o productores, la elaboración y/o comercialización de estas marcas y por ende limita la competencia.

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

Los costos en los que un consumidor debería incurrir para acudir a otros mercados en los que pudiese acceder a los bienes sustitutos de los cigarrillos producidos por CITSA son elevados y por ende resultan limitativos, razón por la cual esta posibilidad es inviable.

- 4. Las restricciones normativas de carácter local, departamental, nacional o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Se consideraron las restricciones no arancelarias determinadas en el Decreto Supremo N° 27053 de mayo del 2003, restricciones que limitan la posibilidad de importación de cigarrillos.

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

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

Se determinó en RA N°102/2012 que CITSA posee una elevada cuota de mercado (92%), en el mercado de la producción y comercialización de tabaco (cigarrillo), mercado en el cual se demostró vía prueba del Monopolista Hipotético (SSNIP) que dicha empresa puede incrementar precios de manera pequeña pero significativa, sin que ello afecte negativamente su demanda, es decir que no existen empresas rivales actuales o potenciales que contrarresten los mismos.

De igual manera se determinó que ante un desabastecimiento por parte de CITSA al mercado de Sucre (ver punto 8.1.2. del informe técnico AEMP/DTDCDN/EGS/ N° 109/2012), genera una especulación respecto a los precios de venta de los cigarrillos (puntualmente la marca Casino).

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





En la RA N°102/2012 se consideraron las barreras de entrada que pueden alterar la oferta de producto por parte de otros proveedores, como ser: Economías de escala, costos hundidos, licencias exclusivas, integración vertical, distribución selectiva.

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

Se determinó en RA N°102/2012 que si bien existen empresas que compiten con la empresa CITSA, esta competencia es reducida (8%) y se limita a la importación de cigarrillos, ya que no existen empresas que produzcan cigarrillos en Bolivia al margen de CITSA. Por lo tanto, se puede decir que la competencia de la empresa CITSA, carece de poder en el mercado boliviano del tabaco (cigarrillos).

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

En la RA N°102/2012 se consideró la posibilidad de acceso por parte del agente económico y sus competidores a su insumo principal (tabaco), el cual es producido (en las regiones de Mairana y Okinawa) e importado por la empresa CITSA, mientras que las empresas que representan su competencia por lo general importan producto terminado.

5. Su comportamiento reciente;

La presencia de cláusulas anticompetitivas (exclusividad de territorio y exclusividad de producto) en contratos suscritos con distribuidores (comisionistas), denota un comportamiento estratégico que busca perpetuar su poder de mercado en la producción y comercialización de Tabaco (cigarrillo).

Considerados los artículos 12 y 13 de la Resolución Ministerial N° 190, de acuerdo al análisis técnico realizado corresponde calificar las infracciones cometidas por la empresa CITSA con la gravedad media.

Que, a manera de conclusión respecto a la documentación y argumentos presentados por la empresa CITSA a lo largo del procedimiento, el análisis técnico realizado señala lo siguiente:

- Se ha identificado razonablemente el mercado relevante en la RA N° 102/2012, tanto en su dimensión geográfica como de producto.
- Se ha realizado un análisis de concentraciones del mercado relevante en la RA N° 102/2012.
- Se ha determinado que no existen ganancias de eficiencia que contrarresten el efecto anticompetitivo de las restricciones verticales (exclusividad de producto y territorio).
- Se han determinado los efectos negativos que las cláusulas de exclusividad contenidos en los contratos suscritos entre CITSA y los Distribuidores tienen en la competencia y en los consumidores. En este sentido:

Se han generado barreras de ingreso.

Se ha reducido la competencia.

Se ha reducido la competencia interna.





- o Se han limitado las libertades de los consumidores.
- La empresa CITSA acepta la imposición de cláusulas de exclusividad de producto y territorio (restricciones verticales) a través de supuestos Contratos de Agencia.

CONSIDERANDO: (Análisis Jurídico de los descargos de CITSA)

Que, de acuerdo al análisis técnico efectuado de los antecedentes al Procedimiento Sancionador iniciado por la AEMP en contra de CITSA, se emitió el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/Nº 187/2012 de 29 de noviembre de 2012, este informe valora los argumentos presentados por la empresa CITSA de acuerdo al siguiente análisis:

Que, sin perjuicio del análisis técnico efectuado a los todos descargos presentados por CITSA en atención a la Resolución Administrativa RA/AEMP/Nº 102/2012, a través del Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/Nº 187/2012 se efectúa una serie de precisiones respecto a los argumentos vertidos por esta empresa con relación a situaciones procesales y de orden jurídico, de acuerdo al siguiente detalle:

1. La Libre Competencia como bien jurídico protegido.

Que, el primer argumento de la empresa CITSA gira en torno a una supuesta falta de observancia al cumplimiento de los principios rectores en la RA/AEMP/Nº 102/2012, toda vez que según CITSA el bien jurídico tutelado en el presente caso resulta ser el "Interés Económico General", por tanto señala:

"...la evaluación de una conducta presumiblemente anticompetitiva, debe realizarse considerando los efectos que la misma pueda causar sobre el Interés Económico General, el mismo que no se limitaría a un grupo de personas ni a un sector aislado de la producción [...] es importante que la evaluación esté guiada por el principio rector de eficiencia económica (eficiencia productiva, eficiencia asignativa y eficiencia dinámica) [...] Estos preceptos son recogidos en la legislación boliviana en materia de competencia, específicamente en el tratamiento de las conductas restrictivas. En este sentido el artículo 12 del D.S. 29519 de 16 de abril de 2006, establece en su numeral I, que:

*"Para determinar si las conductas a que se refiere el artículo anterior (Artículo 11 sobre conductas anticompetitivas relativas) deben ser sancionadas, la Superintendencia de Empresas (ahora AEMP) **analizará las ganancias de eficiencia de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia**".*

"Como su Autoridad podrá advertir, de todo lo anteriormente señalado, en la parte considerativa y de análisis técnico de la RA/AEMP/Nº 102/2012, este aspecto trascendental y fundamental que guía el propósito de las políticas de competencia no se menciona, ya que al trasladarse los cargos a CITSA se extraña este análisis de





eficiencia sobre las conductas observadas, para determinar si las mismas son sancionables”.

Que, respecto a este argumento, corresponde aclarar en primera instancia que de acuerdo a la normativa vigente el bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho de la Competencia es precisamente la “Libre Competencia”, resultando de su regulación, en primer lugar la libertad de las empresas en el mercado y a colación el bienestar de la sociedad sin que este sea el fin en sí mismo. Asimismo, lo ha establecido el Decreto Supremo N° 29519 que, dentro las consideraciones que la motivan establece lo siguiente:

“Que la competencia como principio rector del funcionamiento de los mercados permite, desde su punto de vista económico, maximizar el bienestar de la sociedad, dado que los consumidores se ven beneficiados con un mayor acceso a bienes y servicios, a precios accesibles y calidad adecuada”.

“Que la competencia es un elemento dinamizador de la economía nacional y la libre competencia es un bien jurídicamente protegido y de orden público, por lo que el Gobierno Nacional está en la obligación de su regulación, a fin de evitar que obstruya la libertad económica controlando e impidiendo que personas o empresas incurran en actos de abuso debido a su posición dominante en el mercado nacional”

Que, en segunda instancia respecto a este primer argumento, corresponde hacer mención al citado artículo 12 del Decreto Supremo N° 29519, que en su párrafo primero señala de forma textual:

“I. Para determinar si las conductas a que se refiere el artículo anterior deban ser sancionadas, la Superintendencia de Empresas analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia.”

Que, dado el artículo descrito anteriormente, corresponde efectuar un análisis del mismo. En este sentido, el artículo señala en primera instancia la existencia de conductas descritas en un artículo anterior, estas son las “Conductas Anticompetitivas Relativas”. A continuación, este artículo señala que para que estas Conductas Anticompetitivas deban ser sancionadas, el ente regulador analizará las ganancias en eficiencia.

Que, este artículo establece una condicionante, pero esta condicionante no está impuesta a efecto del inicio del procedimiento sancionador, ni halla inserto a efecto de la investigación de una empresa en el marco de la defensa de la competencia. Al contrario, esta condicionante se halla descrita en este artículo a efecto de la imposición de una sanción, es así que señala: “Para determinar si las conductas a que se refiere el artículo anterior deban ser sancionadas...”. Por lo que, mal podría la empresa exigir el análisis de este artículo al momento de iniciar el procedimiento sancionador y exigir que su análisis se halle inserto en la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012.

Que, continuando con el análisis, el mismo artículo 12, párrafo I del Decreto Supremo N° 29519, establece como segunda parte de este artículo que: “...la Superintendencia de Empresas analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten



los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia". Es decir que, la AEMP a efecto de establecer si la conducta de la empresa CITSA debe ser sancionada, en primer lugar deberá analizar las ganancias en eficiencia de la empresa, pero no las que determine el ente regulador sino por el contrario, **analizará las ganancias en eficiencia que hubiese acreditado la empresa CITSA**, las cuales de acuerdo al análisis técnico, son menores a los efectos anticompetitivos generados, toda vez que la empresa CITSA posee una cuota de mercado de 92%.

Que, a manera de conclusión respecto a este argumento, corresponde aclarar que las ganancias en eficiencias son analizadas a efecto de establecer si una conducta anticompetitiva relativa debe ser sancionada o no. Asimismo, las ganancias en eficiencia a ser analizadas serán aquellas que la misma empresa acredite en su favor en base a los detalles descritos en el parágrafo II del mismo artículo, justificando que su conducta posee una mayor aportación al bienestar del consumidor que los efectos anticompetitivos.

Que, a tiempo de dar respuesta a este primer argumento propuesto por la empresa CITSA, es preciso señalar nociones que coadyuvan al análisis e investigación de prácticas anticompetitivas por parte de este ente regulador. En este sentido se tiene lo siguiente:

Del Interés Público

Que, para García de Enterría, "se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación"³⁰. Por otra parte, los conceptos jurídicos indeterminados como el Interés Público o General "no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino solo una solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa "apreciación por juicios disyuntivos"³¹.

Que, el interés público "es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformar en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada. Debido a que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, ha de ser concretado por la autoridad"³²

Que por lo anterior, es necesario considerar que la defensa de la libre competencia tiene como bien jurídico protegido la "libertad de competencia", por otro lado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con normas que regulan el tema, como: la Constitución en

³⁰ García de Enterría, Eduardo. "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", Revista Española de Derecho Administrativo Nº 89, 1996, pág. 69

³¹ Pág. 468. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"; Tomo I, Duodécima Edición.

³² Pág. 134 -135; Huerta Ochoa, Carla. "El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional", ensayo académico consultado en el website: www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf



su artículo 314 en la cual se prohíben monopolios, oligopolio privados, como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, por otra parte, se cuenta con el Decreto Supremo N° 29519 en el cual se determina el objeto de regular la competencia.

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

De la Defensa de la Libre Competencia

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

Que, este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes³³.

Que, como bien puede apreciarse de lo señalado precedentemente, la competencia es un bien jurídico protegido y como tal, debe ser resguardado por cada Estado a través de reglas claras y transparentes. En nuestro caso, es el Estado Plurinacional de Bolivia, el encargado de velar por la Defensa de la Libre Competencia en el país y esta política no es aplicada únicamente a nivel nacional ni regional, sino a nivel mundial. Así lo demuestra el texto descrito en la Resolución 35/63 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual establece con grado primordial la defensa de la competencia en Países en vías de Desarrollo.

Que Bolivia, cuenta con una base Constitucional en su historia que prohíbe el Monopolio y la concentración de poder económico, esto se ve reflejado en la **antigua Constitución Política del Estado**, en su artículo 134. Actualmente la **Constitución Política del Estado**, tiene una posición que además de la prohibición de monopolios, prohíbe los oligopolios privados de un servicio o de producción dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, para lo cual el artículo 314 señala de manera expresa:



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



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

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

2. De la Metodología de Análisis.

Que, como segundo argumento de defensa, la empresa CITSA señala observaciones respecto a la metodología del análisis de Competencia contenido en la RA/AEMP/Nº 102/2012, toda vez que no se habrían cumplido las condiciones mínimas para que una conducta sea sancionable, de acuerdo a los siguientes argumentos:

"La Resolución Ministerial 190/2008, reglamenta los procesos de investigación seguidos a Agentes Económicos en el marco del DS 29519 en materia de Regulación de la Competencia.

Los artículos 12 y 13 del referido reglamento, establecen los criterios mínimos que se deben tomar en cuenta, primero en la definición del Mercado Relevante y luego en la determinación del Poder de Mercado del agente o agentes investigados; todo ello para cumplir con las condiciones mínimas necesarias para que una determinada conducta sea sancionable...

...Del mismo modo, el Manual de Prácticas Anticompetitivas publicado por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, aprobado mediante Resolución Administrativa de la AEMP, señala a detalle los pasos necesarios para realizar un análisis económico de competencia, indispensables para evaluar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas sancionables.

Por tanto, definir el Mercado Relevante sin tomar en cuenta de manera adecuada estos criterios de análisis económico, imposibilita evaluar los efectos supuestamente anticompetitivos ocasionados y menos aún es posible ejercer el Derecho de Defensa del cual goza todo administrado.

Al respecto, si bien no existe una metodología universal para el análisis de competencia, la experiencia comparada reflejada plenamente en la normativa nacional, señala los componentes esenciales y procedimientos fundamentales que deben estar presentes en el análisis de competencia en los mercados, de forma tal que éste tenga una rigurosidad mínima en términos de la doctrina económica y de derecho de la competencia.

Estos componentes esenciales señalan que el análisis debe contener al menos como elementos: la identificación del Mercado Relevante, el análisis de concentración en el Mercado Relevante, la evaluación del poder de mercado, la evaluación de la



competencia dinámica y la evaluación de la eficiencia económica y de los beneficios (costos) asociados a la estructura de mercado al adoptar las medidas de promoción y defensa de la competencia.

Coincidentemente con lo anterior, el Manual de Prácticas Anticompetitivas, herramienta técnica con la que cuenta la AEMP para realizar sus análisis de competencia en los procesos de investigación de posibles prácticas anticompetitivas, señala puntual y gráficamente el procedimiento en tres pasos que debe cumplirse para efectuar un análisis económico de la competencia, los mismos que se resumen a continuación:

- *Paso 1: Evaluación de la existencia de un Mercado Relevante que sea definido de forma razonable y si la operación bajo investigación entraña una elevada cuota de mercado.*
- *Paso 2: Ante la existencia de un Mercado Relevante razonable dentro del cual la empresa investigada pudiera ser dominante, entonces será necesario realizar un análisis completo de los efectos económicos de la práctica sometida a examen.*
- *Paso 3: Demostración de un daño significativo a la competencia como efecto de la práctica investigada, y del efecto económico adverso causado por dicha práctica comercial.*

Que, respecto a este argumento relacionado con la metodología de análisis utilizado por la AEMP, la empresa CITSA señala que el ente regulador habría omitido considerar "criterios mínimos" para definir el mercado relevante y así reunir las "condiciones mínimas necesarias" para determinar si una conducta es sancionable. Por otra parte, la empresa refiere que el Manual de Prácticas Anticompetitivas señala los "pasos necesarios e indispensables" para evaluar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas sancionables, acotando por último que la definición del mercado relevante sin tomar en cuenta los criterios de análisis económico, "imposibilita evaluar" los efectos supuestamente anticompetitivos ocasionados.

Que, de los argumentos expuestos por CITSA es posible apreciar la intencionalidad de hacer indispensables, necesarios y de consideración mínima, criterios que no lo son en el campo de investigación de prácticas anticompetitivas, toda vez que la misma empresa establece la falta de una "metodología universal" para el análisis de competencia, remitiéndose a la normativa vigente.

Que, según CITSA la normativa vigente a la que hace referencia la empresa CITSA es la Resolución Ministerial N° 190 que aprueba el Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, específicamente en sus artículos 12 y 13, contienen criterios indispensables, necesarios y mínimos a efecto de definir el mercado relevante y el poder de mercado.

Que, a efecto de establecer el alcance de los citados artículos, en primer lugar se debe considerar el contexto en el que se hallan descritos, en este sentido ambos artículos (12 y 13) se encontrarían comprendidos dentro del Capítulo II correspondiente a las Prácticas Anticompetitivas, este capítulo contiene cinco artículos, los cuales son desarrollados a continuación:





“Artículo 9. (Prácticas anticompetitivas absolutas). Las prácticas anticompetitivas absolutas señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones consideradas de gravedad media y máxima, las mismas que, ante la evidencia de su ejecución por parte del o los agentes económicos involucrados bajo garantía del debido proceso, serán sancionadas con multa o con la suspensión definitiva o temporal de sus actividades y en su caso, con la Revocatoria de la Matrícula de Comercio, de acuerdo a evaluación económica y justificación legal en el marco de las disposiciones normativas en Vigencia”.

Que, el artículo 9 establece que las prácticas anticompetitivas absolutas son consideradas de gravedad media y máxima por lo que hace referencia a las sanciones que podría imponerse ante su comisión.

Artículo 10. (Prácticas anticompetitivas relativas). Las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, son infracciones que podrán ser consideradas de gravedad leve, media o máxima de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado, conforme señalan los artículos siguientes.

Que, el artículo 10 referido a las prácticas anticompetitivas relativas, establece que estas son infracciones que podrían ser consideradas de gravedad leve, media o máxima de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado conforme señalan los artículos siguientes, los cuales de igual forma serán descritos. Sin embargo, con carácter previo se debe hacer referencia al artículo inmediato siguiente.

Artículo 11. (Condición para establecer si las prácticas anticompetitivas relativas deben ser sancionadas). Para que las prácticas anticompetitivas relativas, señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, deben ser sancionadas deberá comprobarse:

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

Que, el artículo 11 cita las condiciones para establecer si las prácticas anticompetitivas deben ser sancionadas. En este sentido, debe comprobarse que el presunto responsable tenga poder sustancial sobre el mercado relevante y que las prácticas anticompetitivas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate

Artículo 12. (Determinación del Mercado Relevante). Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

5. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, la medida en que los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
6. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;
7. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y
8. Las restricciones normativas de carácter local, departamental, nacional o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.





Artículo 13. (Determinación del Poder de Mercado). Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

6. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;
7. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
8. La existencia y poder de sus competidores en el mercado relevante;
9. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
10. Su comportamiento reciente; y
11. Los demás criterios que sean sustentados desde el punto de vista económico y legal.

Que, los artículos 12 y 13 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 si bien señalan la consideración de unos criterios a efecto de determinar el mercado relevante y el poder de mercado, debe considerarse en contexto que el fin de estas determinaciones es la graduación en la imposición de sanciones. Este análisis es respaldado por el mismo Reglamento que en su artículo 10 (antes citado) señala que las prácticas anticompetitivas relativas pueden ser consideradas de gravedad leve, media o máxima de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y la determinación del mercado relevante y del poder de mercado, conforme señalan los artículos siguientes, haciendo referencia a los artículos 12 y 13 que según CITSA son indispensables para la investigación.

Que, por lo expuesto precedentemente, la forma de determinar el mercado relevante y el poder de mercado expuestos en el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 son aplicables en el contexto citado, a efecto de determinar la gradualidad de la sanción. En este sentido, haciendo referencia a los artículos 12 y 13, en caso de que se demuestren los criterios en él insertos, únicamente agravará la condición de la empresa investigada a efectos de la imposición de una sanción mayor.

Que, nuevamente corresponde aclarar en este punto que, como bien señala CITSA no existe una metodología universal para el análisis de la competencia, sin embargo si existen herramientas aplicables en defensa de la competencia y una de ellas es la descripción del mercado relevante, el cual fue analizado con el fin de afectar un sector determinado alrededor del cual giraría la investigación y este análisis se halla contenido en la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de 18 de septiembre de 2012. En este sentido no se habría infringido o incumplido norma alguna a efecto de la imposición de sanciones, ni a efecto de la investigación de una posible práctica anticompetitiva.

Que, ahondando en detalle, el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, en su artículo 15, en lo que refiere a la investigación de las posibles prácticas anticompetitivas, establece una etapa de diligencias preliminares, la cual constituye una fase previa al inicio del procedimiento sancionador. En este sentido, lo que se buscará a efecto de dar inicio a dicho procedimiento será lo siguiente:

- a) Si las personas individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento están individualizadas;
 - b) Las normas supuestamente vulneradas en el ámbito de la competencia;
 - c) Si existen indicios sobre la existencia de la práctica denunciada y su duración;
- El ámbito de la conducta, con el objeto de determinar si es aplicable la norma nacional o la norma supranacional con los resultados que ello acarrea;



- e) Si la supuesta práctica anticompetitiva afectaría el interés público;
- f) Si la acción ha prescrito.
- g) Otras circunstancias o hechos relevantes para el caso.

Que, nótese que la determinación del mercado relevante, así como la determinación del poder de mercado no se exigen a efecto del inicio del procedimiento sancionador, en cambio si se exige contar con indicios de infracción al Decreto Supremo N° 29519 en sus artículos 10 y 11, tal como lo establece el artículo 19 del citado reglamento.

Que, por último de acuerdo al artículo 22 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, la Resolución Administrativa de notificación de cargos, debe ser motivada y contener la siguiente información:

- La práctica anticompetitiva objeto de investigación.
- Las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la práctica;
- Los bienes o servicios similares presuntamente afectados;
- La duración de la práctica;
- La identificación de las partes;
- Su relación económica existente con la práctica;
- La relación de los elementos de prueba presentados.

Que, de acuerdo a lo descrito precedentemente, la determinación del mercado relevante no constituye un elemento esencial para la emisión de la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012, es decir para el inicio del procedimiento sancionador.

Que, a manera de conclusión respecto a este argumento, corresponde aclarar que, de acuerdo al contexto en el que se hallan descritos los artículos 12 y 13 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, es posible establecer que su aplicación se refiere al caso de la graduación de las sanciones, es decir si la sanción es leve, media o máxima. Por tanto, la determinación del mercado relevante y del poder de mercado no representa una condicionante esencial para el inicio de un procedimiento sancionador como la empresa CITSA pretende hacer ver.

Que, por último, respecto al análisis técnico realizado a efecto del inicio del procedimiento sancionador, corresponde hacer una remisión a la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de notificación de cargos y los informes técnico y jurídico, todos estos, documentos de conocimiento de la empresa CITSA, que establecen las herramientas aplicables en el presente caso de análisis, en resguardo de la libre competencia. Asimismo, deben observarse los criterios técnicos establecidos en el presente acto administrativo que atienden los descargos de la empresa referidos a la metodología de análisis de las prácticas anticompetitivas empleada por el ente regulador.

3. De la supuesta falta de fundamentación.

Que, otro de los argumentos presentados por CITSA estriba en la "insuficiente" fundamentación de la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012, toda vez que de acuerdo a su consideración se extrañaría en la parte considerativa de la Resolución Administrativa el análisis del Mercado Relevante y únicamente se citarían las conclusiones



del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 109/2012, hecho que según lo dispuesto por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 28 sería requisito esencial de un acto administrativo.

Que, para sustentar el argumento expuesto precedentemente, CITSA citó las Sentencias Constitucionales SC 0752/2001-R de 25 de junio de 2002, SC 1365/2005-R de 31 de octubre de 2005 y SC 2227/2010-R las cuales hacen referencia a la importancia de la fundamentación de las Resoluciones. Según la última Sentencia Constitucional citada, las Resoluciones sean estas Resoluciones Jurisdiccionales o Administrativas deben considerar lo siguiente:

- a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales;
- b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes;
- c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto;
- d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales;
- e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada;
- f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado”.

Que, sin perjuicio de los criterios descritos anteriormente, el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190 establece en su artículo 22 que pasada la etapa de diligencias preliminares, el ente regulador se pronunciará respecto de la apertura de la investigación con la Notificación de cargos, mediante Resolución Administrativa que deberá ser motivada y contener la siguiente información:

- a) La práctica anticompetitiva objeto de investigación.
- b) Las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la práctica;
- c) Los bienes o servicios similares presuntamente afectados;
- d) La duración de la práctica;
- e) La identificación de las partes;
- f) Su relación económica existente con la práctica;
- g) La relación de los elementos de prueba presentados.

Que, la información que debe contener la Resolución de Notificación de Cargos de acuerdo al artículo citado precedentemente, se halla inserta en la Resolución Administrativa R/AEMP/N° 102/2012. En este sentido, se transcribe a continuación la parte pertinente del citado acto administrativo:

“Que, asimismo de acuerdo con lo determinado en el inciso a) del párrafo I del artículo 22 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Resolución Ministerial N° 190, se establece que el presente acto administrativo motivado contiene:



- **La práctica anticompetitiva objeto de investigación:** presunta contravención al numeral 1 del artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, por parte de la empresa: Compañía Industrial de Tabaco S.A. (CITSA).
- **Las características de los bienes o servicios son:** la producción y comercialización de tabaco – los canales de distribución de cigarrillo en el país.
- **La duración de la práctica,** comprendida desde la gestión 2000 hasta la gestión 2011.
- **La supuesta empresa infractora identificada responde al nombre de Compañía Industrial de Tabaco S.A. (CITSA).**
- **La relación económica existente con la práctica,** aparentemente se materializa a través de la suscripción de contratos de distribución. cuyas presuntas cláusulas de exclusividad se constituirían en contravención al Ordenamiento Jurídico y consecuentemente se presume la exclusividad impuesta a los distribuidores en razón de producto y territorio
- **la relación de los elementos de prueba presentados,** la documentación presentada por la Compañía Industrial de Tabaco S.A. ha sido considerada y analizada en el presente acto administrativo.

Que, de conformidad a lo establecido por el artículo 22, parágrafo I del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, en concordancia con el artículo 66, parágrafo I del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175, pasada la etapa de diligencias preliminares, corresponde a la AEMP pronunciarse respecto a la apertura de la investigación con la Notificación de Cargos en contra de CITSA, mediante Resolución Administrativa”.

Que, dado que la Resolución Administrativa de Notificación de cargos e inicio de procedimiento RA/AEMP/N° 102/2012 contiene la motivación que la normativa aplicable vigente en materia de defensa de la competencia señala, no es coherente exigir mayor fundamentación, más aún si el inicio de este procedimiento simplemente se encuentra sujeto a la existencia de indicios de infracción al Decreto Supremo N° 29519 en sus artículos 10 y 11.

Supuesta vulneración al debido proceso:

Que, con relación a la supuesta vulneración al debido proceso a causa de una supuesta falta de fundamentación de la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012, corresponde efectuar las siguientes precisiones:

Respecto al debido proceso, Ismael Farrando citando al tratadista de Derecho Administrativo Gordillo señala: *“este derecho no puede convertirse en un mero ritualismo inútil, en el cumplimiento obligado y a desgano de una formalidad, sino que debe constituir una verdadera participación y protagonismo del interesado en el ejercicio de sus derechos”*.³⁴ Es decir, este principio debe respaldar la actividad del interesado en el sentido de no constituirse únicamente en un derecho sino en que este derecho sea ejercido de forma

³⁴ Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.



activa dentro el proceso. Ahora, para conocer el alcance de este derecho de una forma precisa, el mismo autor citado anteriormente señala:

"Básicamente, podemos distinguir cuatro aspectos de este derecho: a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a intervenir en su producción y a una decisión fundada"...

"a) El derecho a ser oído se traduce esencialmente en la posibilidad de formular descargo, verter argumentaciones y tener un acceso irrestricto a la totalidad de las actuaciones"...

"b) En cuanto al ofrecimiento y producción de prueba, cabe decir que toda la prueba relativa al derecho del interesado y que no sea manifiestamente improcedente debe ser sustanciada. Asimismo, tiene derecho a intervenir en las diligencias donde se concrete, asistiendo a las audiencias, las constataciones, etc."...

"c) La decisión debe ser fundada, en el sentido de que debe contener un pormenorizado análisis de los argumentos vertidos y de las pruebas rendidas, exista o no fundamentación en derecho."³⁵

Que, considerando los parámetros precedentemente establecidos en relación al debido proceso y revisado el proceso tramitado a cargo de la AEMP en contra de CITSA, se tiene en primera instancia que la AEMP habría dado oportunidad a la empresa investigada para que formule descargo, aporte prueba, solicite audiencias, revisen antecedentes, soliciten fotocopias, etc. De igual forma ha respondido todas y cada una de las peticiones de forma fundada y dentro el marco normativo de defensa de la competencia.

Que, como bien pudo demostrarse precedentemente, la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de inicio de proceso contiene la fundamentación que la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia señala, en este sentido la decisión de iniciar el procedimiento administrativo sancionador se halla fundada, correspondiendo el análisis técnico y jurídico de los argumentos y documentación aportada por la empresa CITSA, al momento de emitir la correspondiente Resolución definitiva.

Que, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, la Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de Notificación de cargos e inicio de procedimiento sancionador, se halla plenamente fundada. Por tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas no ha violado el debido proceso como afirma CITSA.

4. Del supuesto Contrato de Agencia.

Que el contrato de agencia invocado por CITSA, se encuentra regulado en los artículo 1248 al 1259 del Código de Comercio, que señala: "Por el contrato de agencia o representación de negocios, un comerciante asume, en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país, como

³⁵ Ismael Farrando y Patricia R. Martinez; Manual de Derecho Administrativo; Buenos Aires – Argentina; Pg.599.



intermediario de otro empresario nacional o extranjero, con libertad para dedicarse a cualquier otra actividad comercial", sin embargo, los contratos suscritos por la empresa CITSA, que fueron presentados como prueba documental ante esta instancia, presentan las siguientes características relevantes:

- a) En los contratos de CITSA se señala como marco legal entre otros, el artículo 1260 y siguientes del Código de Comercio, que se refieren expresamente a la figura jurídica de *Contrato de Comisión que es distinto al Contrato de Agencia*.
- b) En dichos contratos se estipuló que el distribuidor percibirá *comisiones* por ventas de productos de tabaco cuya escala está definida en base a porcentajes fijos.
- c) Los distribuidores contratados por CITSA **realizan la venta por cuenta y nombre de CITSA**, tal como lo ha señalado la propia empresa en su memorial de descargos (pág. 22 último párrafo). Sobre este aspecto, cabe señalar que según el artículo 1260 del Código de Comercio, la Comisión es un mandato sin representación, por el cual el comisionista contrata con los terceros a su propio nombre, pero también se prevé la posibilidad de que el comisionista contrate a nombre y por cuenta del comitente. Así el artículo 1269, prevé que: "Si el comisionista contrata en nombre propio, tiene acción y obligación directa con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar el nombre del comitente; pero si contrata en nombre y por cuenta de este, lo hará constar así y no contraerá obligación propia, rigiéndose sus derechos y obligaciones como simple mandatario"..(el subrayado es nuestro)
- d) De acuerdo al artículo 1250 del Código de Comercio, el Contrato de Agencia debe ser inscrito en el Registro de Comercio, sin embargo, CITSA no ha presentado ninguna evidencia que demuestre que sus contratos hubieran cumplido con este requisito legal.

Que, de las características anteriormente evidenciadas, se establece que los contratos presentados por CITSA, se ajustan a la segunda parte del artículo 1269 del Código de Comercio, es decir, a la figura de *Contratos de Comisión* en los que el distribuidor actúa en nombre y por cuenta de CITSA. Y, por otra parte, se tiene que la *exclusividad* como una condición de contratación, prevista en el artículo 1249 del mismo Código de Comercio, no es una figura aplicable a los contratos de Comisión, sino a los Contratos de Agencia.

Que, consecuentemente, siendo que CITSA no ha suscrito contratos de Agencia para la distribución de sus productos, no correspondía incluir en los mismos la estipulación sobre exclusividad de sus productos prevista en las cláusulas respectivas de sus contratos, ya que esta figura es propia y se admite en el Contrato de Agencia que no ocurre en el presente caso, es decir, que las condiciones sobre exclusividad de sus contratos no tienen sustento legal para ser pactadas en un contrato distinto de la Agencia tal como hizo CITSA en los casos objeto de análisis.

Que, las estipulaciones contractuales que fijen, impongan o establezcan la comercialización o distribución exclusiva de bienes por razón de territorio o por razón de producto *sin contar con un sustento legal*, incurrir en el campo de las conductas anticompetitivas, reguladas por el Capítulo III del Decreto Supremo N° 29519, cuyo artículo 11, establece que:



“Se consideran conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

1. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos determinados,.....”

Que en consecuencia, se establece que los contratos suscritos entre CITSA y sus distribuidores, adjuntos como prueba de descargo, no constituyen Contratos de Agencia sino Contratos de Comisión con mandato para actuar en nombre y por cuenta de CITSA, aspecto que no permite la inclusión de cláusulas de exclusividad.

CONSIDERANDO: (Con relación al Procedimiento Administrativo)

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

Que, supletoriamente se cuenta con el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, como lo establece el artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190,³⁶ por lo que, por especialidad³⁷ se aplica el primero en todo lo que no sea contrario.

Que el inciso b) del parágrafo I del Artículo 22 del Reglamento de Regulación de la Competencia, mencionado anteladamente, establece dentro de la Resolución Administrativa que notifique con los cargos deberá contener el plazo, **no menor a tres (3) ni mayor a**

³⁶ El artículo 44 de la Resolución Ministerial N° 190 establece que “son aplicables como normas supletorias, a los efectos de un procedimiento administrativo sancionador que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso, el Decreto Supremo N° 27175 Y el Decreto Supremo N° 27113”.

³⁷ Es importante tomar en cuenta, que la aplicación de la norma específica sobre la principal se realiza en sujeción del principio de especialidad, dicho criterio se utiliza ante la antinomia entre las normas que regulan una situación en particular. Sin embargo, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, que tiene como objeto regular la competencia y reconoce mecanismos adecuados a ser ejecutados por la Superintendencia de Empresas (ahora AEMP), Además, se establece en la Disposición Adicional Cuarta que el Ministerio de Producción y Microempresa elaborará el reglamento correspondiente sobre aquellos aspectos necesarios para su efectiva y correcta aplicación, por lo que, al ser la Defensa de la Libre Competencia una rama técnica y especializada se determino un procedimiento administrativo específico para la satisfacción del interés general.

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





quince (15) días hábiles administrativos, para que el presunto infractor presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo.

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

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

Que, mediante memorial presentado en fecha 28 de noviembre de 2012, CITSA adjunta documentos luego de vencido el término de prueba y sin cumplir con el requisito de prueba de reciente obtención dispuesto por el artículo 25 del Reglamento Aprobado por Resolución Ministerial N° 190, por lo que no es posible valorar dicha documentación.

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

Que, adicionalmente la Resolución Administrativa determinará:

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

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

Que, el artículo 84 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que vencido el término de prueba, la autoridad administrativa correspondiente en el plazo de diez (10) días emitirá resolución que imponga o desestime la sanción administrativa. Contra la resolución de referencia procederán los recursos administrativos previstos en la presente Ley.

Que, el artículo del artículo 17 del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, establece que sin perjuicio de las acciones por responsabilidad penal que corresponda, los transgresores de las normas contenidas en el presente Decreto Supremo y demás disposiciones complementarias, serán pasibles a sanciones impuestas ya sea por la



Superintendencia de Empresas (ahora, AEMP) o por el Instituto Boliviano de Metrología, cuando corresponda.

Que, según el artículo 18 del Decreto Supremo N° 29519, las sanciones se calificarán por las autoridades competentes, en base a los criterios descritos en la misma norma.

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

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

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

Que, el artículo 22 del Decreto Supremo N° 29519, establece que se aplicará al presente régimen de sanciones, las disposiciones legales contenidas en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y sus disposiciones complementarias.

Que, el artículo 3 del Reglamento de Regulación de la Competencia, aprobado por la Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, establece que la Superintendencia (ahora, AEMP) aplicará sanciones en el marco del presente Reglamento y los principios y garantías establecidos en la Ley N° 2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2004, previo análisis del caso concreto y las circunstancias de la infracción. Además, se establece que las Resoluciones Administrativas mediante las que, la Superintendencia imponga sanciones, deberán contener las consideraciones de orden técnico y jurídico, por las cuales se determinó imponer la sanción.

Que, el artículo 4 del Reglamento de Regulación de la Competencia, aprobado por la Resolución Ministerial N° 190, determina que las sanciones señaladas en el presente Reglamento son de carácter administrativo e independientes y distintas de la responsabilidad



de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a las leyes y disposiciones normativas relacionadas con el ámbito comercial.

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

CONSIDERANDO: (Valoración jurídica)

**PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS CONFORME LA
RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/N° 102/2012**

- a. **Art. 11 numeral 1 del Decreto Supremo N° 29519.
(Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 - CARGOS)**

Que, en una primera instancia, la resolución de notificación de cargos, una vez realizado el análisis de la conducta de la empresa CITSA, observó que esta empresa supuestamente había incurrido en la siguiente infracción:

Al artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, que de forma genérica con relación a las prácticas anticompetitivas relativas establece el siguiente supuesto esencial; "son consideradas conductas anticompetitivas aquellas relativas a los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas en los siguientes casos:".

Numeral 1.-

Entre agentes económicos no competidores entre sí (CITSA y Distribuidores), la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes (cigarrillo) por razón de producto.

- Existen indicios de que la empresa CITSA a través de los contratos suscritos con los distribuidores de su producto (cigarrillo), fija, impone o establece la comercialización o distribución exclusiva de los bienes producidos por CITSA (cigarrillos) por razón de producto.





Entre agentes económicos no distribuidores entre sí (CITSA y Distribuidores), la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes (cigarrillo) por razón de situación geográfica.

- Existen indicios de que la empresa CITSA a través de los contratos suscritos con los distribuidores de su producto (cigarrillo), fija, impone o establece la comercialización o distribución exclusiva de bienes (cigarrillos) en determinados territorios. Es decir, que se presume la exclusividad por razón de situación geográfica.

**Art. 11 numeral 1 del Decreto Supremo N° 29519.
(Conclusión del Proceso Sancionador)
Subsunción de la Acción.**

Que, a efecto de establecer la adecuación de la conducta a la norma, en primer lugar se considera el siguiente presupuesto general contenido en el artículo 11, para que una conducta sea considerada anticompetitiva relativa: "Son conductas anticompetitivas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso; establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas,..."

Que, en el presente caso, de la prueba aportada por la misma empresa CITSA, se evidenció la existencia de contratos suscritos entre la empresa CITSA y los Distribuidores, de acuerdo al siguiente detalle:

- Contrato de venta y distribución de Productos CITSA – AIDISA (fs. 287).
- Adenda al contrato CITSA – AIDISA a 31 de marzo de 2003 (fs. 283).
- Adenda al contrato CITSA – AIDISA a 30 de diciembre de 2001 (fs. 282).
- Adenda al contrato CITSA – AIDISA a 1 de febrero de 2001 (fs. 281).
- Adenda al contrato CITSA – AIDISA a 30 de junio de 2003 (fs. 280).
- Adenda al contrato CITSA – AIDISA a 15 de enero de 2007 (fs. 277).
- Ctto de Distribución CITSA – Real Rep. Gral. a 1 de junio de 2008 (fs. 276).
- Ctto de Distribución CITSA – Real Rep. Gral. a 1 de junio de 2009 (fs. 268).
- Ctto de Distribución CITSA – Real Rep. Gral. a 1 de junio de 2010 (fs. 259).
- Ctto de Distribución CITSA – TOBA LTDA. a 1 de febrero de 2000 (fs. 250).
- Ctto de Distribución CITSA – ADIS a 21 de agosto de 2009 (fs. 246).
- Ctto de Distribución CITSA – DILEMA a 04 de abril de 2011 (fs. 220).
- **Ctto de Distribución CITSA – José Taborga a 11 de marzo de 2008 (fs. 204)**
- Ctto de Distribución CITSA – TRINIDAD a 15 de octubre de 2007 (fs. 183).
- Ctto de Distribución CITSA – Gloria Pedriel a 27 de ago. de 2010 (fs. 164).
- Ctto de Distribución CITSA – Cárdenas-Sandoval a 5.ago.2010 (fs.151).
- Ctto de Distribución CITSA – PIO PIO a 05 de febrero de 2010 (fs. 135).
- Ctto de Distribución CITSA – Carola Acebey a 25 de julio de 2011 (fs.119).



Que, en **segundo lugar** corresponde efectuar una consideración del objeto o efecto del contrato suscrito entre la empresa CITSA y los Distribuidores que, de acuerdo al sentido estricto de su numeral 1 artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, debe ser realizada: "entre agentes económicos que no sean competidores entre sí (CITSA y Distribuidores), la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o **distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de [...] situación geográfica...**

Que, de acuerdo a lo señalado por la empresa CITSA, la relación existente entre CITSA como productora de cigarrillos y los Distribuidores, se rige por las disposiciones correspondientes al Contrato de Agencia, por lo que a su criterio se encontraría legalmente respaldada en la aplicación de cláusulas de exclusividad. En este sentido, una vez revisado el Código de Comercio en sus artículos 1248 y 1249, se logró constatar que las disposiciones referidas al Contrato de Agencia, evidentemente permiten acordar conductas como "*explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país*" e inclusive incluir a sus contratos una cláusula de "*pacto de no competencia*".

Que, por otra parte, la AEMP realizó un análisis de los contratos suscritos entre CITSA y los distribuidores, contratos presentados por la misma empresa CITSA, dentro de los cuales se hallaron contradicciones en cuanto a la naturaleza de los contratos, como son las siguientes:

- El contrato se halla denominado como "Contrato Comercial de Distribución" y no así como "Contrato de Agencia".
- Las disposiciones bajo las que se suscriben los contratos entre CITSA y los Distribuidores, son los artículos 787, 802, 803, 805, **1260** y siguientes del Código de Comercio, que describen de acuerdo a los respectivos *nomen iuris*, lo siguiente:
 - Artículo 787 (Forma de Expresar la Voluntad)
 - Artículo 802 (Resolución del Contrato)
 - Artículo 803 (Buena fe en los contratos)
 - Artículo 805 (Acciones por incumplimiento en contratos bilaterales)
 - **Artículo 1260 (COMISIONES Y CONSIGNACIONES)**

Es decir que, los contratos de distribución de la empresa CITSA se hallan suscritos bajo la figura de Contrato de Comisión con mandato de actuar por cuenta y nombre de CITSA y no así bajo la figura de Contrato de Agencia, el cual se halla regulado por el mismo Código de Comercio Boliviano a partir de sus artículos 1248 en adelante.

- Las partes se hallan definidas como CITSA y el Distribuidor, siendo que de ser un Contrato de Agencia, las partes deberían ser definidas como "CITSA o Representado y Agente".
- Y para concluir, el Código de Comercio exige en su artículo 1250, que el Contrato de Agencia sea celebrado por escrito e inscrito en el Registro de Comercio, lo que es ahora Fundempresa, todo esto a efecto de su oponibilidad frente a terceros, es decir que no habiendo cumplido con esta disposición legal, para la AEMP el contrato suscrito entre CITSA y los Distribuidores no constituye un Contrato de Agencia.

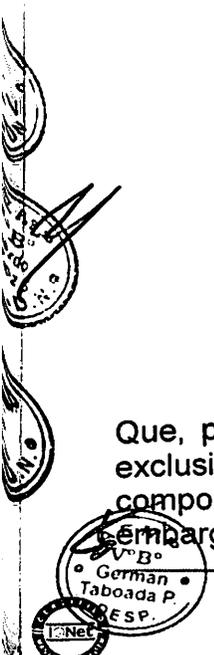


Que, por lo analizado precedentemente, a manera de resumen, la empresa CITSA argumentó que los contratos denominados por la misma empresa "de distribución" suscritos con los distribuidores, no serían contratos de distribución, sino que serían "contratos de agencia" lo cual de acuerdo al Código de Comercio Boliviano les otorgaría la posibilidad de establecer las citadas cláusulas de exclusividad. Sin embargo, el ente regulador observa que los citados contratos de agencia no se adecuan al contrato de agencia descrito por la normativa comercial boliviana, por lo que las cláusulas de exclusividad insertas en los mismos se constituyen en prácticas restrictivas de la competencia.

Que, a continuación y a manera de ejemplo únicamente, se citan de forma textual, las cláusulas de exclusividad contenidas en el contrato suscrito por la empresa CITSA con el distribuidor TADIS, cláusulas que de igual forma se encuentran descritas en los contratos suscritos por CITSA y los demás distribuidores, las cuales representan prueba fehaciente de las restricciones de exclusividad impuestas por CITSA.

- **Cláusula Tercera (Del Objeto del Contrato):** En virtud a los antecedentes descritos en la cláusula anterior. El presente contrato tiene por objeto: 3.1. Establecer los términos y condiciones para que el distribuidor realice el servicio de distribución y comercialización de los productos de CITSA en la Ciudad de Sucre.
- **Cláusula Cuarta (Del Servicio de Distribución):** En mérito a los antecedentes y objeto descritos en las cláusulas segunda y tercera del presente documento, CITSA contrata los servicios del distribuidor a fin que este último realice en forma independiente, con su personal y equipo de trabajo propio y a cambio de una comisión, el servicio de distribución y comercialización de los productos de CITSA en la ciudad de SUCRE y en especial la distribución horizontal, labores que en su conjunto a los fines del presente documento podrá denominarse indistintamente el servicio.
- **Cláusula Novena (De las obligaciones del Distribuidor):** Para los fines del mejor desarrollo del presente acuerdo, el distribuidor se obliga a lo siguiente: 9.1. Distribución y comercialización de los productos de propiedad de CITSA en la ciudad de Sucre; 9.9 Realizar los pedidos para satisfacción del mercado de la ciudad de Sucre.
- **Cláusula Décima Séptima (De la inexistencia de exclusividad):** En virtud a la naturaleza de las actividades del DISTRIBUIDOR se hace constar que éste no está obligado a distribuir de manera exclusiva los productos de CITSA estando por lo tanto facultado para realizar la comercialización o distribución de productos de otras líneas comerciales si así lo considera necesario **siempre que estas no representen ninguna forma de competencia directa a los productos de CITSA.**

Que, por otra parte, la empresa CITSA argumento que la aplicación de las cláusulas de exclusividad tendría la finalidad de reducir costos, ganar eficiencias o eliminar comportamientos oportunistas, reconociendo la aplicación de cláusulas de exclusividad. Sin embargo, a través del análisis técnico, se logró establecer que los argumentos vertidos por





CITSA son infundados toda vez que debido a su elevada cuota de mercado (92%) toda restricción vertical realizada por CITSA debe ser considerada como práctica anticompetitiva toda vez que afecta al mercado negativamente.

Que, una vez considerado el análisis técnico y jurídico a los descargos presentados por la empresa CITSA, lo expuesto precedentemente además de los argumentos y documentación presentada por CITSA, se evidencia que esta empresa a ha restringido la libre competencia entre distribuidores, imponiendo o estableciendo la **distribución exclusiva de su producto en un determinado territorio**, al establecer dentro sus contratos de distribución, condiciones de exclusividad referidas a la venta exclusiva de su producto y no otro que represente competencia para CITSA. Y por otra parte, la venta de los cigarrillos producidos por CITSA dentro de una determinada zona.

CONSIDERANDO: (Conclusiones)

Que, de acuerdo a lo establecido en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/Nº 185/2012 de 28 de noviembre de 2012; el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RMC/Nº 187/2012 de 29 de noviembre de 2012, y lo expuesto en el presente acto administrativo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha cumplido con el procedimiento descrito en el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo Nº 29519 aprobado por Resolución Ministerial Nº 190, respetando todos los derechos y garantías constitucionales y procesales de la empresa investigada. Asimismo, toda la documentación y argumentos expuestos por la empresa investigada en las distintas etapas procesales presentadas oportunamente, han sido analizadas y valoradas de acuerdo al principio de la sana crítica.
2. Se ha determinado que la Compañía Industrial de Tabaco S.A. CITSA, dentro el mercado de producción y distribución de cigarrillos en los departamentos de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Chuquisaca, Tarija y Trinidad ha suscrito contratos con Distribuidores a fin de establecer ventajitas de exclusividad.

La exclusividad exigida por la empresa CITSA, consiste en establecer dentro sus contratos condiciones de exclusividad referidas a la venta exclusiva de su producto y no otro que represente competencia para CITSA; y por otra parte, la venta de los cigarrillos producidos por CITSA dentro de una determinada zona sin tener suscrito un Contrato de Agencia. Esta práctica fue realizada por CITSA de forma continua dentro el periodo 2000 – 2011, en beneficio propio y en detrimento de la libre competencia.

Por lo que, esta conducta se adecua a lo establecido en el numeral 1 artículo 11 del Decreto Supremo Nº 29519 de 16 de abril de 2008.

3. De acuerdo al análisis técnico, las cláusulas de exclusividad contenidas en los contratos suscritos entre CITSA y los Distribuidores, tienen los siguientes efectos negativos en la competencia y los consumidores:



- a. **Se ha generado barreras de ingreso a nuevos distribuidores**, así como, barreras de ingreso a **rivales potenciales de CITSA**.
 - b. **Se ha reducido la competencia entre marcas de distintas compañías** (competencia inter-marcas), ya que estas cláusulas impedirían la comercialización de productos de distintas marcas.
 - c. **Se redujo la competencia interna** (competencia intra-marca) de productos de la misma marca entre distribuidores, ya que, estas cláusulas impiden la comercialización de productos de una misma marca en distintos territorios.
 - d. **Se limitaron las libertades de los consumidores en el mercado**, impidiendo a un cliente, ser atendido por distintos distribuidores y se limitaron las libertades de los consumidores al no permitir que productos rivales pudiesen estar a su disposición vía distribuidores independientes.
4. Que, una vez concluido el análisis técnico y jurídico, se estableció que CITSA cometió prácticas anticompetitivas relativas en el mercado de producción y comercialización de tabaco (cigarrillos), en las ciudades de La Paz, Potosí, Trinidad, Santa Cruz, Chuquisaca, Oruro, Cochabamba y Tarija, mercado en el cual posee poder de mercado (92%), por lo que la infracción corresponde a un nivel de gravedad media, la cual debe ser sancionada con multa.

Que, expuestas las conclusiones respecto al proceso sancionador iniciado mediante Resolución Administrativa RA/AEMP/N° 102/2012 de 18 de septiembre de 2012 y luego de haberse realizado las distintas etapas que comprenden este proceso, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 del Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 190, corresponde emitir la Resolución Administrativa respectiva.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR PROBADA la comisión de Conductas Anticompetitivas Relativas, descritas en el artículo 11, numeral 1, del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008 en contra de la Compañía Industrial de Tabacos S.A. - CITSA, por la fijación, imposición y establecimiento en sus contratos de la distribución exclusiva de Tabaco (cigarrillos), por razón de producto y situación geográfica, y en consecuencia, sancionarla con la multa de 1.257.683,02 UFV's (Un millón doscientos cincuenta y siete mil seiscientos ochenta y tres 02/100 Unidades de Fomento de la Vivienda), que deberá ser cancelada y abonada en la Cuenta Corriente N° 1-8955665 del Banco Unión S.A., en un plazo de 10 días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, conforme al Anexo 1, que forma parte indivisible de la misma.

SEGUNDO. INSTRUIR a la Compañía Industrial de Tabacos S.A. - CITSA, lo siguiente:



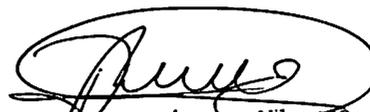
- a) El cese inmediato de las acciones y prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 11, numeral 1, del Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la presente Resolución Administrativa.
- b) La adecuación de sus planes, estrategias y políticas de distribución y comercialización a los lineamientos contenidos en el presente acto administrativo, dejando sin efecto cualquier disposición que atente, vulnere y restrinja la libre competencia y/o que tenga como objeto y efecto perseguir o mantener un oligopolio o el control y exclusividad en la producción y comercialización de Tabaco (cigarrillos), en resguardo del artículo 314 de la Constitución Política del Estado.

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

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

Notifíquese, cúmplase y archívese.


German Taboada Parraga
DIRECTOR EJECUTIVO a.i.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas


José Pedro Álvarez Vilaseca
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO a.i.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas



ANEXO Nº 1
CITSA

Multa UFV Prácticas Anticompetitivas relativas

| | |
|--|----------------------|
| Ingreso Bruto CITSA | 248.242.355 |
| Tope de la Multa (%)—Art. 39 de RM Nº 190 | 10% |
| Tope de la Multa en Bs. | 24.824.235,5 |
| Tipo de Cambio (Bs./UFV) | 1,7944 |
| ºTope de la Multa UFV | 13.834.513,23 |
| Número Total de Prácticas anticompetitivas relativas | 11 |
| Multa por cada práctica anticompetitiva relativa (UFV's) | 1.257.683,02 |
| Prácticas anticompetitivas probadas | 1 |
| Multa por una práctica anticompetitivas probada (UFV's) | 1.257.683,02 |

En base a los Estados Financieros de la Compañía Industrial de Tabacos S.A. (CITSA) con cierre a marzo 2012 se identificó el ingreso bruto¹ de dicha empresa para la gestión 2011, dicho ingreso asciende a la suma de 248.242.355.- Bs. (doscientos cuarenta y ocho millones doscientos cuarenta y dos mil trescientos cincuenta y cinco 00/100 bolivianos).

De dicho *Ingreso Bruto* se determinó el *tope de la multa* aplicable por la AEMP de 10%, equivalente a 24.824.235,50.- Bs (veinticuatro millones ochocientos veinticuatro mil doscientos treinta y cinco 50/100 bolivianos), según el Artículo 39 de la Resolución ministerial Nº 190.

Utilizando el tipo de cambio Bs./UFV's de fecha 30 de noviembre del 2012 (1,7944 Bs./UFV's) se determinó que el *tope de la multa* expresada en UFV's es el monto 13.834.513,23 (trece millones ochocientos treinta y cuatro mil quinientos trece 23/100) UFV's.

Al ser once (11) las Prácticas Relativas sancionables en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 29519, se procedió a dividir el *tope de la multa* entre 11, ello con el fin de determinar la multa que corresponde a una sólo práctica anticompetitiva, monto igual a 1.257.683,02 (un millón doscientos cincuenta y siete mil seiscientos ochenta y tres 02/100) UFV's.

Al haberse probado un (1) cargo formulado en contra de la empresa CITSA, se multiplicó el monto de 1.257.683,02 UFV's por 1, obteniéndose que el valor de la multa a ser cancelada por la empresa CITSA es el monto de 1.257.683,02 (un millón doscientos cincuenta y siete mil seiscientos ochenta y tres 02/100) UFV's.

RECEIBO
BOLIVIANO
German
Boada P.
A.E.S.P.

¹ Como ingreso bruto se consideró el ingreso por ventas